



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR EN
ESPAÑA Y CHILE

(Estudio comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno)

Ramón Gerardo Huidobro Salas



Tesis **Doctorales**

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL ESTADO

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR EN
ESPAÑA Y CHILE**

(Estudio comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno)

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

RAMÓN GERARDO HUIDOBRO SALAS

Dirigida por:

Dr. D. JUAN JOSÉ DÍEZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Junio 2016

Alicante, España

UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL ESTADO

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR EN
ESPAÑA Y CHILE**

(Estudio comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno)

Tesis presentada por:

RAMÓN GERARDO HUIDOBRO SALAS

**Para aspirar al grado de
DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE**

DOCTORADO EN DERECHO

Dirigida por:

Dr. D. JUAN JOSÉ DÍEZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Junio 2016

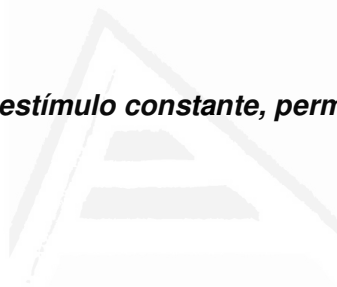
Alicante, España

A mis dos familias con especial afecto,

A Yester, compañera de alegrías y tristezas, Ramón, Andrés, Vicente, Felipe y

A mi familia de Alicante.

Sólo su cariño entrañable y estímulo constante, permitieron terminar este trabajo.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

	Pág.
1. Objetivos y motivos de la investigación.	1
2. Metodología aplicada.	10
3. Estructura general del trabajo.	11
4. Razones que fundamentan el enfoque y tratamiento de los derechos fundamentales objeto de análisis.	12

PRIMERA PARTE

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR Y SU EVOLUCIÓN.

CAPITULO I

DOGMATICA JURÍDICA Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN.

1. Aproximación dogmática.	14
2. Las relaciones especiales de sujeción.	22
2.1. Planteamiento General.	22
2.2. Sobre el origen y fundamento del concepto en el ordenamiento español.	25
3. Evolución y desarrollo jurisprudencial del concepto.	36
3.1. La posición extensiva del Tribunal Supremo	37
3.2. La doctrina del Tribunal Constitucional	40
3.3. La recepción progresiva de la doctrina del Tribunal Constitucional.	47
4. Entendimiento y contenido actual.	49

CAPITULO II

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR.

1. Las concepciones clásicas.	56
1.1. De las primeras formas de Estado hasta la constitucionalización.	56
1.2. La funcionarización del personal militar y el cuestionamiento de las restricciones de sus derechos fundamentales.	59
2. Los presupuestos para definir estas relaciones.	61
2.1. La identificación fundada en las limitaciones impuestas Constitucionalmente.	61
2.2. La aplicación a algunos de los derechos y libertades Fundamentales.	69

CAPITULO III

LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL

1. La dinámica actual de las relaciones de sujeción militar.	77
1.1. Las relaciones de sujeción y la función militar en el Estado de Derecho.	77
1.2. Las potestades administrativas y los derechos fundamentales.	80
1.3. La ponderación de los derechos o intereses y la proporcionalidad en las limitaciones.	82
2. Las transformaciones en la evolución del concepto.	87

2.1. Un primer paso sustantivo: reconocimiento constitucional de estatutos especiales.	87
2.2. Superación del carácter descriptivo de las relaciones.	88
2.3. Las modificaciones en la orgánica militar y la administración.	90
2.4. La especialidad de los principios y valores de las Fuerzas Armadas.	91
3. El futuro desarrollo y transformación de las funciones militares sujeción militar.	93
3.1. Las Instituciones castrenses y actualización de su razón de ser.	93

3.2. La profesionalización del militar y su estatuto de servidor público.	95
3.3. Las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas.	96
3.4. Los necesarios cambios en las condiciones del personal y el disfrute de los derechos.	103
3.5. La actualización de la normativa militar y las nuevas regulaciones de los deberes y derechos del personal militar español.	104

SEGUNDA PARTE

EL ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR EN LOS ORDENAMIENTO JURÍDICOS DE ESPAÑA Y CHILE

CAPÍTULO IV

EXCURSO SOBRE LA ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN ESPAÑA Y CHILE

1. El ordenamiento jurídico español.	111
1.1. Marco constitucional.	111
1.2. La Defensa Nacional y la Administración Militar.	114
1.2.1. La Ley Orgánica de la Defensa Nacional y la Organización Militar en España.	114


1.3. La organización administrativa militar española.	121
1.3.1. El Rey.	122
1.3.2. El Gobierno.	124
1.3.3. El Presidente del Gobierno.	124
1.3.4. El Ministro de Defensa.	125
1.3.5. El Consejo de Defensa Nacional.	125
1.3.6. Las Fuerzas Armadas.	127
1.3.7. Jurisdicción militar.	134

1.3.8. Misiones de las Fuerzas Armadas.	134
1.3.9. Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.	138
2. Las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas en Chile.	144
2.1. La administración militar en Chile.	144
2.1.1. Bases Constitucionales de la Administración Militar.	146
2.1.2. La Legalidad Orgánica Constitucional.	151
2.1.3. Principios de la Administración Militar en Chile.	151
2.1.4. Legislación administrativa militar chilena.	154

2.1.5. El Derecho Administrativo Militar Reglamentario.	159
2.1.6. Relaciones entre la administración civil y militar.	160
2.1.7. Valoraciones en torno a esta regulación.	164
2.2. La organización administrativa militar chilena.	165
2.2.1. El Presidente de la República.	165
2.2.2. El Ministro de Defensa.	166
2.2.3. Las Fuerzas Armadas: Ejército, Armada y Fuerza Aérea.	168

CAPITULO V

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO MARCO DE ACTUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN COMÚN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR

- 
- 1. Ideas previas. 171**
 - 2. La dignidad de la persona en la función pública militar como integrante de la administración del Estado. 174**
 - 3. La dignidad de la persona del militar en el régimen jurídico español. 178**
 - 4. La dignidad de la persona del militar en el régimen jurídico chileno. 181**

CAPITULO VI

EL DERECHO DE DIRIGIRSE AL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

1. El derecho del militar de dirigirse al Defensor del Pueblo.	186
2. El derecho de asociación de los militares.	192
2.1. El derecho de asociación de los militares españoles.	192
2.2. El derecho de asociación de los militares chilenos.	196
2.3. Determinaciones comparativas entre ambos ordenamientos.	209

CAPÍTULO VII

EL DERECHO DE PETICIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR

1. El derecho de petición del militar español.	212
2. El derecho de petición del militar chileno	223

3. Los procedimientos militares y el conducto regular, como forma de ejercicio del derecho de petición en asuntos del servicio o relativos a la función militar de las Fuerzas Armadas.	230
3.1. Concepto de conducto regular.	232
3.2. Valoraciones en torno al conducto regular.	236
4. Consideraciones comparativas entre ambos ordenamientos.	237

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO DEL MILITAR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. La libertad de expresión en el derecho español	239
1.1. El derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos	241
1.2. El ejercicio de la libertad de expresión del militar	244

1.3. Límites a la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Supremo.	246
1.3.1. Las críticas y expresiones inadecuadas en el trato a un superior militar.	247
1.3.2. La disciplina como límite a la libertad de expresión.	252
1.3.3. La ponderación para el justo equilibrio derecho – potestad.	253
1.4. La libertad de expresión en el marco de la ley 9/2011.	255
2. La libertad de expresión en el derecho chileno.	258
2.1. Ausencia de regulación específica.	259
2.2. Límites derivados de los deberes militares.	260
2.3. La libertad de expresión y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	262
2.4. Consideraciones respecto de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos humanos.	266
2.5. La Ordenanza General del Ejército de Chile, un avance sustantivo para el establecimiento de reglas para compatibilizar la conducta militar y los derechos fundamentales.	267

2.6. Límites generales derivados de la función de Defensa y Seguridad Nacional. 270

3. Deducciones comparativas críticas sobre los avances en la regulación y reconocimiento del derecho a la libertad de expresión del militar. 271

CAPÍTULO IX

EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS

1. Precisiones conceptuales generales: libertad religiosa y asistencia religiosa. 276

1.1. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas. 281

1.2. Los modelos y técnicas de aplicación de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. 282

1.3. El modelo de integración orgánica. 283

1.3.1. La variante de la integración orgánica: la contratación de personal.	284
1.4. El modelo de libre acceso y el de permisos.	285
1.4.1. La variante técnica del libre acceso.	285
1.4.2. La variante técnica del modelo de permisos.	286
1.5. Particularidades en la aplicación de los modelos y técnicas de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.	287
2. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas españolas.	290
2.1. La asistencia religiosa y el modelo de integración orgánica del personal militar católico de las Fuerzas Armadas.	293
2.2. La asistencia religiosa para el personal militar de otras confesiones no católicas.	294
2.3. Criterios rectores del Servicio de Asistencia Religiosa para las Fuerzas Armadas en España.	295

2.4. Valoraciones respecto de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en España.	297
2.4.1. Consideraciones sobre los aspectos normativos.	297
2.4.2. Consideraciones sobre la aplicación del régimen jurídico.	298
2.4.3. La solución jurisprudencial y casuística supliendo la normatividad.	300
2.4.4. La regla jurisprudencial en ausencia de ley reguladora.	301
3. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en Chile.	304
3.1. Determinaciones generales.	304
3.2. La ordenación jurídica de la asistencia religiosa.	307
3.3. El reglamento de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas chilenas.	311
4. Apreciaciones comparativas fundamentales entre ambos ordenamientos jurídicos sobre la libertad religiosa y la asistencia religiosa del militar.	318

CAPÍTULO X

LOS DERECHOS DE SUFRAGIO, REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

1. El derecho a sufragio del militar.	323
1.1. El Derecho a sufragio del militar en España.	323
1.2. El Derecho a sufragio del militar en Chile.	325
2. Los derechos de reunión y manifestación del militar.	327
2.1. Determinaciones esenciales del derecho español.	327
2.2. Determinaciones esenciales del derecho chileno.	329

CAPÍTULO XI

LOS DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, DE DESPLAZAMIENTO Y CIRCULACIÓN

1. Cuestiones generales comunes.	331
2. El derecho a la libertad personal y la competencia disciplinaria militar para imponer sanciones restrictivas o privativas de libertad, en España.	339
3. El derecho a la libertad personal y la competencia disciplinaria militar para imponer sanciones restrictivas o privativas de libertad, en Chile.	344
3.1. Aspectos generales de la potestad sancionatoria	344
3.2. Administración del Estado y potestad sancionatoria	347
3.3. La sanción administrativa y el derecho sancionador militar	349
3.4. El arresto militar como sanción administrativa.	353

3.5. Debido proceso y procedimiento administrativo sancionatorio.	359
3.6. Principio de legalidad.	362
3.7 Principio de tipicidad.	364
3.8. Principio de independencia de sanciones.	365
3.9. Principio <i>pro reo</i>.	366
3.10. El Justo y Racional Procedimiento Administrativo Sancionador.	367
3.11. El debido procedimiento administrativo, en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas chilenas.	368
3.12. El ejercicio de la competencia disciplinaria.	373
4. Reflexión y deducciones comparativas entre ambos ordenamientos jurídicos.	374

CAPÍTULO XII

GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR:

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. La tutela judicial efectiva de los derechos del militar en España.	382
2. La tutela judicial efectiva de los derechos del militar en Chile.	387
2.1. Consideraciones generales.	387
2.2. Los medios de protección.	392
2.3. La evolución de la Tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales del empleado público a través de la jurisdicción laboral.	397
2.4. Paradojas de la evolución tuitiva judicial.	405

CONCLUSIONES	408
---------------------	------------

ANEXOS.

- Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas españolas.	416
- Régimen jurídico del Ejército de Chile.	421
- Compilación histórico normativa del Ejército de Chile (1817-1984)	442
- Régimen jurídico de la Armada de Chile.	445
- Régimen jurídico de la Fuerza Aérea de Chile.	450

BIBLIOGRAFÍA.	453
----------------------	------------

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

1. Objetivos y motivos de la investigación.

La perfecta simbiosis entre lo militar y los derechos fundamentales, no ha sido una preocupación esencial para quienes profesamos la disciplina del derecho administrativo en Chile. Inicialmente la preocupación por las estructuras orgánicas y la función pública desde el punto de vista de ordenación y servicio público, han ocupado nuestro tiempo fundamental. No obstante los fenómenos jurídicos y sociales, la constitucionalización del derecho y el fortalecimiento de los derechos fundamentales en todos los ámbitos, han permitido tener una nueva visión de aquellas instituciones que parecían naturales y adecuadas para un medio estructuralmente rígido, totalmente jerarquizado y disciplinado.

Desde esa perspectiva, la función pública militar puede ser estudiada desde la óptica de la persona y no solamente desde la orgánica y potestativa. Este cambio de paradigma, que en el derecho militar alemán comenzó su revisión desde el advenimiento de la Constitución Alemana de 1949, en otros ordenamientos ha sido incorporado más recientemente, como en el caso español en la Ley 9/2011 de derechos y deberes del personal militar. En otros casos, esta adecuación ha sido iniciaría y parcial, como ha ocurrido en el caso del ordenamiento jurídico chileno, ya que su normativa en algunas materias proviene de los años cincuenta y solo recoge instituciones de otros cuerpos normativos del siglo XIX.

No obstante lo anterior, tal como se podrá observar en el presente estudio, esta ausencia normativa en muchos casos ha sido abordada por la vía

jurisprudencial de los tribunales de justicia o por la vía dictaminante de la Contraloría General de la República.

La evolución y desarrollo desde 2005, del sistema jurídico militar español, partiendo desde la Ley Orgánica de Defensa hasta la modificación de la Ley de Régimen Disciplinario 8/2014, quedando sólo pendiente las modificaciones al Código Penal Militar, han permitido que al paso dos lustros, que el orden jurídico militar español pueda dar cuenta de una transformación profunda del régimen jurídico de sus Fuerzas Armadas, sin abandonar su tradición ni eficiencia profesional.

Efectivamente, en análisis particular, podrá apreciarse una mayor o menor profundidad de estas transformaciones, no obstante ello también dice relación con el sustrato histórico social y el propio desarrollo jurídico de las instituciones, pues no necesariamente aquello que es adecuado en un país puede serlo en otro.

Desde esa perspectiva y con unas primeras lecturas del régimen jurídico alemán y de las relaciones especiales de sujeción, he querido entender mi sistema, que en los inicios del siglo XX realizó una clara aproximación a la formación alemana. No obstante ello, en los aspectos normativos ha mantenido su adscripción al modelo del derecho continental militar español. Por ello, resulta del mayor interés efectuar el estudio comparativo de las instituciones del derecho militar español y chileno, para observar el punto de encuentro y la forma de evolución de ambos sistemas, desde la nueva óptica de los derechos fundamentales, al año 2016.

A fin de delimitar el objeto de la investigación, que se abordará en esta tesis, que titulé “Los derechos fundamentales del militar. (Estudio comparativo en el ordenamiento jurídico español y chileno)”, inicialmente se estudia el concepto de las relaciones de especial sujeción en el ámbito militar y su evolución en el ámbito doctrinario y jurisprudencial español, en especial aquellos derivados de las

sentencias del Tribunal Supremo Español y el Tribunal Constitucional. Seguidamente, se contextualizan bajo el actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho, para entender su justificación de existencia en el ámbito militar y su necesidad de consagración normativa legal y constitucional expresa, perdiendo así su carácter auto justificativo, para la limitación de los derechos fundamentales del militar.

En la segunda parte de la tesis, se realiza un análisis particularizado de los derechos fundamentales del militar. El estudio comparativo entre la normativa española y chilena, permite en cada uno de los sistemas jurídicos establecer la existencia de relaciones de especial sujeción consolidadas, con límites constitucionales y legales al ejercicio de ciertos derechos. Se va delineando así nuestro objeto de estudio comparativo, al determinar aquellos derechos que no poseen ningún tratamiento diferente al común de las personas y por ello sometidos a una sujeción general, otros con modulaciones a su ejercicio, por las especiales características de la función militar y finalmente aquellos en que encontramos limitaciones o prohibiciones a su ejercicio debidamente consagradas en textos normativos, de orden reglamentario, legal o constitucional.

El tratamiento particular de los derechos fundamentales del militar en Chile, con referencia al modelo español. La base conceptual para su análisis se realizará, como ya he dicho, desde la perspectiva del marco descrito en la primera parte de la tesis, es decir, investigando si el derecho de que se trate cuenta o no con la justificación necesaria desde el punto de vista constitucional y legal, para el establecimiento de restricciones o limitaciones especiales diferentes al ciudadano común.

El fundamento de estas limitaciones, tal como hemos descrito en la primera parte de la tesis, debe tener su origen en una excepción que el propio constituyente o legislador prescriba expresamente, abandonando cualquier limitación implícita, justificada por la existencia de una posible sujeción especial.

Desde esa perspectiva, las especiales características de las Fuerzas Armadas y de su función de defensa nacional, la investigación nos comprueba que el orden jurídico permite la existencia de relaciones de especial sujeción, sin embargo ellas requieren su declaración expresa en un texto normativo legal, que permita el desplazamiento o tratamiento diferenciado al ejercicio del un derecho fundamental, establecido en el marco de una relación de sujeción general, común a toda persona.

En este orden de ideas y para efectos de su tratamiento, debe hacerse presente que hay derechos fundamentales que no tienen tratamiento en el derecho chileno, atendido que la institución que lo materializa o el propio derecho no existe. Este es el caso del derecho a acceder al defensor del pueblo contenido en el artículo 17 de la ley 9/2011, de 27 de julio. Por otra parte, existe un primer grupo de derechos que no tienen un tratamiento especial o diferenciado en el marco constitucional y refieren limitaciones que dicen relación con el ejercicio de la función militar, pero en general el derecho es reconocido al igual que cualquier ciudadano común, ejemplos de ellos son el derecho a sufragio, con la limitación del sufragio pasivo, pues constituye una inhabilidad la condición militar para ser candidato a cargos de elección popular. Lo mismo ocurre con derechos tan importantes como el derecho a la intimidad y dignidad personal, libertad de desplazamiento y derecho de reunión.

Una segunda categoría, la representan aquellos derechos que en Chile, son objeto de regulación o tratamiento especial ya sea por la vía legal y reglamentaria, como ocurre con el derecho de petición, que si bien no tiene restricciones en el texto constitucional chileno a diferencia del caso español, pero que tiene regulación específica en el ámbito militar, atendidas las funciones castrenses y la salvaguarda de principios tan importantes como la disciplina y la Jerarquía. Lo mismo ocurre, con el derecho a la asistencia religiosa o del derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, cabe mencionar un tercer grupo o categoría de derechos, que definitivamente está prohibido legalmente su ejercicio y que son claro ejemplo de la relación sujecional especial más intensa, los cuales no serán objeto de tratamiento particularizado, sino que ejemplificados a lo largo del texto y dicen relación con la neutralidad política y sindical¹, En el caso del derecho de asociación militar en Chile, que se encuentra prohibido, a diferencia del caso

¹ Esta disposición constitucional, en cuanto a las Fuerzas Armadas, se encuentra desarrollada en el artículo 7 de la Ley 9/2011, estableciendo el deber de neutralidad política y sindical, en los siguientes términos:

- “El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública e relación con la actuación de los partidos políticos.
- El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas.”.

español que está regulado y permitido por el artículo 14 de la ley 9/2011, se efectuará el análisis del mismo, atendida esta diferencia de tratamiento en ambos ordenamientos.

Cabe señalar, que el derecho a sindicarse libremente, se encuentra reconocido en el artículo 28. 1. de la Constitución española, al disponer expresamente que “La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.”.²

La primera consecuencia que se puede arribar en esta materia, es que el tratamiento que hace el Constituyente respecto de ellos es diferente. En efecto, no se trata del análisis de un derecho fundamental, es decir, desde la perspectiva del personal militar, sino que se realiza desde la perspectiva institucional, como la potestad pública del Estado que establece deberes funcionarios, garantizados con

² Cabe señalar que respecto del derecho de sindicación FERÁNDEZ GARCÍA plantea que “... éste es uno de los pocos cuya restricción o excepción se permite expresamente por el Constituyente para las FAS así como para los Institutos con disciplina militar. (art. 28.1 CE).791 A la prohibición del art. 7.2 LODDFAS 2011792 se une lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, que excepciona el ejercicio de este derecho a —los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar. Es, por tanto, una habilitación del Constituyente al Legislador, quien, continuando la senda de las derogadas Reales Ordenanzas, libremente ha decidido eliminar cualquier clase de actividad sindical en el seno de las Fuerzas e Institutos sujetos a disciplina militar, lo que incluye la proscripción de los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga, así como acciones sustitutivas o similares a este derecho, o aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas. (art. 7.2 LODDFAS).”. FERNÁNDEZ GARCÍA, I. Los derechos fundamentales del militar, Ministerio de Defensa, España, 2015, pp. 430-431.

las correspondientes normas disciplinarias y sanciones, en caso de incumplimiento.³

En este orden de ideas, la neutralidad política y sindical, se transforman en garantía de preservación institucional y corolario necesario de los principios de jerarquía y disciplina, que rigen a las Fuerzas Armadas.⁴

³ Lo ya expuesto, queda claramente establecido en la Ley 8/2014, de Régimen Disciplinario de Las Fuerzas Armadas, que dispone expresamente:

- "Artículo 7. Faltas graves.
- Son faltas graves, cuando no constituyan falta muy grave o delito:
- 32. Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas.
- 33. Promover o participar en acciones de negociación colectiva o en huelgas, así como en otras acciones concertadas que tengan por finalidad alterar el normal funcionamiento de las Fuerzas Armadas o sus unidades, publicitarlas, o inducir o invitar a otros militares a que las lleven a cabo.
 - 34. Organizar o participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como organizar, participar o asistir, vistiendo de uniforme o haciendo uso de su condición militar, a manifestaciones o reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo que se celebren en lugares públicos."

⁴ Agrega, FERNÁNDEZ GARCÍA que "concluir pues que para infringir el principio de neutralidad política por parte de un militar no se hace preciso tomar partido sin más a favor de una opción política o sindical concreta sino hacerlo públicamente y que además concurren determinadas circunstancias como la trascendencia o publicidad del acto, expresarse haciendo uso de la condición de militar o la importancia del empleo o cargo militar que realiza las manifestaciones.". En este mismo sentido cabe señalar que este autor estima: "Por consiguiente, si bien, en mi opinión, existe una clara cobertura constitucional a la pertenencia del militar a una opción política,

En conclusión, ha quedado claramente expuesto que los derechos a pertenecer a sindicatos y a partidos políticos y participar en sus actividades de carácter sindical o político, no está permitido para los miembros de las Fuerzas Armadas, pues violarían el principio de neutralidad.

La situación del ordenamiento jurídico chileno respecto de estos dos aspectos, es similar al régimen jurídico español.

La Constitución Política de la República en Chile, establece en el artículo 19 N°19 el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.

Dicha norma, no señala regulación especial o limitación alguna para las Fuerzas Armadas. Estos aspectos los encontramos en su Ley Orgánica Constitucional N° 18.948/1989.

debe mantener un comportamiento de exquisita neutralidad política tanto en sus expresiones como conducta, lo que le debe impedir, por ejemplo, colaborar o participar en las actividades de las distintas tendencias políticas, así como ocupar cargos directivos o rectores en las formaciones políticas; pero ello no debe implicar, siguiendo doctrina constitucional reiterada, una adhesión positiva o comunión ideológica con el sistema de valores establecido por la Norma suprema y, mucho menos, con todos y cada uno de los preceptos constitucionales". FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p 390 y pp. 478-479.

En efecto, el artículo 2 de la citada ley orgánica dispone que: “El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.

El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas.”.

Asimismo, dicha norma es complementada con la tipificación infraccional de estas conductas en los respectivos reglamentos de disciplina.⁵

En este sentido, tal como ya he indicado, los sistemas jurídicos español y chileno no difieren sustancialmente de su tratamiento. La regulación tanto a nivel legal como reglamentario proscribire pertenecer a partidos políticos o sindicatos y

⁵ En el artículo 28 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, se dispone que “El militar no debe mezclarse en política. Se le prohíbe pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esta índole.”. A su vez, el artículo 76 del mismo cuerpo disciplinario dispone que son faltas contra la disciplina, entre otras, las siguientes: “ 2) Participar en política o en manifestaciones, reuniones, etc., de esta índole.”.

De la misma forma el Reglamento Disciplina Armada, en su artículo 206, dispone: “FALTAS GRAVÍSIMAS.- Son aquellas acciones u omisiones inexcusables que aún cuando constituyan o no delito, provocan serio quebranto a la disciplina, eficiencia, seguridad o prestigio de la Institución y que deben ser sancionadas con severidad y energía, para prevenir consecuencias inmediatas o posteriores. Entre otras, las siguientes:

Política: Pertenecer a alguna agrupación política. Hacer propaganda o críticas de carácter político con fines proselitistas. Inscribirse sin derecho en los registros electorales. Participar en reuniones de carácter político-contingente. Firmar o adherir a documentos políticos.”

participar en sus reuniones. Dicha prohibición refleja el carácter sujecional más intenso de la función militar, ya que no permite el ejercicio de estos derechos y no solamente los restringe o limita.

Con las excepciones ya anotadas, la disección normativa, dogmática y jurisprudencial de estos derechos fundamentales en cada uno de los ordenamientos jurídicos, permitió entender su pertenencia a las categorías ya enunciadas, demostrando que la hipótesis de estudio en cuanto a la justificación de las relaciones especiales de sujeción como límites de los derechos fundamentales, está más o menos justificada dependiendo de la amplitud del tratamiento normativo expreso producto de la dictación de la Ley 9/2011 en el caso español y de su establecimiento normativo, de la revisión contralora o del ejercicio de la tutela judicial en el caso chileno.

2. Metodología aplicada.

La metodología jurídica que se utilizó en la investigación combina el método deductivo con el comparativo. En general, para ello se recurrió tanto a métodos dogmáticos como empíricos de práctica judicial, partiendo siempre de bases normativas o doctrinarias concretas e identificables y de la jurisprudencia cuando ella llega a construir un precedente aplicado regular o sistemáticamente, como instrumentos básicos de toda rama del conocimiento jurídico. Del análisis, la síntesis, la inducción y la deducción de los conceptos objeto estudio: “relación de especial sujeción” y “derechos fundamentales del militar”, ha podido revelarse el estado del tratamiento de este en los ordenamientos español y chileno, permitiendo avanzar hacia la precisa determinación del carácter y justificación de las limitaciones en el ejercicio de cada derecho fundamental, en el ámbito militar,

en ambos sistemas jurídicos. Sin perjuicio de la necesaria y oportuna referencia a otros ordenamientos, cuando el tratamiento de la relación de especial sujeción lo requiera.

3. Estructura general del trabajo.

Circunscrito así el objeto material de nuestro estudio, estructuramos el trabajo en dos partes, la primera destinada a las relaciones especiales de sujeción en el ámbito militar y su evolución, y la segunda parte, al estudio comparativo de los derechos fundamentales del personal militar en los ordenamientos jurídicos de España y Chile.

En la primera parte, se trata en forma premilitar del interés de examinar ciertas cuestiones generales sobre el concepto y evolución, de las relaciones de especial sujeción, para seguidamente contextualizarlas en el ámbito militar. Para ello, se divide en tres capítulos: Capítulo I, destinado a la dogmática jurídica y relaciones especiales de sujeción. Capítulo II, de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito militar. Capítulo III, la evolución de las relaciones de sujeción especial.

En la segunda parte, continuando con la numeración, el trabajo se divide en nueve capítulos: Capítulo IV, excurso sobre la estructura, organización y regulación de la administración militar en España y Chile. Capítulo V, la dignidad de la persona como marco de actuación y justificación común a los derechos fundamentales del militar. Capítulo VI, el derecho de dirigirse al defensor del pueblo y el derecho de asociación. Capítulo VII, el derecho de petición en el ámbito militar. Capítulo VIII, el derecho del militar a la libertad de expresión. Capítulo IX, el derecho a la libertad religiosa en las Fuerzas Armadas. Capítulo X, los derechos de sufragio, reunión y manifestación. Capítulo XI, los derechos a la

libertad personal, de desplazamiento y circulación. Capítulo XII, garantía de los derechos fundamentales del militar: la tutela judicial efectiva.

Finalmente, además de las conclusiones de este estudio y de la bibliografía se agregan cinco anexos: régimen jurídico de las Fuerzas Armadas españolas, régimen jurídico del Ejército de Chile, compilación normativa del Ejército de Chile (1817- 1984), régimen jurídico de la Armada de Chile y régimen jurídico de la Fuerza Aérea de Chile, lo anterior no tiene otro objeto que permitir a quien continúe esta investigación o desee abordar alguna temática militar en los ordenamientos jurídicos español y chileno, pueda encontrar esta modesta ayuda con la sistematización de las fuentes normativas y un ejercicio de retrospectiva histórica jurídica militar en el caso del Ejército, remontándonos hasta nuestros primeros días como país independiente.

4. Razones que fundamentan el enfoque y tratamiento de los derechos fundamentales objeto de análisis.

En el presente estudio, se ha tomado en consideración un enfoque desde las perspectivas institucionales y de la persona, tratando de equilibrar en la forma más adecuada el dilema ente derecho y potestad. Otros magníficos trabajos, que se mencionan en esta tesis, en mi opinión se han inclinado hacia una sola perspectiva, la de la persona, sutilmente olvidando la necesidad de contar y mantener principios esenciales para existencia de la función militar, la cual sólo puede entenderse en las misiones que la Constitución les entrega a las Fuerzas Armadas. Ellas no existen por un capricho o arbitrio, sino porque son necesarias para el Estado y la Nación, es decir para las personas que lo conforman. Sin olvidar que quienes las integran, también son personas que sienten y viven su vocación militar, estando dispuestas por un acto voluntario a limitar y restringir sus

derechos fundamentales, para dar cumplimiento a su juramento de servicio a la patria, hasta rendir la vida si fuese necesario.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

PRIMERA PARTE

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR Y SU EVOLUCIÓN.

CAPÍTULO I

DOGMÁTICA JURÍDICA Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.

1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA.

Inicialmente podemos señalar, que las relaciones de especial sujeción⁶ constituyen una categoría jurídica necesitada de mayor elaboración y fundamentación dogmática tanto en algunos países de Europa y Latinoamérica, como consecuencia, principalmente, del desarrollo teórico de la justificación constitucional de las limitaciones de los principios y derechos fundamentales.

En el caso español, el advenimiento de la democracia, las cubrió con un manto o velo legitimador tácito, reflejado perfectamente en una reiterada y, al tiempo, extensiva aplicación jurisprudencial que tendremos oportunidad de

⁶ Este término fue acuñado por MAYER, quien señalaba que la expresión “relación de sujeción particular” designa aquella creada especialmente para el súbdito o más bien para cierta pluralidad de súbditos, y en la que el individuo está vinculado respecto del Estado, debiendo regular su conducta conforme a cierto interés público, en virtud del cual se le dan ordenes detalladas. MAYER, O. Derecho Administrativo Alemán, (del original francés *Le droit administratif allemand*, Edit. V. Giard et E Brière, Paris 1904, Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, trad.), Depalma, 2ª ed., 1982, t. 1, p.114.

exponer posteriormente. Legitimación implícita que prescindió de considerar un examen de constitucionalidad inicial de la institución, acerca de su compatibilidad con los nuevos postulados existentes tras la vigencia en España de la Constitución de 1978 y, en particular, respecto de aquellos llamados a garantizar los derechos y libertades fundamentales.

Esta circunstancia, ha tenido repercusión en la limitación de derechos y libertades del personal militar, que se ha seguido justificando doctrinal y jurisprudencialmente –con las excepciones que se indicarán-, con base en esta categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial. Al contrario de lo que es habitual, cabe señalar que, paradójicamente, ha sido el legislador quien al reformular el sistema jurídico militar mediante la promulgación de nuevas normas, ajustadas a los mandatos de la Constitución y a los derechos que ella consagra, elimina aquellas disposiciones preconstitucionales que contenían aspectos claramente contrarios al texto fundamental y que servían de apoyo a algunas de dichas limitaciones.

En Chile, la situación es aún más compleja, atendida la ausencia de doctrina que trate esta materia y del actual el proceso de modernización y actualización de las normas disciplinarias, penales y procesales militares, como resultado de las obligaciones impuestas al Estado de Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁷

⁷ En el año 2003 , la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone lo siguiente:

“13. El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para derogar y modificar, dentro de un plazo razonable, cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, en los términos de los párrafos 254 y 255 de la presente Sentencia.

14. El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al

Si bien en el ámbito de la Justicia Militar se han efectuado modificaciones sustanciales, aún se estudia si es necesario mantener una justicia en el ámbito castrense, con posiciones tan radicales como la supresión absoluta de la misma y trasladar dichas competencias a la justicia ordinaria. Al respecto, el proceso de reflexión aún incompleto no permite un debate objetivo. El desconocimiento del mundo militar, sus principios, especiales características y una clara conciencia de su función, nos lleva a un debate más profundo y esencial: la necesidad de defensa nacional, su contenido, extensión y valoración social.

La mínima regulación constitucional de las limitaciones a derechos fundamentales del militar, contenida en los artículos 19 N° 3, en cuanto al derecho a defensa en materia disciplinaria, 19 N° 16 sobre prohibición de declararse en huelga y el 57 N° 10, en cuanto a la prohibición de ser candidatos a diputados y senadores, complementado con el capítulo XI del mismo texto constitucional, que establece las bases de su regulación orgánica y funcional⁸, no son suficientes para dar fundamento más amplio como en el caso constitucional español.⁹

conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.” Corte Interamericana de derechos Humanos, Sentencia “Palamara Iribarne Vs. Chile”, 22/11/2005, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf, p.106.

⁸ En el artículo 101 de la Constitución se establece que: “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.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones.

Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Una propuesta metodológica, para realizar esta tarea de investigación común en los órdenes jurídicos español y chileno, consiste en buscar aquellos aspectos que pueden llevar a la colisión entre los principios institucionales castrenses y aquellos que salvaguardan o establecen derechos fundamentales de las personas que integran el colectivo militar. Lo que debería resolverse mediante el establecimiento de una regla justificada constitucionalmente que determinará cómo debe resolverse el caso en conflicto, y en definitiva, declarando qué derecho o valor prevalece, o si es necesario recurrir a un metaprincipio para hallar la solución.¹⁰

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.”.

⁹ El artículo 19 N° 3 establece que la constitución chilena asegura a todas las personas:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. **Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.”.**

Asimismo, el numeral 16 del mismo artículo 19, al regular la protección constitucional del derecho al trabajo, dispone: “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.”**

¹⁰ “El que las colisiones entre principios deben resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos. Lo último lleva a una idea fundamental para la relación de los niveles de la regla y de los principios, que se puede formular en una ley de colisión: las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro,

En este sentido, por ejemplo, es perfectamente posible que los principios de seguridad y defensa, relacionados con la estabilidad institucional, restrinjan derechos en la medida que esa limitación esté acorde con los valores institucionales y tenga habilitación constitucional. Por otra parte, en cuanto a las directrices, son útiles para determinar el sentido y alcance de los principios esenciales del sistema y para ofrecer coherencia a las restricciones impuestas por ellos a derechos fundamentales del personal militar.

Otro aspecto que cabe también señalar, se refiere a los diferentes tipos de reglas que puedan intervenir en el sistema normativo militar. En especial debe tenerse presente el caso de las reglas regulativas, dado que pueden verse como resultado de ponderaciones entre principios en sentido estricto y/o directrices, y dado que su aspecto justificativo proviene precisamente de valores. Dichas reglas pueden servir de base inicial para aproximarse al análisis de la aparente falta de justificación de la categoría en estudio.

Desde ese vértice conceptual, no existe inconveniente metodológico en contrastar las reglas que componen los núcleos normativos de las relaciones especiales de sujeción militar, con los principios que han sido objeto de ponderación para crearlas, dilucidando así si son congruentes con la ponderación efectuada y con los valores que las justifican.

En ese sentido, el principio de especialidad o la consideración de un estatus normativo sujecional especial, no son suficientes por sí mismos para servir de fundamento a la limitación de un derecho fundamental. Por ello, el principio (fin) que habilita la prerrogativa pública limitatoria, deberá contrastarse con aquel otro principio de respeto y prevalencia de los derechos fundamentales en general y en

forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente." ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *DOXA*, núm. 5, 1988, pp. 146 – 147.

especial con el derecho fundamental concreto objeto de limitación. En esta ponderación de principios ha de surgir una regla que resuelva la cuestión planteada, demostrando con su fundamentación en qué caso la limitación se encuentra justificada y en cuáles no. Ese ejercicio metodológico establecerá si es necesario recurrir para ello a la categoría de las relaciones de especial sujeción, o si puede efectuarse una justificación metodológica general de la restricción de los derechos fundamentales, permitida por el texto constitucional, sin necesidad de aquélla.

Ese podría ser el supuesto, desde la óptica del derecho administrativo como ordenamiento jurídico especial, en tanto reconoce a favor de la administración pública potestades que limitan derechos y libertades de las personas. En realidad, no deja de ser otra forma válida para describir el conflicto al entrar en colisión el haz de facultades propio de la potestad limitatoria con el derecho fundamental afectado.

Es obvio que la ecuación derecho – potestad nunca estará equilibrada, aún cuando en un Estado de Derecho inicialmente deberá resolverse siempre en favor del derecho fundamental y no de la prerrogativa pública. De ahí que otra forma de dar una solución a ese conflicto pueda encontrarse en un principio de equilibrio relacional, en que es el propio constituyente el que expresamente equilibra la ecuación, mediante la prevalencia de ciertos valores que fundamentan la existencia de la prerrogativa pública limitadora de un derecho fundamental, sólo y en tanto sirve a la protección o salvaguarda de ese valor que constitucionalmente se juzga superior. Cuando esto sucede, la potestad pública y la vigencia efectiva del derecho fundamental, deben encontrar en este equilibrio relacional la coexistencia que permita la pervivencia de ambos sin anularse mutuamente, dada la necesidad de satisfacer los fines para los que fue creada la potestad, enmarcados en los fines de existencia misma del Estado y sus instituciones.

La dinámica rectora de esta relación está determinada, pues, por la exigencia de cumplir el fin público o social presente en el origen a la potestad, ya que su incumplimiento o no realización, es susceptible de producir una seria perturbación social sino la destrucción de la sociedad política. Pero, al mismo tiempo, en esa dinámica deberán siempre conciliarse los legítimos intereses de los sujetos pasivos sobre los que se ejerce la potestad limitadora, ya que son personas naturales que tienen como tales derechos, de vigencia plena y efectiva dentro de un sistema constitucional y democrático de derecho.

Esta innegable colisión de valores constitucionales en juego, demanda ponderar o armonizar los fines (principios) del Estado y los derechos de las personas que integran el colectivo militar. A ese propósito, debemos analizar la naturaleza y entidad del derecho, así como la razón de ser de la prerrogativa pública y el carácter de los límites que impone o tolera el orden jurídico al derecho, antes de llegar finalmente efectuar el test de validez de la restricción. Si el resultado logra, en efecto, el equilibrio de la relación dinámica que se produce entre ambos, hemos conseguido nuestro objetivo, sino habrá que volver a corregir los presupuestos de la ecuación derecho- potestad.

No obstante, sea cual fuere la forma de aproximarse al conflicto, el problema igualmente deberá ser resuelto ponderando los distintos elementos que forman parte de éste. No se desconoce el positivo resultado que ha generado la ponderación en la solución de los conflictos de principios¹¹, como ya se ha expuesto, aunque tampoco el hecho cierto de que no es suficiente para articular una solución general a la colisión derecho – potestad.¹²

¹¹ “La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto.”. ALEXY, art. cit., p. 147.

¹² Ya el propio ALEXY lo plantea, al señalar este mismo problema respecto de los principios: “Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se

El problema de la ponderación radica en la ausencia de un instrumento que permita medir el nivel de cada una de las variables que componen la ecuación¹³. O también, la falta de precisión del instrumento postulado para efectuar la medición¹⁴. Cómo saber en qué consiste una limitación nivel cinco y una nivel siete, en una escala de uno a diez. Ante la imposibilidad de conocer el instrumento exacto que facilite procesar las distintas variables en el sistema, las interrogantes que hemos planteado carecen de respuesta.

corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas.” ALEXY, art. cit., p. 147.

¹³ “Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado, a tal orden habría que llamarlo “orden estricto”. Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de la realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado.” ALEXY, art. cit., pp. 145 – 146.

¹⁴ Recientemente ALEXY ha tratado de hacer más preciso su instrumento de ponderación, dando valores a los principios objeto de la colisión y otorgando diversos grados a la afectación resultante (leve, media, grave). Creo que este complemento de su teoría no aporta lo suficiente para constituir la ponderación en un instrumento fiable en manos de un operador ni entregará resultado objetivo como resultado de la operación de ponderación, sino que sólo traslada la discrecionalidad del operador jurídico del instrumento (ponderación) a los presupuestos que son su condición de existencia (los principios en colisión). En efecto, la atribución aritmética de valores a cada principio o de intensidades (leve, media, grave) respecto de su afectación, dejan un extenso margen de discrecionalidad al operador que puede atribuir mayores o menores valoraciones a los principios dependiendo de su cercanía o compromiso con ellos. Con lo cual no puede plantearse un criterio de objetividad en la atribución generando el mismo problema de indeterminación existente en el instrumento (ponderación). Véase ALEXY, R., “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *REDC*, núm. 66, 2002, pp. 13 – 64.

Frente a este problema caben, a lo menos, tres reflexiones básicas. La primera, tanto la formulación de los derechos como su interpretación y la de las potestades son creación humana, por tanto imperfectas. La segunda, ambos conceptos no son reconducibles matemáticamente, y por ello empíricamente invalorable en abstracto. La tercera, consecuencia de las anteriores, es que sólo serán jurídicamente reconocibles o axiológicamente justificables mediante la argumentación jurídica.

Por todo ello, será precisamente este método jurídico el que permitirá en el presente trabajo estudiar y analizar críticamente los planteamientos, fundamentos y justificaciones para mantener, sustituir o eliminar la categoría de relaciones de especial sujeción, exponiendo los argumentos doctrinales y jurisprudenciales en favor o en contra del concepto para determinar su actual contenido y vigencia, en especial en el ámbito militar

2. LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN.

2. 1. Planteamiento general.

Comenzaremos con un análisis detallado y pormenorizado del origen de la relaciones de especial sujeción, el cual se encuentra suficientemente tratado en la doctrina española con los trabajos monográficos de GALLEGO ANABITARTE¹⁵, LÓPEZ BENÍTEZ¹⁶, LASAGABASTER HERRARTE¹⁷ y GARCÍA MACHO¹⁸, así

¹⁵ GALLEGO ANABITARTE, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración”. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho, en *RAP*, núm. 34 , 1961, pp. 11 – 51.

¹⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, Madrid, 1994.

como variados artículos en revistas de derecho sobre la materia¹⁹, entre los cuales podemos hacer especial mención en el ámbito militar, al de COTINO HUESO²⁰, al margen de las referencias, más o menos amplias, contenidas en los Manuales o Cursos de Derecho Administrativo.²¹

En la generalidad de esos estudios existe también una amplia exposición de la jurisprudencia alemana, además del lógico proceso de comentario de la jurisprudencia constitucional y ordinaria española, en general crítica con la

¹⁷ LASAGABASTER HERRARTE, I. Las relaciones de sujeción especial, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁸ GARCÍA MACHO, R. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1992.

¹⁹ GALLEGO ANABITARTE, art. cit..GARCÍA MACHO, R., “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 64, 1989, pp. 521 y ss. “Las relaciones de especial sujeción”, en documentos Iustel, www.iustel.es. MICHAVILA NUÑEZ, J. M., “Relación especial de sujeción en el sector Crediticio y Estado de Derecho”, en *REDA*, núm. 54, 1987, pp. 243 y ss. LOPEZ RAMON, F., “Acerca de las “especiales” relaciones de sujeción a que está sometido el recluso”, en *REDA*, núm. 14, 1997, pp. 496 – 506. DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, en *REDA*, núm. 72, 1991, pp. 515 y ss. JIMÉNEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Revista Jurídica Española “La Ley”, núm. 2, 1998, pp. 989 – 993.

²⁰ COTINO HUESO, L., “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España”, en Revista del Poder Judicial, núm. 55, 3ª época, 1999, III, pp. 291 – 323.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 9ª ed., 2004, t. II, pp. 17 – 18. MARTÍN MATEO, R., Manual de Derecho Administrativo, Thomson – Aranzadi, 23ª ed., 2004, p. 75. PARADA, R. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 13ª ed., 2002, t.1, 398. ENTRENA CUESTA, R. Curso de Derecho Administrativo, Tecnos, 8ª ed., 1993, v. 1, p. 185.

tendencia que en este último sistema jurídico ha tenido la institución, al haberse extendido más allá de lo pensado alguna vez por sus creadores alemanes.²²

En efecto, a este nivel introductorio cabe señalar que la doctrina jurisprudencial, del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y del Tribunal Supremo (en adelante, TS), afirma que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa²³. No obstante, opera con ella y entiende que lo relevante es el alcance que el concepto de "relaciones especiales de sujeción" puede desempeñar en la Constitución.²⁴ Ha señalado, además, que en tales relaciones de "especial sujeción", "de poder especial", o simplemente "especiales" es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico – administrativas sustentadas en los límites que al disfrute de los derechos imponen la propia Constitución o las leyes.

Lo importante, en ese contexto, es reconocer que la categoría "relación especial de sujeción" no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley conforme a la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos.²⁵ Es obvio que ello no impide comprobar la subordinación de dicha categoría a los preceptos y mandatos constitucionales, pues como dejan claro, entre otras, las sentencias del TC 69/1989, de 20 de abril, FJ. 1º, y 219/1989, de

²² Según GALLEGO ANABITARTE, art. cit. p. 12, ha sido OTTO MAYER a quien se le debe en primer lugar que este concepto se impusiera rápidamente y de manera general en el Derecho Administrativo. Sobre el nacimiento y desarrollo de las relaciones de especial sujeción en Alemania, puede consultarse: LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit., pp. 45 -153. LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., pp. 39 – 108. GARCÍA MACHO; ob. cit., pp. 23 - 109. GALLEGO ANABITARTE, art. cit., *in totum*. COTINO HUESO, art. cit., *in totum*.

²³ STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ. 6º.

²⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 10 de junio de 2003, FD. 6º.

²⁵ Idem.

21 de diciembre, FJ. 2º, en el ámbito de una "relación de sujeción especial" se mantienen vigentes garantías y exigencias fundamentales sancionadas constitucionalmente (en el caso, las derivadas del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1).²⁶

El carácter doctrinal de la institución y la ausencia de reconocimiento expreso en el texto constitucional, requieren que nos adentremos en el tratamiento del estudio de su origen y evolución para perfilar después el concepto y comprobar la aplicación que hace del mismo la jurisprudencia, ya genéricamente o más específicamente respecto a las relaciones jurídicas del personal militar. Dicho de otro modo, nos proponemos abordar cuál es hoy el contenido de estas relaciones de especial sujeción y en el plano concreto cómo se encuentran enmarcadas las relaciones jurídico administrativas de aquel personal.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁶ Idem. Agregó también el TS en esa sentencia que: "Pues bien, en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en auto-taxi. Tampoco ninguna Ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo. Por tanto, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de auto-taxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 de la Constitución".

2.2. Sobre el origen y fundamento del concepto en el ordenamiento español.

Diversos autores reconocen que, inicialmente en el año 1961, fue GALLEGO ANABITARTE el primero que aborda esta temática en España²⁷, al efectuar una aproximación al panorama de estas relaciones jurídico-administrativas en el derecho alemán con la publicación de su artículo “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración”.²⁸

Entre las razones doctrinales esgrimidas por este autor para dar por asumida la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción y la justificación de las limitaciones impuestas por estas últimas en un contexto constitucional y democrático de Derecho, se encontrarían: las especiales características de la profesión militar, la eficiencia administrativa en algunos sectores de esta actividad pública y la imposibilidad de regular exhaustivamente todos los supuestos de conductas o actuaciones posibles en la administración.²⁹

²⁷ Se encuentran de acuerdo en esta afirmación los profesores: T.R. FERNÁNDEZ, en el prólogo del libro de GARCÍA MACHO, R. Las relaciones de especial sujeción en la constitución española, ob. cit., pp. 13 – 14. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit. p. 153, COTINO HUESO, art. cit., p. 302. LASAGABATER HERRARTE, ob. cit. 145. Por el contrario, GARCÍA MACHO señala que al parecer “el concepto de relación de especial sujeción se utiliza por primera vez en el Derecho español en la traducción que Álvarez Gendín realiza de las Instituciones de Derecho Administrativo de F. Fleiner. Posteriormente han dado noticias de él F. Garrido Falla en su Tratado a propósito de la policía administrativa y, asimismo, E. García de Enterría en una reseña del Manual de Forsthoff. Más tarde lo desarrolla y estudia en profundidad A. Gallego Anabitarte en un conocido artículo”.GARCÍA MACHO, ob. cit. p.110.

²⁸ GALLEGO ANABITARTE, art. cit. nota 1.

²⁹ Siempre se ha entendido que la imposibilidad de prever todas las situaciones posibles dentro del ámbito de la administración militar, por ejemplo en materia disciplinaria, hacen imprescindible

Asimismo, señalaba que dentro del ámbito que abarca el concepto de relación de especial sujeción se plantean, por lo menos, tres problemas: la validez del principio de legalidad de la administración, la validez de los derechos fundamentales y la cuestión de la protección jurídica.³⁰

GALLEGO ANABITARTE, después de exponer la concepción de MAYER,³¹ precisaba que la denominación relaciones especiales jurídico-administrativas es más apropiada que la de relaciones especiales de sujeción. Agrega que no se trata con esa afirmación de “deshacer” el concepto, sino de ser consecuente con un hecho: la gran heterogeneidad y diferencia que reina entre las situaciones jurídicas incluidas en el concepto de relaciones especiales de sujeción. Esa afirmación, según el autor, ahorra tanto el esfuerzo de una definición como la búsqueda de una única cualidad como nota esencial de ellas.³²

A su juicio, las relaciones especiales de sujeción se distinguen por diferentes notas caracterizadoras, entre las cuales menciona las siguientes:

- La acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones.
- El estado general de libertad limitada.

contar con una variante especial del principio de legalidad en la cual se basta con establecer cláusulas generales. Ver, GALLEGU ANABITANTE, art. cit., p. 48.

³⁰ GALLEGU ANABITARTE, art. cit., pp. 11 – 12.

³¹ GALLEGU ANABITARTE, art. cit., p. 14.

³² En dicha concepción MAYER designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado y la relación especial de sujeción como aquella en la cual se hace referencia a esa acentuada dependencia que se establece, a favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial. GALLEGU ANABITARTE, art. cit. pp. 24 - 25.

- La existencia de una relación personal y la imposibilidad de establecer de antemano la extensión y el contenido de las prestaciones.
- La intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.
- La obligación del individuo de obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley, justificándose esta situación en razón de un determinado fin administrativo.
- La voluntariedad en dicha situación de sometimiento.
- La admisión, expresa o tácita, de que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de garantizar la eficiencia y productividad administrativa.

Con el fin de dejar claramente establecidas estas características, señala el autor como ejemplos de figuras jurídico-administrativas que presentan una relación especial de sujeción: la situación del funcionario, del militar, del estudiante y del preso.³³ Estos serán los supuestos que han constituido, tradicionalmente, el paradigma de las situaciones que identifican esta categoría jurídica.

Finalmente, GALLEGO ANABITARTE concluye que este tipo de relaciones generan para el principio de legalidad una serie de consecuencias, a saber:

³³ Sobre éstas hay unanimidad, según indica el autor. No obstante, señala que se deben considerar también como relaciones especiales de sujeción la libertad vigilada (policíaca, fiscal), y la relación con establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio. Para él por el contrario serían discutibles y problemáticas las que pudieran originarse con la utilización de un establecimiento público (museos, etc.), y servicios de transportes, la situación de los diputados y ministros y de aquellos que están bajo el poder de un presidente de Sala o Cámara parlamentaria. Finalmente, menciona que deben ser excluidas las siguientes: la relación con las Corporaciones profesionales, la relación con la Seguridad Social y la prestación administrativa en forma de servicio de abastecimiento (gas, luz, etc.). GALLEGO ANABITARTE, art. cit., pp. 25 – 26.

- La constitución de este principio en rector de las relaciones especiales de sujeción, como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional por el Estado de Derecho.
- La exigencia de que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una autorización legal explícita, aunque puede ser sustituida por una cláusula general justificativa cuando haya una imposibilidad de regular todos los casos, o bien haya de mantenerse la debida elasticidad con el fin de salvaguardar la eficiencia de la Administración.
- Las intervenciones en la situación jurídica del individuo deben servir a la finalidad objetiva de la relación especial de sujeción.³⁴

En opinión de GARCÍA MACHO, estos planteamientos reflejan “con fidelidad el estado de opinión de la época, que tenía su origen en las relaciones de especial sujeción surgidas en el contexto de la Monarquía constitucional. Sin embargo, el hecho cierto es que la Ley Fundamental había modificado esa situación, como bien percibe Gallego, pero la inercia del pasado era en aquel entonces más fuerte que la misma realidad constitucional surgida.”³⁵. Agrega, además, que ese trabajo “ha tenido una influencia decisiva en la jurisprudencia y doctrina española a partir de su aparición hasta la actualidad. Sin embargo, el Derecho alemán, con más o menos altibajos, ha evolucionado ... (y) adecuado a la Ley Fundamental las relaciones de especial sujeción. Contrariamente, la jurisprudencia española ha quedado anclada en la tesis clásica del concepto y, consecuentemente, ha entendido que la administración no está sujeta a la reserva de ley, en lo que constituye la esfera interna o doméstica. Incluso, ampliando el ámbito de las relaciones de especial sujeción a grupos (auto-taxis, denominación de origen, banca, promotores de viviendas de protección oficial, etc.) que nunca en el Derecho alemán estuvieron sometidos a tal tipo de relación, lo cual ha

³⁴ GALLEGO ANABITARTE, art. cit., pp. 50 - 51.

³⁵ GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 110 – 111.

engendrado una situación de inseguridad jurídica en el Derecho español. Por otra parte, el Tribunal Supremo utiliza una terminología tan diversa cuando alude al concepto de relación de especial sujeción que puede inducir a confusión.”.³⁶

Para GARCÍA MACHO, el concepto de relación de especial sujeción es necesario mantenerlo para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la administración y el administrado conviven todo el día (soldado, presos) o la mayor parte del día (funcionarios, estudiantes), aún cuando es ineludible, al mismo tiempo, poner en relación dicho concepto con las actuales bases constitucionales. Es ésta una tarea que está en sus comienzos, como evidencia en su monografía, observando que la tensión entre los principios constitucionales y la casuística deberán ir definiendo el contenido de las relaciones de especial sujeción conforme a fundamentos actuales.³⁷

Por su parte, T.R. FERNÁNDEZ se muestra abiertamente crítico tanto a la admisión del concepto como respecto a su recepción por la jurisprudencia española. Tras cuestionar severamente la técnica empleada de copiar y trasladar instituciones de realidades muchas veces diversas, por cuanto con ella se cometen generalmente los mismos errores en que sus creadores han incurrido, denuncia cómo con la teoría de las relaciones de especial sujeción se ha querido encontrar durante muchos años la solución a todos los déficits de cobertura legal, que no eran pocos, de la actividad de la administración del régimen político anterior, yendo con ello mucho más lejos de lo que nunca pudieron pensar quienes la idearon y, por supuesto, quién la divulgó en España. El abuso de una construcción dogmática, nacida en un contexto histórico-político radicalmente diferente, que ni siquiera la promulgación de la CE de 1978 pudo frenar en un

³⁶ GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 111.

³⁷ GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 253 – 254.

primer momento, aunque ahora el TC y el TS parecen empezar a reaccionar o sólo empezar, puntualiza.³⁸

En parte, esa crítica se reproduce en la obra conjunta de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ al advertir los aspectos negativos de perspectiva subjetiva que subyace en el planteamiento de esta temática.

Estiman, de entrada, que la denominación relación especial de sujeción es producto de entender la condición de administrado simple respecto de la administración, en la relación poder público – ciudadano, desde la perspectiva de este último, lo cual permite llevar al equívoco de pensar en su condición puramente pasiva.³⁹

Sostienen que, por el contrario, en esta relación jurídica, la persona muestra su doble condición de titular de un *status libertatis*, que garantiza la incolumidad de su ámbito personal exento y la posibilidad de su libre

³⁸ Textualmente lo expresa con maestría al señalar que: “Benavente acertó a explicar estos riesgos con su célebre, aunque olvidada, bienaventuranza: “Bienaventurados sean nuestros imitadores porque de ellos serán nuestros defectos.”. Si los iuspublicistas alemanes conocieran esta inteligente y afortunada sentencia de nuestro dramaturgo la repetirían hoy con indisimulada satisfacción al ver a qué extremos hemos llevado su vieja teoría de las relaciones especiales de sujeción, de la que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, sin más apoyo que algunas referencias indirectas y la descripción contenida en un trabajo ya antiguo de quien entonces era sólo un estudiante de postgrado que acababa de completar una estancia en Alemania ...”. Prólogo al libro de GARCIA MACHO, ob.cit., pp. 13 – 14.

³⁹ Señala GARCÍA DE ENTERRÍA: “La condición de administrado simple es la que se expresa en la posición respecto a la Administración propia del binomio genérico poder público-ciudadanos. A esta situación suele calificársele en la doctrina alemana, desde LABAND y MAYER, de “relación general de poder”, o “de supremacía general” (desde la perspectiva administrativa), o “relación general de sujeción” (desde la perspectiva del administrado), conceptos que de nuevo nos remiten el equívoco de considerar puramente pasiva la posición del administrado – equívoco quizás aquí matizado del trasfondo hegeliano que subyace a la construcción germánica.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. Curso...,ob. cit., t. II, pp. 17 – 18.

desenvolvimiento, y por otra parte, su menesterosidad social, que le hace postular prestaciones y servicios públicos, situándolo también como objeto pasivo de una actuación administrativa. De esta esencial dualidad de aspectos en que el administrado se sitúa ante la administración (como persona libre, como sujeto social) es donde entienden que deriva, en último extremo, la pluralidad básica de sus situaciones jurídicas, que en modo alguno cabe explicar como una simple situación de sujeción.⁴⁰

Para GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ la cualificación de la condición de administrado puede venir de títulos diversos, de *status* especiales, aunque nunca presenten el carácter global propio del antiguo Derecho, *status* que vendrán definidos normalmente por la condición de destinatario de un ordenamiento sectorial, siendo la más intensa aquella que se relaciona con el funcionario inserto dentro del aparato administrativo.⁴¹

De cualquier forma, estos autores nos previenen del error en que ha incurrido con frecuencia la jurisprudencia, de confundir las relaciones de sujeción

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. Curso ..., ob. cit., t. II, p.18.

⁴¹ “La cualificación más problemática es, sin duda, la que se produce cuando el administrado se inserta en una organización administrativa, lo que vendría a producir, pretende la doctrina alemana, una dependencia respecto a dicha organización a la que esa doctrina llama – por contraposición a la relación general de poder, antes expuesta – “relación especial de poder” o de supremacía o sujeción especial. MAYER, que está en el origen de la doctrina, caracterizó a estas situaciones como “un estado de libertad restringida”. Esa restricción vendría del hecho de los poderes de autoorganización de la Administración sobre el establecimiento o el servicio en que se integra el administrado, poderes cuyo ejercicio podría afectar a este administrado como “disciplina” de forma más expeditiva que lo que es común en las relaciones ordinarias. Es el caso del preso, del soldado, del funcionario, del escolar, u otros usuarios de un servicio público. La doctrina alemana originaria hablara de un plus de sometimiento del ciudadano para cuya concreción la Administración no necesitaría una cobertura de Ley, aun afectando a derechos fundamentales de aquél.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso ..., ob. cit., t. II, pp. 18 – 19.

especial con cualquier supuesto de relación particularizada entre la administración y el administrado. Ese sería el caso del llamado *status* cualificado de un administrado, que no exige necesaria ni ordinariamente su inserción en una organización administrativa.⁴²

LÓPEZ BENÍTEZ muestra su estupor ante las deducciones que alcanza la jurisprudencia en materia de relaciones especiales de sujeción, por cuanto descansa en la ausencia de un concepto de las mismas. A su entender, mientras no se identifique ese concepto, toda la labor del conocimiento científico se resolverá en una pura y simple tautología. Por el contrario, alcanzado el concepto, éste contribuirá a jugar un importante papel en la caracterización de las distintas situaciones jurídico-públicas que se producen en la realidad. En su opinión, esta carencia es la causante de que la doctrina sobre las relaciones especiales de sujeción haya incluido en éstas a sectores de muy difícil caracterización y de que se haya producido esa elephantiasis de la teoría, que diversos autores vienen denunciando en los últimos tiempos.⁴³

Como solución, para reconducir a sus justos términos la referida categoría, propone acentuar la dependencia al ordenamiento jurídico que tienen estas relaciones, puesto que éste "... aísla un sector de la realidad social y le encomienda unos fines peculiares, asignando a los sujetos de la relación una determinada posición de preferencia o de subordinación, que se traduce en un haz recíproco de potestades, derechos, obligaciones, deberes, etc., contenido típico de cualquier relación jurídica."⁴⁴

⁴²GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso ..., ob. cit., t.II, pp. 19 - 20.

⁴³ LÓPEZ BENÍTEZ, ob.cit., pp. 160 – 161.

⁴⁴ LÓPEZ BENÍTEZ, ob.cit., p. 165.

En consecuencia, las relaciones especiales de sujeción son para LÓPEZ BENÍTEZ relaciones jurídico-administrativas, lo cual quiere decir, que está presente la administración como parte de la relación y que la misma queda, además, colocada en una posición de preeminencia con respecto a los administrados.⁴⁵

En análogo posición, para LASAGABASTER HERRARTE, las relaciones de especial sujeción “...contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla, que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por una tal situación”.⁴⁶

En el panorama doctrinal español existen también otros autores detractores de este instituto, evidenciando que estamos ante un tema polémico. En el caso extremo está JIMENEZ-BLANCO, que rechaza la admisión de este tipo de relaciones al sustentar que las mismas son contrarias al Estado de Derecho⁴⁷. Asimismo COTINO HUESO, al señalar abiertamente que se trata de una institución que se encontraría superada gracias al examen constitucional a que

⁴⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, ob.cit., p. 174.

⁴⁶ LASAGABASTER HERRARTE, ob. cit., p. 25.

⁴⁷ Sobre la materia señala textualmente: “ He aquí una voz, “relación de sujeción especial” – u otras análogas – que, primero, se aplica, sin base normativa alguna, allí donde se quiere, y, segundo, se derivan de ella consecuencias que contradicen los principios y las garantías del Estado de Derecho.” . JIMÉNEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial ...”, art. cit, p. 993.

ha sido sometida.⁴⁸ Literalmente indicará que la noción de especial sujeción “resulta, pues, inútil y confusa y por lo tanto, descartable. Pero además, hay que tener en cuenta que ya no es imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distanciarse del Derecho; tras ese concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por todo ello, cabe ya pasar esta página de la historia.”⁴⁹

El problema de la justificación de la existencia de las llamadas relaciones especiales de sujeción –a su entender- se trasladaría al estudio de su extensión y límites en relación con la limitación de los derechos fundamentales.⁵⁰

⁴⁸ En este sentido también argumenta COTINO HUESO: “La alusión a las relaciones de especial sujeción ha dejado de ser aquel útil instrumento que justificaba con relativa facilidad las limitaciones a los derechos y libertades, por lo cual, parece que ya no interesa su empleo en algunos ámbitos específicos.

Éste es el caso, a mi juicio, de la relación militar, doctrinal y jurisprudencialmente una clásica relación de sujeción especial. Resulta curioso que desde la constitucionalización de esta categoría, la misma ha dejado, prácticamente, de ser empleada en esta parcela típica. Desde la presente década se ha intensificado en la esfera castrense el predominio de las argumentaciones institucionales, sin excluirse el empleo de teorías también mencionadas, como las teorías de las situaciones. La alegación de que las Fuerzas Armadas son una institución con unas (**sic**) esenciales funciones, prácticamente ha bastado para justificar los límites a los derechos del militar. Todo hay que decir que, desde 1997 (sentencia 151/1997, de 29 de septiembre) se ha dado un importante paso en éste ámbito. Esto es así porque para el mundo de los cuarteles han pasado a aplicarse en su plenitud los criterios generales de admisibilidad de los límites de los derechos.” . COTINO HUESO, art. cit., pp. 308 – 310.

⁴⁹ COTINO HUESO, art. cit., p. 323.

⁵⁰ COTINO HUESO afirma que: “ Ahora bien, para que las limitaciones de los derechos y libertades y el particular alcance de aquellos principios básicos del Estado de Derecho sean

Es precisamente en este aspecto justificatorio donde aparecería cuestionado el sentido de la existencia de las relaciones de especial sujeción ya que no puede satisfacerse correctamente la pregunta ¿ Por qué una doble sujeción con una misma justificación?. Según COTINO HUESO, “... el reconocimiento de la existencia de una relación de sujeción especial no excluye la necesidad de motivar y fundamentar adecuadamente aquellos límites, al igual que si de otra limitación a un derecho o libertad se tratase” .⁵¹

De esa tesis, según la cual, si con independencia de utilizar la categoría jurídica de las relaciones de especial sujeción es igualmente necesario recurrir a la justificación general y constitucional de toda limitación surge la interrogante de: ¿Para qué utilizar entonces una categoría jurídica especial si hay suficiente justificación constitucional en las limitaciones generales de todo derecho fundamental ?.

En otras palabras, con ello se pone en cuestión –o ante una duda más que razonable- la verdadera necesidad de mantener esta categoría, toda vez que no resulta imprescindible para fundamentar o justificar la existencia de situaciones jurídicas, compatibles con los postulados constitucionales, recurrir a ella. Otra cuestión distinta es que podamos, a su vez, apreciar si la eliminación tiene alguna trascendencia sustancial o constituye solamente un mero aspecto formal, que a lo sumo tiene utilidad para romper con la inercia histórica e incluso con el significado anacrónico de esta figura.

constitucionalmente asumibles, de nada sirve acudir a la idea de las relaciones especiales de sujeción.” . COTINO HUESO, art. cit., p. 320.

⁵¹ COTINO HUESO, art. cit., p.320.

3. Evolución y desarrollo jurisprudencial del concepto.

El proceso evolutivo de aplicación judicial del concepto de relación de especial sujeción, muestra distintas tendencias, destacando especialmente la línea originaria del TS que ha ampliado el alcance del mismo para integrar un amplio conjunto de situaciones jurídico-administrativas, ajenas por completo al sentido que tenían esas relaciones en la teoría primigenia, dejando ahora al margen el contexto político en el que surgió. Frente a esa posición, ha empezado a reaccionar el TC asentando la doctrina de límites constitucionales en un marco de justificación general de dicha categoría, e instando con ello a un cambio jurisprudencial al TS. Este, de manera quizás demasiado lenta y tímidamente acoge progresivamente las tesis garantistas derivadas de los postulados constitucionales, como tendremos que exponer, sin perjuicio de constatar aún las divergencias que quedan en pie en el análisis comparados de ambas jurisprudencias, no sólo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo que es el que aquí interesa sino también en otros órdenes jurisdiccionales como el penal. A título simplemente ilustrativo de esta recepción doctrinal en éste último ámbito, la STS (Sala de lo Penal), de 2 de junio de 2002, invocando lo reiterado, entre otras, en la STC 2/2003, de 16 de enero, señalará que la existencia de una relación especial de sujeción tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, pues para ello es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto⁵².

⁵² STS (Sala de lo Penal), de 2 de junio de 2002, FD. 3º.

3.1. La posición extensiva del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo ha construido un ámbito de aplicación subjetivo del concepto, extendiéndolo a supuestos que originariamente en su acepción clásica no se comprendían, a saber: promotores de viviendas de protección oficial⁵³, colegios profesionales⁵⁴, federaciones, asociaciones y clubes deportivos⁵⁵, bancos e instituciones financieras⁵⁶, cajas de crédito⁵⁷, empresas de vigilancia y seguridad⁵⁸, auto-taxis⁵⁹, entidades de televisión⁶⁰, alumnos⁶¹, denominaciones de origen vitivinícola⁶², entidades colaboradoras de seguridad

⁵³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 10 de noviembre de 1999, FD. 2º.

⁵⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 26 de marzo de 1996, FD. 6º, (abogados). STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 14 de noviembre de 1995, FD. 4º (farmacéuticos). STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), 14 de julio de 1994, FD. 1º (médicos). STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de febrero de 1982 (arquitectos).

⁵⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 23 de octubre de 2000, FD. 2º.

⁵⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 11 de noviembre de 1998, FD. 3º.

⁵⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 3 de mayo de 1993, FD. 1º.

⁵⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de septiembre de 1988, FD. 3º.

⁵⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 27 de enero de 2004, FD. 1º, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 10 de julio de 2003, FD. 3º, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 10 de febrero de 1997, FD. 4º, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 13 de noviembre de 1995, FD. 6º.

⁶⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 de diciembre de 2004, FD. 9º.

⁶¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), 1 de julio de 1997, FD. 4º.

social⁶³, destinatarios de las normas del Consejo de seguridad Nuclear⁶⁴, concesionarios de gas y gasóleo⁶⁵, estancos de tabacos⁶⁶, contratistas del Estado⁶⁷, detectives privados⁶⁸, notarios⁶⁹, usuarios de centros deportivos⁷⁰, sociedades mercantiles que operan en el mercado de valores⁷¹, miembros del consejo de dirección de una sociedad⁷², gestión y depósito de aceites tóxicos⁷³, entidades que realizan actividad de auditoría de cuentas⁷⁴, jueces y magistrados respecto del Consejo General del Poder Judicial⁷⁵, personas que sufren daño de la administración⁷⁶.

⁶² STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de 7 de junio de 1986.

⁶³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 13 de octubre de 2003, FD. 2º.

⁶⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 27 de noviembre de 2003, FD. 3º.

⁶⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 22 de julio de 1992, FD.8º.

⁶⁶ STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ. 5º.

⁶⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de julio de 1985, FD. 3º.

⁶⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo),de 11 de mayo de 1987, FD. 2º.

⁶⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 18 de noviembre de 2000, FD. 3º.

⁷⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de junio de 1993, FD. 1º y 2º.

⁷¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 6 de octubre de 2003, FD. 2º.

⁷² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 2 de junio de 2003, FD. 2º.

⁷³ STS (Sala de lo Penal),de 2 de junio de 2002, FD. 2 y 3º.

⁷⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 12 de mayo de 2003, FD. 8º. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 27 de octubre de 2004, FD. 4º.

Cabe hacer presente que en todas las situaciones jurídicas descritas, existen aspectos comunes que perfilan elementos que describen para el TS una relación especial de sujeción. El primero de ellos, basado en la relación con un componente normativo que crea un *status* especial, en el cual la administración se posiciona en una situación de privilegio más intensa que en la relación común con los ciudadanos. El segundo elemento, atiende a una mayor amplitud de facultades autoorganizativas de la actividad comprendida en la sujeción especial, siendo característica la presencia de una regulación administrativa que llena de contenido la normativa legal que rige el sector. En último término, el fin público específico de protección de las personas que intervienen en la actividad o del objeto, operatividad y funcionamiento de la misma.

Lo antes expuesto configura un cuadro de relaciones que es característico de las de sujeción especial, respecto de las personas que ejercen determinadas actividades generadoras de genuinos y singulares vínculos con la Administración, que van más allá de los que con carácter general, atañen a todos los ciudadanos.⁷⁷

No obstante la amplia cobertura subjetiva antes descrita, el Tribunal Supremo ha recepcionado desde el año 1981 gradualmente la doctrina del Tribunal Constitucional, asumiendo el carácter justificativo del concepto en la limitación de derechos fundamentales y del principio de legalidad, como exponemos luego una vez precisada la doctrina del máximo intérprete de la Constitución.

⁷⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 21 de marzo de 2003, FD. 10.

⁷⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 14 de octubre de 2004, FD. 2º.

⁷⁷ STS (Sala de lo Penal), de 2 de junio de 2002, FD. 3º.

3.2. La doctrina del Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha realizado una aproximación al concepto de relación especial de sujeción desde una doble vertiente, la descriptiva y la justificativa.

En cuanto al aspecto *descriptivo*, el Tribunal Constitucional ha señalado que la categoría «relación especial de sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos⁷⁸. Por ello, no las define sino que señala algunas notas distintivas que permiten identificarlas. Asimismo, al aplicar este criterio casuístico, se ha constituido en revisor de aquellas situaciones a las que el TS había extendido el concepto, para en la mayoría de los casos restringir el alcance de la institución.

Según el Tribunal Constitucional nos encontramos en presencia de una relación de especial sujeción, cuando la administración, para poder realizar unos fines constitucionalmente reconocidos, proyecta su autoridad sobre una persona que adquiere un *status* específico de individuo sujeto al poder público, que no es el que con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos⁷⁹. Este poder público administrativo singular, autónomo y más intenso, no es el genérico del Estado, sino aquel que proviene de las potestades propias de autoordenación y que se expresa en la potestad reglamentaria, que determina en el caso concreto previsiones legislativas abstractas⁸⁰ y en la

⁷⁸ STC 132/ 2001, de 8 de junio, FJ. 4º.

⁷⁹ STC 2/1987, de 21 de enero, FJ. 2º.

restricción del ejercicio de derechos fundamentales y principios constitucionales. Dichas restricciones dependerán de la función o misión que se quiere realizar con este *status* y de la intensidad de la propia sujeción.

Por otra parte, en la vertiente *justificativa* del concepto, en relación a las limitaciones de principios constitucionales o derechos fundamentales, ha emprendido una ardua tarea de revisión y corrección constitucional de esas limitaciones, negando reiteradamente el carácter autojustificativo de las relaciones especiales de sujeción, luego de ponderar los principios institucionales y los derechos fundamentales en colisión.

Lo antes expuesto queda de manifiesto en relación al ámbito *militar*. El TC lo ha expresado con claridad en STC 102/ 2001, de 23 de abril, FJ. 3º, al señalar: *“Pues bien, esta tarea de ponderación ha de comenzar con el examen de nuestra propia jurisprudencia sobre la materia, especialmente en lo concerniente al derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] que, a pesar de su posición preferente, no está exento de límites que condicionan su ejercicio en aras a preservar otros derechos y bienes constitucionales. En principio, estos límites son comunes a todos los ciudadanos, aunque existen miembros de determinados colectivos que, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente, más estrictas. Este es el singular caso de los miembros de las Fuerzas Armadas «en atención a las peculiaridades de éstas y las misiones que se le atribuyen» (STC 371/1993, de 13 de diciembre), F. 4), de lo que se deriva, entre otras peculiaridades «su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida» (arts. 1 y 10 Reales Ordenanzas), por lo que el legislador puede «legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre y cuando esos límites de la institución militar, que garantizan no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de*

⁸⁰ *Ibíd.*

unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que puedan introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, F. 4, "disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE les asigna, una especial e idónea configuración"» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4; STC 270/1994, de 17 de octubre,, F. 4)".⁸¹

Como podemos apreciar, hasta este momento el TC ha expuesto reiteradamente que las relaciones especiales de sujeción en sí mismas no son suficientes para justificar la limitación de derechos fundamentales, así como que algunas de las limitaciones aplicadas son inconstitucionales.

Sobre este aspecto hay que mencionar también, que el TC ha aplicado este criterio para negar la justificación de la dualidad de sanciones, al señalar que: *"La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación -vid. entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987y, más recientemente, STC 61/1990."*⁸²

⁸¹ STC 102/ 2001, de 23 de abril, FJ. 3º.

⁸² STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ. 2º.

Como consecuencia de este proceso de revisión constitucional, el Alto Tribunal tiene establecida una uniforme y reiterada jurisprudencia en defensa de los derechos fundamentales de las personas, reconociendo irrestrictamente su vigencia en las relaciones especiales de sujeción. Ejemplo de ella es la STC 21/1981, en la que se lee que: *“... La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial.”*⁸³

Prístinamente el TC diferencia entre el hecho de que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos de relaciones de sujeción especial, y que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan también ser restringidos o perder su eficacia y virtualidad. Y sobre este punto ha sido enfático pero significativo al señalar que: *“... No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo.”*⁸⁴

Esta reafirmación del **valor preferente de los derechos fundamentales**, se hace presente por el TC tanto en aquellas relaciones de especial sujeción entendidas como clásicas (militar, policía, preso), al igual que en aquellas nuevas admitidas por el TS y que reconoce integrables en dicha categoría.

Un ejemplo de la relevante valoración de estos derechos, ha sido claramente expuesta en relación a la situación de los reclusos en STC 11/1991,

⁸³ STC 21/1981, de 15 de junio, FJ. 15º. En relación al colectivo militar el TC ha dado plena aplicación a esta doctrina en: STC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ. 4º. STC 14/1994, de 22 de febrero, FJ. 3º. STC 24/1999, de 8 de marzo, FJ. 4º. STC 74/2004, de 22 de abril, FJ. 7º. STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ. 7º.

⁸⁴ STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ. 8º.

de 17 de enero, al aceptar que “... en la relación de sujeción que se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la Ley Penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde también a la población reclusa en los términos del art. 25.2 de la Constitución, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas.”.⁸⁵

Asimismo, en esta evolución jurisprudencial del concepto, el TC reconoce explícitamente que pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los sujetos que se encuentran sometidos a una relación de especial sujeción, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas del ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la actividad, función o *status* especial en que se encuentran.

⁸⁵ STC 11/1991, de 17 de enero, FJ. 2º.

En este sentido advierte expresamente la STC 57/1994 que *“... no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena...”*.⁸⁶

Esta doctrina constitucional que delimita el ámbito competencial de actuación en razón de la función que configura el estatus sujecional, ha sido aplicada también en relación a diversos principios.

Cabe mencionar, entre ellos, el fundamental principio de legalidad sobre el que, al igual que en relación a los derechos fundamentales, según el TC admite modulaciones especiales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, pero siempre que no sean de tal entidad que permitan a la Administración actuar fuera de toda base legal.⁸⁷

⁸⁶ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ. 6º. En dicha sentencia también enfatiza el TC que: *“... En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración Penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos”*. Este reconocimiento del TC que la relación de especial sujeción del recluso no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales ha sido también expuesta en: STC 143/1995, de 3 de octubre, FJ. 2º. STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ. 2º. STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ. 2º. STC 127/1996, de 9 de julio, FJ.3º. STC 175/ 1997, de 27 de octubre, FJ. 2º.

⁸⁷ *“...Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado.”* STC 2/1987, de 21 de

Aspectos de este principio que inciden en la legalidad sancionadora, han sido recurrentes para fijar la doctrina constitucional en el *ámbito militar*, declarando con nitidez en todos los casos la supremacía constitucional del principio de legalidad y la extensión de sus garantías en materia penal al campo sancionador administrativo. Como ejemplo de ello, la STC 219/1989, precisa que: “...según doctrina reiterada de este Tribunal -SSTC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero); 101/1988, de 8 de junio); 29/1989, de 6 de febrero) y 69/1989, de 20 de abril,, el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 de la Constitución incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. La segunda, de carácter formal, hace referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones. Esta segunda garantía, que alude a una reserva de Ley en materia punitiva, sólo tiene, sin embargo, una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia o de oportunidad. Más aún, el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución.”⁸⁸

enero, FJ. 2. “A este respecto debe recordarse que, como alega el recurrente ...”. STC 219/ 1989, de 21 de diciembre, FJ. 2º. Véase otras sentencias que aplican esta doctrina: STC 61/ 1990, de 29 de marzo, FJ. 8º. STC 132/2001, de 8 de junio, FJ. 4º.

⁸⁸ STC 219/ 1989, de 21 de diciembre, FJ. 2º.

3.3. La recepción progresiva de la doctrina del Tribunal Constitucional.

El TS en múltiples sentencias recurre a la doctrina del TC para fundar sus sentencias privando a las relaciones especiales de sujeción de un aspecto justificativo propio de la limitación del principio de legalidad o de un derecho fundamental. Así, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 17 de julio de 2001, en cuyo fundamento de derecho cuarto, se señala textualmente: *“Para la adecuada solución de tal cuestión referida a la prohibición del «bis in idem» ha de partirse de una doctrina constitucional consolidada (sentencias como las 2/1981, 77/1983, 159/1985, 66/1986, 94/1986, 154/1990 y 234/1991, del Tribunal Constitucional, entre otras), a cuyo tenor y en lo que interesa, ciertamente, aquel principio, íntimamente unido al de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 de la Constitución, impide la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, sin que la existencia de una relación de sujeción especial baste por sí misma para justificar la dualidad de sanciones en cuanto que esta clase de relaciones no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales...”*⁸⁹

En efecto, **actualmente ambos tribunales sostienen que la existencia de relaciones de especial sujeción no justifica por sí misma la existencia de limitaciones** como las descritas, por el contrario, argumentan claramente que una norma o limitación que carece del debido sustento constitucional es inconstitucional aunque se origine o pertenezca a una relación de sujeción especial.

⁸⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 17 de julio de 2001, FD. 4º.

Este vuelco jurisprudencial ya decantado lo encontramos incluso en las relaciones especiales de sujeción penitenciaria, policial y militar, que constituyeron paradigmas de la autojustificación limitativa.

Se ha señalado recientemente por el TS, que **en el caso de una relación especial de sujeción la limitación a derechos fundamentales supone una modulación importante**, como se deduce de toda la jurisprudencia constitucional recaída en materia de creación y prestación de medios de comunicación.⁹⁰ Asimismo, dicho tribunal ha afirmado que la simple existencia de este tipo de relaciones, como la que liga a un policía con la administración, no es suficiente para justificar una dualidad de sanciones (administrativa y penal).⁹¹ Finalmente, cabe mencionar también que en aspectos tan variados como los auto-taxis, en que se ha querido observar la existencia de una relación de especial sujeción, también se ha dejado claramente expuesta la ausencia del aspecto justificativo de la institución, restituyendo el pleno imperio de la ley en materia sancionatoria.⁹²

Sin embargo, a pesar de este acercamiento doctrinal entre ambos tribunales, **aún las tendencias jurisprudenciales siguen un desarrollo divergente**, pues al margen de cerrar las puertas a la extensión justificativa del concepto, el Tribunal Supremo mantiene su tesis extensiva respecto al ámbito subjetivo de aplicación, como hemos visto.

⁹⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 de diciembre de 2004, FD. 9º.

⁹¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 7 de junio de 2004, FD. 3º.

⁹² STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 27 de enero de 2004, FD. 1º.

4. Entendimiento y contenido actual.

De la exposición doctrinal y jurisprudencial acerca de la institución de las relaciones de especial sujeción, se desprende inequívocamente que en España, durante un largo período de tiempo, ni la elaboración doctrinal ni la praxis jurisprudencial, estuvo presente la preocupación por acuñar un concepto de la institución que permitiera definir e identificar que son o que deben ser esas relaciones, así como una delimitación de su extensión, o lo que es lo mismo, qué situaciones jurídicas deben entenderse comprendidas y qué límites las caracterizan en su conjunto o, si es el caso, individualmente dependiendo de su contenido u objeto.

Ausencia que se suplía, en el plano jurisprudencial con la técnica casuística, sin elaborar una teorización de este tipo de relaciones, lo que encontraba apoyo en la falta de dedicación doctrinal con esta misma finalidad. Estas carencias posibilitan compartir la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, de que en las relaciones de especial sujeción el Tribunal Supremo y también el Tribunal Constitucional han desbordado con mucho los límites que marca el principio de legalidad, calificando como situaciones incluidas en ellas, supuestos que nada tienen que ver con la disciplina interna de una organización y dispensando con frecuencia a la administración de la observancia de ese principio fundamental. Felizmente, según GARCÍA DE ENTERRÍA, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de marzo de 1990 **-que hemos indicado-**, restituyó la buena doctrina, que es la que impone la Constitución sin paliativos.⁹³

⁹³ “La doctrina alemana originaria hablará de un plus de sometimiento del ciudadano para cuya concreción la Administración no necesitaría una cobertura de Ley, aún afectando a derechos fundamentales de aquél. Una conclusión análoga habría de ser matizada tras nuestra Constitución, que, como nos consta, ha consagrado el principio de legalidad universal de la actuación administrativa (art. 103.1: “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”) y la vinculación de “todos los poderes públicos”, la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede, pues, resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción

La afirmación anterior, acertada en relación al avance de la revisión constitucional del concepto, no es sin embargo plenamente convincente cuando se constata que no contempla un aspecto clave para el análisis de esta institución. Nos referimos a la circunstancia altamente relevante, de que la observación se realiza tomando en cuenta las relaciones de especial sujeción en su concepto clásico, concepto que difícilmente se puede mantener sin el oportuno examen de constitucionalidad.

Desde el punto de vista doctrinal, los resultados que cabe extraer de las diferentes posiciones científicas no resultan convincentes, por cuanto en ningún caso cabe encontrar una elaboración dogmática del concepto, o si se prefiere, una revisión del mismo que, partiendo del concepto clásico, lo fundamente y concrete en relación con el contexto constitucional. Es patente, al respecto, la brecha abierta entre aquellos autores que niegan simplemente su existencia y posibilidad de vigencia en el actual contexto constitucional, y aquellos otros que la justifican.

Para los primeros, parece que el mero hecho de la vigencia de la Constitución hace desaparecer el concepto, desconociendo que éste sigue presente en el ordenamiento jurídico como lo pone de manifiesto una constante y reiterada jurisprudencia que no sólo lo aplica sino que además hace una interpretación extensiva del mismo. Para los que, con unas u otras matizaciones, por el contrario, defienden **su mantenimiento y recepción en el sistema jurídico**, la categoría jurídica en estudio constituye la suma justificación de cualquier limitación a la vigencia plena de principios y derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

de poderes implícitos en los otorgados por la Ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del Reglamento en desarrollo de esa Ley, nunca una exención de ésta." GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso ..., ob. cit., t.II, p. 19.

Estos últimos estudios tienen como común denominador restar importancia a su actual vigencia, fundamentando este planteamiento en que la concepción de las relaciones de especial sujeción ya ha sido superada en la doctrina y jurisprudencia alemana en la que tenía su origen. Es ésta, paradójicamente, una conclusión que desconoce el dato cierto de que cuando se introduce en España (1961) había sido abandonada en Alemania por la aplicación que de la Ley Fundamental de Bonn hace la jurisprudencia alemana, pero que con independencia de ello, la jurisprudencia española la asume y la aplica con normalidad, aumentando gradualmente su ámbito de acción subjetivo.

La renuncia doctrinal a explorar el contenido actual del concepto, conformándose con **describir sólo sus características al objeto de identificarlo**, como si se tratase de una enfermedad que se reconoce por sus síntomas, no ha contribuido a perfilar la institución ni a ofrecer soluciones a los problemas que han ido planteándose en estos últimos años, especialmente para coherencia su exigencia con los mandatos constitucionales.

Todo ello se aprecia claramente en aspectos tales como las limitaciones impuestas a la plena vigencia del principio de legalidad, la forma de entender el *non bis in idem* entre las sanciones administrativas y penales, el concepto de *status*, entre otros, que han sido desarrollados jurisprudencialmente por el TC, que cual pretor ha *luris dictio* da solución a la multiplicidad de casos en que se ha planteado la cuestión,⁹⁴ sin encontrar el soporte doctrinal necesario para sistematizar y definir los límites del concepto de relación de especial sujeción.

Por otra parte, hay que recordar asimismo, que la jurisprudencia comienza a utilizar esta categoría basándose en su acepción originaria a partir de su importación doctrinaria a España, sin reparar si se encontraba superada o no en Alemania.

⁹⁴ A saber: ámbito económico, bancos, telecomunicaciones, concesiones, servicios, colegios profesionales, auto-taxis, detectives privados, etc.

No obstante lo anterior, una constante deducible de la aplicación jurisprudencial, desde sus inicios hasta su más reciente evolución, es entender que dicha categoría jurídica –aún sin contornos definidos- es de utilidad para integrar en ella una multiplicidad de instituciones, de forma que a medida que se presenta el problema conlleva una reformulación de sus imprecisos límites. Este hecho favorece así un entendimiento genérico y omnicomprensivo que identifica las relaciones de especial sujeción con cualquier relación jurídico administrativa en la cual una persona natural o jurídica esté vinculada con la administración, al margen de que esta vinculación sea más o menos estrecha y/o intensa.

Este aserto puede servir para explicar las recientes inclusiones de las entidades de crédito, bancarias, colaboradoras de la seguridad social, concesionarias de televisión o de un gaseoducto, aún cuando sólo sea por repercusiones inesperadas en el tratamiento justificativo del **concepto clásico, que exclusivamente era de aplicación a las personas naturales.**

Son estos aspectos esenciales relativos a su aplicación extensiva los que, unidos al reparo que produce la omisión en la praxis judicial de comprobación de las aristas de inconstitucionalidad presentes en muchas de las limitaciones amparadas en la vigencia de esta institución (al menos hasta el año 1990), producen mayor perplejidad.

Sin duda, es razonable admitir que la jurisprudencia puede haber operado con la idea de que la ley, como señala MARTÍN MATEO, le ha entregado a la administración el margen de confianza que le queda, con el fin de que pueda desarrollar, sin necesidad de expresas habilitaciones en cada caso, los cometidos que dentro del complejo estatal se le asignen.⁹⁵ Pero, aún siendo esto cierto, todos sabemos la necesaria subordinación de la ley a la Constitución. Y con mayor razón de la potestad reglamentaria, doblemente sometida a la ley y a la

⁹⁵ MARTÍN MATEO, R., ob. cit., p.39.

Constitución. De ahí que con independencia de los ámbitos jurídico-públicos cuando deben cumplirse fines constitucionalmente establecidos, la inexistencia de una ley intermedia o habilitadora de la limitación de derechos o principios constitucionales, no puede ser sustituida por la potestad reglamentaria autónoma y, ésta, por tanto no tiene atribuciones para regular actividades que no han sido reguladas previamente por una ley, en el marco del efecto normativo y vinculante de la Constitución para la administración.

En la actualidad, sin embargo, y gracias sobre todo a la labor del TC, **la jurisprudencia nos aporta con claridad un perfil del concepto, de su extensión y de los límites** dentro del marco constitucional.

Podemos, así, entender que las relaciones de especial sujeción son aquellas relaciones jurídico administrativas o de poder, en que se encuentra una persona natural o jurídica privada para con la administración, en las cuales prevalece el interés público sobre el privado en aras de la consecución de un fin de interés general constitucionalmente reconocido. Lo anterior trae como consecuencia, en presencia de una justificación constitucional expresa, la limitación a derechos fundamentales de una persona, más allá de lo que se autorizaría para un ciudadano común, pero sólo en la medida que sea necesario para conseguir ese fin general de la comunidad (bien común), respetando la esencia del derecho limitado.

En este sentido, la denominación de relación de especial sujeción es coincidente –en esencia- con el **concepto marco de relaciones jurídico-administrativas**, que son las que se dan en el ámbito regido por el Derecho Administrativo. Aún cuando no cabe una identificación absoluta entre ambos conceptos, ya que no todas las relaciones jurídico-públicas tienen necesariamente que comportar relaciones jurídico-especiales, o mejor dicho, relaciones que configuran *status* especiales que restringen derechos fundamentales. El paralelismo entre ellas, tiene la utilidad de ofrecer la guía básica para comprender

el sentido que en la actualidad ha adoptado la institución. Sentido y contenido ampliamente diferente al que tenían esas relaciones en el concepto clásico de MAYER.

Después del proceso de revisión constitucional, entendemos que con el concepto de relaciones especiales, lo que al parecer, se quiere enfatizar y con ello garantizar es la existencia de ámbitos en los cuales el control de la administración pública sobre las personas naturales o jurídicas adscritas a ciertos *status* especiales, es más exigente o más intenso, fundamentado en la importancia que tiene para la comunidad (interés general) la pertenencia, la función o la actividad que aquéllas realizan o desarrollan. El Estado (en sentido amplio), bien a través de la ley, bien mediante atribuciones expresas o implícitas a la Administración de potestades o privilegios sobre estas personas, en su calidad de garante de la continuidad y consecución del fin público rector consagrado constitucionalmente, limita principios y derechos fundamentales.

En consecuencia, es posible sostener que **no existe razón para seguir utilizando el concepto de relación especial de sujeción como justificante de limitaciones de principios constitucionales y derechos fundamentales**, ya que actualmente sólo prevalece el aspecto descriptivo de estas relaciones jurídico-administrativas, que estructuran los *status* especiales. Precisamente la utilidad de este último aspecto permite mantenerlas y operar con ellas como necesarias para explicar esas limitaciones o, en definitiva, para aceptar –dentro de los márgenes constitucionalmente permitidos- la modulación de la vigencia de ciertos derechos en unos casos y la restricción o eliminación de ciertos derechos en supuestos de *status* especiales que directamente reconoce la Constitución Española.

La dinámica aplicativa a este tipo de relaciones deja pendiente de despejar cuestiones sustantivas muy relevantes, como pueden ser, entre otras, las diferentes situaciones jurídicas que deben ser incluidas bajo el manto de sujeción especial, para evitar que se produzca un automatismo que no resulta convincente

con cualquier relación jurídico-administrativa. También, los efectos –diferentes según esas situaciones jurídicas- que son admisibles a la hora de atemperar la vigencia de los derechos. Seguramente, a ese propósito, sería conveniente profundizar en el análisis de los diferentes supuestos, establecer criterios por razones funcionales, objetivas y subjetivas, y asentar una doctrina que defina las distintas hipótesis que deberían conjugarse. Ni la doctrina, ni la jurisprudencia, han ofrecido hasta la fecha una elaboración dogmática que aporte las bases sustentadoras de estas relaciones, más allá de formulaciones incompletas cuya trascendencia es, por lo manifestado, discutible.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO II

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR.

1. LAS CONCEPCIONES CLÁSICAS.

1.1. De las primeras formas de Estado hasta la constitucionalización.

La relación de especial sujeción militar, paradigma clásico de este tipo de relaciones jurídicas como hemos precisado anteriormente, representa un serio desafío para el jurista en cuanto a su justificación y límites, pues el Estado Constitucional de Derecho ha eliminado los cimientos de su construcción teórica y dogmática.

El análisis del origen de las mismas en este ámbito militar merece una exposición sistemática y detallada que tenga en cuenta el componente temporal de la evolución y desarrollo del concepto. Apreciando, entre los aspectos determinantes de su estudio, cómo en el proceso evolutivo institucional se identifica las relaciones de especial sujeción en cada periodo histórico con la forma de Estado vigentes, y, de otra parte, el desarrollo divergente o convergente del binomio ciudadano-soldado. En algunos momentos históricos ambos conceptos aparecen disociados, entregando una cuota mayor de libertad al primero y restándole parte de ella al segundo. En otras ocasiones, sin embargo, ambos conceptos se equiparan y aún más se identifican, apareciendo un mayor reconocimiento de los derechos del militar.

La estrecha relación entre el fenómeno estatal y la persona del soldado, se encuentra presente ya desde las primeras formas de Estado. Al respecto advierte

GARCÍA MACHO: “En la época de la Monarquía Constitucional, como en la época del Estado absoluto, no se supera la antítesis entre ciudadano y militar. El ejército estaba incluido dentro del aparato de poder del Monarca y constituía, además, uno de sus puntales más importantes en el contexto de una sociedad separada del Estado y con un cuerpo de oficiales que desarrollaba un sentimiento pretoriano. En esta situación la conformación jurídico-positiva del status del soldado era la de negación de sus derechos fundamentales. Por ejemplo, la Constitución de Prusia de 1850 (arts. 11, 38 y 39) se manifiesta en este sentido, y la Ley sobre los militares del Reich de 1874 restringe los derechos de comunicación política (asociación, reunión, etc.) y el derecho de voto del personal militar.”⁹⁶

Si bien esta primera etapa absolutista niega los derechos fundamentales del militar, la segunda etapa de este proceso está constituida por el reconocimiento de los derechos fundamentales y la constitucionalización de sus limitaciones al interior de la relación especial de sujeción. Como ejemplo de ello, GARCÍA MACHO señalará que: “En lo referente a la esfera militar, en el artículo 133.2 de la Constitución de Weimar se establece un mandato al legislador para que éste restrinja los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas cuando se afecte al cumplimiento de sus tareas y al mantenimiento de la disciplina. Eso significó que el deber de obediencia de los militares, aún fuera de servicio, restringía sus derechos como ciudadanos (libertad de expresión, de

⁹⁶ Agrega además este autor que: “El ejército es una institución que a lo largo del siglo XIX obedece únicamente al Monarca y respeta la Constitución si éste la jura. Es decir, es una institución al margen de la Constitución, pero, que, al mismo tiempo, garantiza el respeto de la ley, pues mantiene la estabilidad y permanencia del Gobierno. Por otra parte, es una institución militar que depende, para su subsistencia, de que se sacrifiquen los derechos individuales del ciudadano, de tal forma que, dentro de ella, las tesis militares prevalecen sobre el Derecho. Desde esta configuración el soldado se encuentra en un círculo cerrado, sometido al Monarca y a un estricto sistema de órdenes jerárquicas. La clave de esta situación la determina la separación entre ejército y ciudadanía, que no fue superada en ningún momento en aquella época y que condujo a recelos mutuos.”. GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 54 - 55.

prensa, etc.), siempre que los fines del Ejército lo exigiesen⁹⁷. El artículo 133.2 implicó una restricción de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a la organización militar, incluidos los soldados, con especial hincapié en la idea de disciplina. Por otra parte, el mandato al legislador significaba que éste gozaba de una “reserva” para restringir con libertad los derechos del personal militar”.⁹⁸

Este aspecto inicial, aún cuando parece insuficiente de acuerdo a nuestra concepción actual de Estado de Derecho, es un avance significativo en el

⁹⁷ “Con lo dicho hasta aquí parece como si cada vez que se apelaba a los fines de determinados grupos (funcionarios, Fuerzas Armadas) pudiesen restringirse casi sin limitaciones los derechos fundamentales de las personas vinculadas a ellos. Sin embargo, la Constitución de Weimar reconoce determinados derechos fundamentales a esos colectivos, si bien admite también restricciones. Éstas tienen que realizarse dentro de ciertos límites, y en todo caso, si existe duda, se refuerza el derecho fundamental y no la relación de especial sujeción. Que determinados grupos estén sometidos a una relación de especial sujeción solamente se justifica por los fines que esas instituciones tiene que cumplir, y únicamente en el cumplimiento de esos fines puede restringirse el derecho fundamental. En los demás casos prevalece el derecho fundamental.”. GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 58 – 59.

⁹⁸ En Alemania, este aspecto de garantía de derechos fundamentales lo manifiesta GARCÍA MACHO de la forma siguiente: “El artículo 17. a) es una prueba de la validez de los derechos fundamentales en la esfera de los status especiales. Fue introducido ese artículo por el poder constituyente por medio de una modificación de la Ley Fundamental de 19 de marzo de 1956. En aquella época la discusión sobre el tema era aguda, y es evidente que, si fue introducido, es porque el poder constituyente quería destacar la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito militar. En caso contrario este artículo no hubiera tenido sentido. Por otra parte, los derechos fundamentales de este colectivo sólo pueden ser limitados en el cumplimiento de los objetivos militares. En este sentido, el artículo 6 de la Ley del servicio militar establece que los derechos de los soldados sólo pueden ser restringidos en el marco de las necesidades militares y, además, tiene que realizarse por ley (reserva de ley). Existe, por tanto, una garantía frente a las restricciones de los derechos de los soldados que ofrece el principio de la necesidad e indispensabilidad. Los derechos fundamentales de los soldados y militares están sujetos a ciertas restricciones como la fidelidad en el servicio (art. 8 misma ley), o bien la reserva que los oficiales y suboficiales deben tener dentro y fuera del servicio, o bien la confianza en el superior (art. 10 misma ley)”. GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 94 – 95.

establecimiento de límites al poder estatal. Se establece un marco y se fija la competencia del legislador para restringir los derechos fundamentales de las personas que integran el colectivo, dejando expresa constancia que éstos no pueden ser limitados más allá de los fines que debe cumplir la organización militar.

1.2. La funcionarización del personal militar y el cuestionamiento de las restricciones de sus derechos fundamentales.

Después de esta primitiva constitucionalización de las relaciones de especial sujeción del militar y del reconocimiento del respeto de derechos fundamentales del colectivo militar, encontramos en este desarrollo histórico un paso más en la legitimación de estas relaciones castrenses. Nos referimos a la funcionarización de este personal militar, abandonando sus primigenios orígenes en el mercenariado.⁹⁹

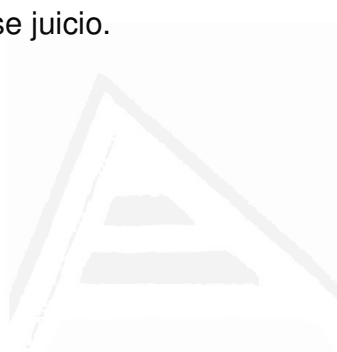
Este cambio de sustantividad y soporte relacional del militar, da origen a los primeros cuestionamientos que se producen de esta relación de especial sujeción. Por una parte la función de servicio y los derechos fundamentales de quienes integran el *status* entran en colisión, y por otra parte observamos que las personas que integran el colectivo militar comienzan a tener conciencia de sus derechos, sintiendo la necesidad de ser reconocidos como ciudadanos de uniforme.¹⁰⁰

⁹⁹ Sobre las raíces históricas de los *status* especiales en España, véase GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 113 – 167. En materia militar, véase en la misma obra pp. 113 - 121.

¹⁰⁰ En este mismo sentido GARCÍA MACHO señala que: “En el funcionario entran en conflicto sus derechos como individuo que, como hemos visto, la Ley Fundamental garantiza, y su situación en la relación funcional, en la que tiene garantías también, pero que pueden colisionar con determinados fines que deben cumplir los órganos administrativo. Entonces entra en juego cada situación concreta en relación con el posible derecho infringido, tarea que corresponde dilucidar a

Como forma de superar este conflicto entre derechos fundamentales y *status* especial, GARCÍA MACHO avanza que “hay que ponderar los intereses que entran en colisión, teniendo en cuenta que el valor más importante que proteger es el de la libre personalidad del individuo y éste sólo se puede restringir si ello es imprescindible para la realización del bien común”.¹⁰¹

Para efectuar la ponderación entre los valores en conflicto, se hace necesario tener claramente conceptualizado lo que entendemos por relación de especial sujeción militar, pues de lo contrario carecemos de un elemento de la esencia para llevar a cabo ese juicio.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

los tribunales (también al Constitucional) y a la que en este contexto no es posible eludir. La línea de separación entre el funcionario como ciudadano y su sujeción a la relación de especial sujeción está determinada, por ejemplo, en la posición jurídica que tiene el funcionario cuando hace propaganda fuera del servicio, en cuyo caso es titular de sus derechos y cuando la realiza dentro del servicio (im Dienst), en cuyo caso la Administración puede regular y poner límites a esa capacidad de hacer propaganda. Esta situación es también aplicable a soldados y otros colectivos sujetos a *status* especiales”. GARCÍA MACHO, ob. cit., pp. 97 - 98.

¹⁰¹ GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 99.

2. Los presupuestos para definir estas relaciones.

2.1. La identificación fundada en las limitaciones impuestas constitucionalmente.

LÓPEZ BENÍTEZ nos indica, como punto de partida que la relación militar es sujecional especial, ya que su inclusión en este concepto siempre ha carecido de contradictores atendiendo a sus especiales características.¹⁰²

¹⁰² Agrega este autor que: “En virtud de la prestación militar impuesta por la Ley, y cumplidos los diversos trámites posteriores que actualizan y concretan ese deber militar, el ciudadano ingresa – incluso, por la fuerza, como recordaba MAYER – en una colectividad con unos perfiles muy particulares. La entrada en el cuartel o en la unidad militar se traduce en una inmediatez que coloca al ya soldado en un estado de permanente disponibilidad que supone un cambio radical en sus hábitos de vida. El soldado dejará temporalmente familia, hogar, trabajo o estudio y asumirá una serie de obligaciones más rigurosas que las que tenía hasta ese momento. Estas peculiaridades de la institución militar que, como recuerda M.S. GIANNINI, se han mantenido al insertarse el ordenamiento militar en el ordenamiento general del Estado, son claro exponente de unas exigencias que impone la propia naturaleza de las cosas. Como ha reconocido nuestro Tribunal Supremo, esta situación de mayor sometimiento que experimenta el soldado es absolutamente necesaria para el cumplimiento de los fines de Defensa que las Fuerzas Armadas tienen confiados, y es precisamente la que marca la diferencias entre un verdadero Ejército y una simple horda de mercenarios”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit., pp. 349 – 350. “En la actualidad, nadie duda de que los militares sean, desde todas las perspectivas, funcionarios del Estado. Sin embargo, sus hondas raíces históricas, de un lado, y la especificidad de sus misiones, de otro, los convierten en una clase particular de funcionarios, que se adornan, como dijera LABAND, de un *ius singulare* frente al resto de los funcionarios estatales. La Constitución, ciertamente, se ha hecho de esta diferenciación y así, no sólo dedica particulares referencias a los militares, sino que les marca también unos fines distintos a cumplir. Qué duda cabe que las limitaciones practicables en sus derechos fundamentales van a estar determinadas por estos fines; en unas ocasiones, configurando limitaciones *ad hoc* para los mismos (pena de muerte, derecho de sindicación y petición, derecho de sufragio pasivo); en otras, midiendo el alcance de las limitaciones configuradas por la Constitución con carácter general.

En este sentido, el artículo 8.1 de la Constitución española ha cifrado los fines de las Fuerzas Armadas – fines que deben ser cumplidos por los militares – en tres ideas cardinales:

Asumiendo inicialmente que este colectivo está inmerso en este marco sujecional especial, importa comprobar las características que le diferencian del marco sujecional general o de otros especiales, para dilucidar sus aspectos distintivos.

En los primeros momentos históricos de aplicación de la institución en el ámbito militar, su identificación se remite a la conceptualización clásica, que ya hemos realizado previamente en este trabajo, respecto de las relaciones de especial sujeción.

Actualmente, la constitucionalización de la relación de especial sujeción militar¹⁰³ nos permite identificarla más claramente, mediante el examen de las

garantía de la soberanía e independencia de España, defensa de su integridad territorial y preservación del ordenamiento constitucional. Ahora bien, estos fines, que conforman el índice bajo cuya estela debe configurarse el peculiar status del militar, no hacen olvidar que las Fuerzas Armadas poseen también en nuestro actual Ordenamiento jurídico una inequívoca – aunque en nuestra opinión no exclusiva – vertiente de Administración pública, que coadyuva, sin duda, al diseño de ese status. De este modo, el perfil administrativo de las Fuerzas Armadas impone que la actividad de éstas se atempere a los principios que orientan la actuación de la Administración pública en general. Naturalmente, la caracterización de la Administración militar como Administración especial, según pusiera de relieve tempranamente A.GUAITA, significa que alguno de aquellos principios resultan de difícil o imposible aplicación en este ámbito y que, por el contrario, otros, como la jerarquía, vean aumentada su intensidad.

En este juego combinado de fines específicos de las Fuerzas Armadas y de principios de actuación administrativa (artículo 103.1 CE) concretan un importante binomio que sirve de pauta para medir y perfilar el alcance de los derechos fundamentales de los militares. De todas formas, antes de adentrarnos en la consideración particular de los límites que conocen los derechos fundamentales de este colectivo, conviene hacer la observación previa de que, bajo la categoría común de militar, se esconden, como hemos visto, muy diferentes clases de personal, lo que determina, en nuestra opinión, que esta perspectiva haya de tenerse también muy en cuenta para medir la incisividad de las posibles limitaciones”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit, pp. 497- 499.

¹⁰³ “El sometimiento de la Administración a los principios del Estado de Derecho (validez de los derechos fundamentales, principio de legalidad de la Administración y control de la actividad administrativa por los tribunales de lo contencioso) significa que su esfera interna ha sufrido un

limitaciones de los derechos fundamentales a que se encuentra sometido el militar.¹⁰⁴

procedo de juridicidad, lo cual garantiza la seguridad jurídica de los administrados en ese ámbito. Ésta es la nueva situación jurídica en que se encuentran inmersas las relaciones de especial sujeción a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.” GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 203. Seguidamente el autor argumenta sobre el carácter constitucional expreso que deben tener este tipo de limitaciones: “Los derechos fundamentales y la reserva de ley tiene plena validez en el ámbito de las relaciones de especial sujeción a no ser que la Constitución expresamente establezca limitaciones”. GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 179.

¹⁰⁴ “Son cuatro las ocasiones en las que la Constitución alude específicamente a los militares para establecer modulaciones en sus derechos fundamentales; concretamente para consagrar la pena de muerte en tiempos de guerra (art. 15 CE), para excluir o limitarles el derecho de sindicación (art. 28.1 CE), para prohibirles el ejercicio colectivo del derecho de petición (artículo 29 CE), y para limitarles su derecho de sufragio pasivo (artículo 70.1 e) CE). Junto a estas referencias explícitas, existen también alusiones específicas implícitas, como las contenidas en el artículo 25.2 de la Constitución (que, contrario sensu, permite las sanciones privativas de libertad en el ámbito de la Administración militar), o en el artículo 26 (que parece alimentar la existencia de los Tribunales de Honor en la esfera castrense). A todas estas limitaciones específicas habría que añadirles limitaciones genéricas que, como vimos, señala el artículo 103.3 para todos los funcionarios públicos, y, en particular, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, pues ése es precisamente el significado de la caracterización de la Administración militar como una Administración especial. Para cerrar este cuadro, también despliegan sus efectos en el ámbito castrense las limitaciones que el texto constitucional diseña con carácter general para todos los ciudadanos; limitaciones generales que habrán de interpretarse conforme a los fines y a los principios de actuación de las Fuerzas Armadas, según ya hemos destacado ut supra.”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit, pp. 499 - 500. “También de forma específica se refiere la Constitución a los militares, a propósito del derecho de sindicación. El artículo 28.1 de la Constitución española autoriza al legislador a que excluya o limite este derecho. Cualquiera de estas dos opciones es legítima desde el prisma constitucional. La normativa legal posterior a la Constitución se ha decantado, sin embargo, por la exclusión pura y simple de tal derecho. Así, el artículo 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical exceptúa del ejercicio del derecho de sindicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, y los artículos 8.31 y 9.28 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas consideran, respectivamente, falta leve y grave de prestar colaboración o estar afiliado a alguna asociación sindical”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit, pp. 501 - 502.

En este extremo hallamos una nueva posición respecto a las relaciones de especial sujeción militar, basada en la revisión del sentido clásico a la luz de los planteamientos constitucionales. Lo más significativo y trascendente es, salvo en los derechos constitucionalmente vedados, reconocer la prevalencia de los derechos fundamentales del militar¹⁰⁵, bien que aceptando su limitación en tanto en cuanto sea necesario para la consecución de los fines de las Fuerzas Armadas en un Estado de Derecho.¹⁰⁶

¹⁰⁵ “Los derechos fundamentales y la reserva de ley tiene plena validez en el ámbito de las relaciones de especial sujeción a no ser que la Constitución expresamente establezca limitaciones”. GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 179.

¹⁰⁶ Derechos fundamentales como el de petición y sindicalización son claros ejemplos del tratamiento constitucional de este status. Sobre este aspecto LÓPEZ BENÍTEZ agrega: “En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que con esta prohibición se intenta preservar la neutralidad de las Fuerzas Armada, argumento este que no se deduce explícitamente del artículo 8.1 de la Constitución, sino de su conexión con las garantías para la imparcialidad de sus funciones, a las que alude el artículo 103.3 de la propia Constitución. Quiere esto decir que el legislador ha entendido el apartidismo y asindicalismo de las Fuerzas Armadas como medio necesario para el logro de una gestión imparcial de sus funciones y para una mayor objetividad en el servicio de los intereses generales. Se establece así, como dijimos, un nexo de conexión entre el artículo 8.1 de la Constitución, que señala los fines de las Fuerzas Armadas y el artículo 103, que marca los principios que, en tanto Administración pública, les resultan de aplicación.

En definitiva, el legislador, haciendo uso de la habilitación concedida por nuestra Carta Magna, ha hecho incompatibles la libertad sindical con el deber de neutralidad de las Fuerzas Armadas. El ejercicio de la actividad sindical queda así permitido a los militares sólo una vez éstos hayan solicitado y obtenido su incumplimiento de estos trámites procedimentales, puede dar lugar no sólo a sanciones disciplinarias, sino también a sanciones penales.”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit, pp. 502 - 503. “La tercera referencia específica dedicada a los militares que se encuentra en la Constitución, alude al ejercicio del derecho de petición, que en ningún caso podrá ejercitarse de forma colectiva por los miembros de las Fuerzas Armadas (artículo 29.2 CE). Esta prohibición plantea un problema de delimitación importante, pues, como expone J. GONZÁLEZ PÉREZ, se confunde frecuentemente este derecho fundamental con una de sus manifestaciones. Para este autor, el derecho de petición, que se enumera por la Constitución entre los derechos

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han desarrollado esta cuestión con especial énfasis. En múltiples sentencias se ha tratado de limitar la amplitud de aplicación autojustificativa del concepto, evitando que sirva de cobertura tácita a la existencia de limitaciones de derechos fundamentales del personal militar, más allá de las funciones, de los valores o fines que es necesario alcanzar con el *status* sujecional. Un claro ejemplo de limitación del alcance de justificación en la relación de especial sujeción militar lo encontramos en la STC 114/1987, en la cual se establece que el derecho a pensión de un militar no puede ser privado argumentando la ausencia de buena conducta.¹⁰⁷

Son muchos los casos, además del ya expuesto, en que a este tipo de relaciones se les priva ya de su carácter de fundamento limitatorio o se restringe la

fundamentales, es “el derecho de dirigirse a los órganos del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, en solicitud de actos o decisiones sobre materias de su competencia”. LÓPEZ BENÍTEZ, ob. cit, pp. 503 – 504.

¹⁰⁷ “... condicionar el derecho a pensión de retiro a la observancia de buena conducta como establece el art. 5 de la Ley de 13 de mayo de 1932, produce una lesión del derecho constitucional de igualdad ante la Ley, incluso si por mala conducta se entiende exclusivamente, a estos efectos, la comisión de un ilícito penal. Ello es así porque el establecimiento de un requisito semejante y su valoración en el caso concreto no guardan relación directa con la finalidad perseguida por el citado precepto, que no es otra que la de asegurar unos haberes pasivos a quienes hayan servido buena parte de su vida laboral como voluntarios del Ejército destinados en África. Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada, de la que podrían derivarse legítimas consecuencias en orden, por ejemplo, a la permanencia de los voluntarios en el servicio activo, no la tiene, en cambio, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico de los interesados carece de toda relevancia en lo que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación, sino también, y de modo muy singular, porque la propia Constitución, en su art. 25.2, reconoce el derecho de los condenados a pena de prisión a un trabajo remunerado «y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social».”. STC 114/1987, de 6 de julio, FJ. 5º,

extensión indebida a la limitación de derechos fundamentales, incluso en aquellas situaciones en que se invoca como fundamento la existencia de características propias del ámbito castrense.

Es representativa sobre este punto la STC 115/2001, cuando señala: *“Por último, no cabe admitir que los valores y peculiaridades propias del ámbito castrense alteren las conclusiones anteriormente expuestas. Los aducidos valores militares como la disciplina o la jerarquía no justifican en modo alguno la desaparición ni la modificación de nuestra doctrina sobre el contenido del art. 24.1 CE. Así lo declaró ya este Tribunal en la STC 21/1981, en la que se dijo que la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de especial sujeción en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución. ... Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares, no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, F. 15, y 31/2000, de 3 de febrero, F. 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina.”*¹⁰⁸

¹⁰⁸ STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ. 3º.

Asimismo, en este camino de depuración constitucional, encontramos también perfilados los principales caracteres de los tradicionales conflictos entre las relaciones especiales de sujeción, sus consiguientes limitaciones a derechos y libertades con los principios que deben regir para hallar solución equilibrada y razonable a los mismos.

En este tipo de relaciones está perfectamente asumido que los militares tienen prohibidos o limitados algunos de los derechos y libertades de que gozan el común de los ciudadanos, pero cualquiera de esas situaciones han de atenerse y respetar el marco jurídico prescrito por la preceptiva constitucional.

El *status* del soldado se reconoce configurado por la sujeción especial y la pérdida de libertad de movimiento¹⁰⁹, entre otras limitaciones, sin embargo siempre ha de tomarse como referente el carácter prevalente de los derechos fundamentales que como persona-ciudadano también posee. Para la jurisprudencia no pueden reconocerse otras limitaciones que las que caben dentro del marco constitucional.

Esta doctrina queda plenamente consignada en la STC 69/1989 al afirmar que: *“Ciertamente es y así se afirmaba en la citada STC 81/1983, que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión y a la de sindicación es hoy en día mucho más próxima que antaño, a la de cualquier ciudadano. Por eso, los límites específicos al ejercicio de esos derechos constitucionales, derivados de su condición funcional, han de ser interpretados restrictivamente. Pero no lo es menos que el art. 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración, que subraya el art. 104.1 por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al señalar su dependencia del Gobierno. Estos principios de «jerarquía y subordinación», como reitera hoy en día el art. 5 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se traducen en un deber de «respeto y*

¹⁰⁹ STC 160/1987, de 27 de octubre.

*obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» según establece el art. 184 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, de 17 de julio de 1975, en coherencia con el cual el art. 207 a) (en la actualidad art. 208.1) del mismo Reglamento tipifica como falta grave la «desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades».*¹¹⁰

Con análogas premisas, también queda de manifiesto en la STC 14/1999, cuando señala que: “... puesto que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos basadas en la existencia de una relación de sujeción especial, entre las que la militar se encuentra, sólo son admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (STC 21/1981, fundamento jurídico 15), y habida cuenta que los derechos fundamentales -entre ellos los recogidos en el art. 24 CE- una vez asumidos como decisión constitucional básica han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico, también «el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión» (STC 21/1981, fundamento jurídico 10º). Dicho contenido básico incluye, al menos, además de la garantía de contradicción que lo define, el derecho a ser informado de la acusación -STC 270/1994, fundamento jurídico 3º-, el de ser presumido inocente y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa -STC 22/1982, fundamento jurídico 2º-, así como el derecho a no declarar contra sí mismo, en el sentido que, para la potestad administrativa sancionatoria general, se recoge en la STC 77/1983”.¹¹¹

¹¹⁰ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ. 2º.

¹¹¹ STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ. 3º.

2.2.La aplicación a algunos de los derechos y libertades fundamentales.

Aspectos tales como el derecho a tutela judicial efectiva, también han sido desarrollados por TC limitando el alcance justificativo impuesto por principios institucionales tales como la disciplina, señalando expresamente que: *“En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela.”*¹¹²

Asimismo, en STC 21/1981, FJ. 15, dicho tribunal agrega específicamente en relación a este derecho que *“...es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución»”*.

Finalmente el TC ha señalado en múltiples sentencias, entre las cuales podemos mencionar: SSTC 113/1995, 235/1998 y 14/1999, de 22 de febrero, que *“en el art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de*

¹¹² STC 24/1999, de 8 de marzo, FJ. 4º

*recabar, en defensa de su derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial que a todas las personas reconoce el art. 24.1 de la Constitución”.*¹¹³

¹¹³ En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, el criterio limitativo del ámbito justificativo de las relaciones de especial sujeción ha sido expuesto en numerosas sentencias del TC. Sobre este aspecto pueden consultarse especialmente aquellas en que se manifiesta claramente la doctrina de pleno acceso a la jurisdicción, a manera sólo ejemplar citamos las siguientes: “En tal aspecto, la presencia de principios o valores militares como la disciplina o la jerarquía no enervan la sobredicha conclusión. Así lo ha dicho ya este Tribunal (STC 21/1981, *ad exemplum*). La extensión de los derechos fundamentales a todos como inherentes a la personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial propia de ciertos grupos de ciudadanos sólo sean admisibles cuando resulten estrictamente indispensables y sólo hasta ese límite, para el cumplimiento de la función que impone aquella situación especial. El cometido que a la potestad disciplinaria le esté asignado en el ámbito castrense y que puede aconsejar una mayor intensidad o contundencia, no debe sin embargo debilitar las garantías procesales, porque en ningún caso ellas desvirtúan su eficacia y aun su ejemplaridad por un eventual enjuiciamiento *a posteriori*. En ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas. La jurisdicción militar, sin perder las características que le son inherentes y la justifican constitucionalmente, ha de ser ante todo jurisdicción», y, como tal, una manifestación de la función a la cual constitucionalmente se confía aquella tutela.”. STC 24/1999, de 8 de marzo, FJ. 4º.

“ Como ya recordamos en la propia STC 18/1994, la jurisprudencia constitucional es en este punto clara y terminante; ya en uno de nuestros primeros pronunciamientos señalamos que las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que «para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa». STC 21/1981, de 15 de junio, FJ. 15.

Merece la pena también hacer mención a la STC 31/2000, en la cual parece concentrarse toda la doctrina del Alto Tribunal sobre el libre acceso a la jurisdicción de control, al precisar: *“El art. 24.1 de la Constitución asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de su derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares, pues reiteramos una vez más que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir, y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del*

“Ciertamente, y como alega el abogado del Estado, es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución». STC 21/1981, F. 15.

“... las especialidades de la relación de que vincula a los militares con la Administración militar, y que, por lo dicho, no pueden extenderse al extremo de privarles del derecho a la tutela judicial efectiva que, en tanto que ciudadanos, también la Constitución les reconoce, A tal efecto, hemos de reiterar nuestra doctrina más temprana, en el sentido de que han de considerarse derogadas por la Constitución e incompatibles con ella todas las normas previas que impidan la revisión judicial de los actos administrativos y cuantas con posterioridad a su entrada en vigor hagan imposible la defensa en juicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a la Administración pública y reduzcan a la inoperancia o, cuando menos, limiten de algún modo o por relación a determinados sectores de la Administración -en este caso, el militar- el mandato establecido en el art. 106.1 de la Constitución, que remite a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria, en todos los ámbitos, y de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.” SSTC 22/1982, de 12 de mayo, 80/1983, de 10 de octubre.

derecho a la tutela judicial que a todas las personas reconoce el art. 24.1 de la Constitución."¹¹⁴

En cuanto a la libertad de expresión, la jurisprudencia del TC ha manifestado en igual forma que respecto a otros derechos, la necesidad de que sea limitado sólo en lo que resulte imprescindible para el cumplimiento de los fines propios de la función militar. Lo que deja patente, por ejemplo, la STC 102/2001, al decir que "el legislador puede «legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre y cuando esos límites de la institución militar, que garantizan no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que puedan introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, F. 4, "disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE les asigna, una especial e idónea configuración"» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4; STC 270/1994, de 17 de octubre, F. 4).

De este modo, en el ámbito castrense, la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión, encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado."¹¹⁵

¹¹⁴ STC 31/2000, de 3 de febrero, FJ. 4ª y 5ª. Sobre este aspecto también pueden consultarse: STC 113/1995, 235/1998 y 14/1999, de 22 de febrero.

¹¹⁵ STC 102/2001, de 23 de abril, FJ. 3º.

En relación a este derecho constitucional, es interesante apreciar la tarea de ponderación que ha efectuado el Tribunal Constitucional de los distintos principios y valores en juego, armonizando una solución al conflicto planteado entre libertad de expresión y principios institucionales castrenses.¹¹⁶

El derecho a la legalidad sancionadora al interior de la relación de especial sujeción del militar, también ha sido objeto de revisión constitucional. En

¹¹⁶ En este análisis argumentativo el Tribunal Constitucional señala que: "Pues bien, esta tarea de ponderación ha de comenzar con el examen de nuestra propia jurisprudencia sobre la materia, especialmente en lo concerniente al derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] que, a pesar de su posición preferente, no está exento de límites que condicionan su ejercicio en aras a preservar otros derechos y bienes constitucionales. En principio, estos límites son comunes a todos los ciudadanos, aunque existen miembros de determinados colectivos que, en virtud de la función que desempeñan al servicio de un objetivo constitucionalmente relevante, quedan sometidos a limitaciones específicas y, jurídicamente, más estrictas. Este es el singular caso de los miembros de las Fuerzas Armadas «en atención a las peculiaridades de éstas y las misiones que se le atribuyen» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4), de lo que se deriva, entre otras peculiaridades «su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida» (arts. 1 y 10 Reales Ordenanzas, por lo que el legislador puede «legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, siempre y cuando esos límites de la institución militar, que garantizan no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que puedan introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985 , F. 4, "disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE les asigna, una especial e idónea configuración"» (STC 371/1993, de 13 de diciembre, F. 4; STC 270/1994, de 17 de octubre, F. 4). De este modo, en el ámbito castrense, la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado." STC 102/2001, de 23 de abril, FJ. 3º.

esta materia, al margen de reiterar la necesidad de que el cumplimiento de la función militar justifique la limitación o restricción de este derecho, reconoce que sus aspectos esenciales no pueden ser privados ni restringidos al soldado. Esto ha quedado claramente expuesto en STC 74/2004, de 22 de abril, FJ. 7º, en la que se lee que dicho tribunal tiene sentado que: *“las restricciones al ejercicio del derecho de asistencia letrada sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario”*. Por ello, la justificación de las limitaciones no se encuentra ya en la propia relación de especial sujeción sino que se desplaza a la justificación general que tiene cualquier derecho constitucional en el marco general de la Constitución o en la dinámica de la propia estructura interna del mismo derecho.¹¹⁷

En relación a la vigencia del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional ha sentenciado claramente su vigencia en el ámbito de las relaciones de especial sujeción militar y además le ha entregado su real vigencia en dicho sistema relacional. Por ello, conviene recordar la jurisprudencia constitucional relevante sobre este principio: *“Según ha declarado este Tribunal «desde una perspectiva sustancial, el principio de ne bis in idem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como*

¹¹⁷ Otro ejemplo de ello lo constituye la siguiente sentencia del TC en que señala: “El acto de los poderes públicos que en este proceso de amparo se impugna tiene su origen en el ejercicio de la potestad disciplinaria vigente en el seno de la Administración militar, cuya singularidad tiene reconocimiento constitucional ex art. 25.3 CE. Ahora bien, la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial (STC 21/1981, de 15 de junio , F. 15). En consecuencia las restricciones al ejercicio del derecho de asistencia letrada sólo resultarán admisibles en la medida en que ese ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario.”. STC 74/2004, de 22 de abril, FJ. 7º.

consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado» y «que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo» (STC 177/1999, de 11 de octubre, FF. 3 y 4). También hemos dicho que la garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental, que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, F. 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, F. 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona la lesión (STC 66/1986, de 26 de mayo, F. 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, F. 3, y 177/1999, de 11 de octubre, F. 3), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente. En definitiva, este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento».¹¹⁸

¹¹⁸ STC 18/2004, de 2 de noviembre, FJ. 4º y 5º. Pueden consultarse también las siguientes sentencias en que se ha reiterado esta doctrina: STC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, F. 2, y 204/1996, de 16 de diciembre, F. 2. STC 2/2003, de 16 de enero.

Estos y otros derechos que dejamos fuera de esta exposición, a través de su reconocimiento jurisprudencial, han resultado determinantes para la configuración de la extensión justificativa del concepto de relación de especial sujeción militar, devolviéndole al soldado su sitial en la categoría de ciudadano, al hacer extensivas las garantías que éste tiene bajo el amparo constitucional.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO III

LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL

1. LA DINÁMICA ACTUAL DE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN MILITAR.

1.1. Las relaciones de sujeción y la función militar en el Estado de Derecho.

Desde sus orígenes enmarcados en la teoría clásica hasta la constitucionalización de las distintas categorías de relaciones de especial sujeción, las personas que quedaban sujetas a esas relaciones tenían vedados o limitados sus derechos fundamentales, a diferencia del común de las personas.

En la construcción clásica de MAYER, la prohibición y la limitación especial de los derechos fundamentales y libertades constitucionales se fundamentaba en razón del estatus personal de quienes integraban esos colectivos. Posteriormente, la obra conjunta de la doctrina y la jurisprudencia alemana, impelen una profunda transformación de esos planteamientos iniciales producto de la vigencia de la ley fundamental de BONN.

La vigencia constitucional con su haz de derechos y libertades fundamentales de las personas, provoca una profunda transformación del entendimiento de esas relaciones en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que trascenderá a España una vez que el TC se detenga a considerar esta categoría y profundizar en su coherencia con la Carta Magna.

La Constitución Española –como en general los textos constitucionales- no contempla expresamente el concepto, lo que no obsta para apreciar cómo implícitamente configura estatus especiales al establecer prohibiciones y restricciones a derechos fundamentales de las personas que integran ciertos colectivos. Hay que explicar esos estatus y sus efectos en atención a la función que constitucionalmente la institución en que se integran y ellos mismos como sujetos individuales tienen asignadas.

En la Constitución chilena, además de la ausencia de consagración del concepto de relación de sujeción especial, existe una escasa o nula regulación particular en materia de libertades y derechos fundamentales, para el ámbito castrense. Por ello, podemos entender que el marco regulatorio se encuentra más cercano al actual modelo alemán en el cual el ciudadano – soldado, queda más ampliamente cubierto por la sujeción general que afecta a todas las personas.¹¹⁹

En el sistema alemán actual, los principios de la Innere Führung o conducta militar, conforman los fundamentos rectores del servicio en la Bundeswehr y determinan la autoimagen de los militares. Son la línea maestra para el mando y liderazgo de personas y el trato correcto de unos con otros. La Innere Führung es garante de que la Bundeswehr permanezca ubicada en el centro de la sociedad. Ella es símbolo del encuadramiento de la Bundeswehr en el Estado democrático de derecho y de libertades.¹²⁰

Según la reglamentación de conducta militar que rige al soldado alemán, los derechos fundamentales son de obligado respeto por los integrantes de la Bundeswehr, en cualquier lugar y momento. En consecuencia, todos los

¹¹⁹ Sobre el actual sistema alemán de conducta militar, puede consultarse en forma especial el reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf

¹²⁰ Capítulo 1º N° 101 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255, cit.

componentes militares de la Bundeswehr son “ciudadanos de uniforme”. Ellos tienen un compromiso especial con los valores y normas de la Ley Fundamental. Tienen el deber de servir fielmente a la República Federal de Alemania y de defender con valor el Derecho y la libertad del pueblo alemán. Su servicio como militares incluye arriesgar su propia salud y vida y exige, en última consecuencia, matar en combate. Por eso, el servicio en la Bundeswehr plantea exigencias elevadas respecto a la personalidad de los militares. Éstos han de tomar, sobre todo en las acciones militares, decisiones de conciencia que tienen su vinculación ética en los valores fundamentales.¹²¹

De la forma expuesta, la relación de especial sujeción militar, caracterizada por un grupo orgánico normativo y competencial, habrá de venir determinada entonces por la existencia funcional de un colectivo para el cumplimiento de los fines de la defensa y seguridad nacional, a su vez limitada por los derechos fundamentales. Por ello, si bien son estas tareas las que autorizan ciertas limitaciones a los derechos fundamentales del militar, en razón de su función constitucional. Sin embargo, no resulta fácil determinar en abstracto cuántas restricciones pueden merecer el amparo constitucional, o lo que es igual, cuál es la exacta configuración del estatuto del personal militar dada la complejidad y dificultades de precisar en cada caso, la vigencia en su integridad de ciertos derechos o libertades, por las singularidades características de la institución castrense.

Esta situación, nos obliga a estudiar profundamente la compatibilización dogmática y la práctica jurídica, pues la casuística ilimitada en muchos casos, nos llevará de seguro a la dificultad de establecimiento de reglas generales para todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, sólo el descubrimiento de esas reglas de aplicación para cada ordenamiento o sistema jurídico nos permitirá el deseado equilibrio relacional entre las potestades y derechos del militar.

¹²¹ Capítulo 1º N° 105 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255, cit.

La solución alemana a este dilema es la Innere Führung, que garantiza un máximo de capacidad militar y a la vez un máximo de libertades y derechos para los soldados, en el marco del orden fundamental de libertad y democracia.¹²²

En el orden jurídico español, según expondremos en detalle más adelante, se configura con un nuevo régimen jurídico, el cual principalmente se refiere en este ámbito a una reciente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, quedando muchos aspectos pendientes o abordados sin la profundidad y madurez necesaria para dar un paso sustantivo en esta materia.

Finalmente, en el caso chileno, esta materia no ha sido revisada ni abordada normativamente, por ello el desarrollo y aplicación de reglas es difícil, encontrándose solamente una casuística jurisprudencial.

1.2. Las potestades administrativas y los derechos fundamentales.

La complejidad aludida trae origen, asimismo, de la atemperación de principios o derechos constitucionales, por el correlativo reconocimiento de las potestades administrativas, más amplias e intensas -como se sabe- cuando su ámbito aplicativo tiene como destino estas relaciones especiales.

Aunque no es exclusiva de la esfera militar, en ella encuentra campo abonado la modulación de la vigencia plena del principio de legalidad, por ejemplo, hasta el extremo de haber sido referente respecto de este *status* sujecional especial.

¹²² Capítulo 3º N° 302 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255, cit

La amplísima discrecionalidad administrativa presente en el mundo militar, derivada de un entendimiento anacrónico de la posición de mando o poder, trascendía como es sencillo deducir a la inaplicación de la interdicción de la arbitrariedad. Esta era por ello inexistente, aunque afectase a los derechos fundamentales de los militares, considerados un cuerpo aparte, ajeno a la igualdad de tratamiento que merecen todas las personas en general y todos los funcionarios o personal al servicio de la administración en particular, ya pertenezcan a la Administración Civil o Militar.

La reducción de la discrecionalidad y el control de la misma, obligan a centrar los esfuerzos en la configuración del *status* producto de sus competencias autoorganizativas, y a poner el acento en la definición del margen que en forma constitucionalmente legítima debe corresponder a la potestad administrativa. Consecuentemente, en la delimitación de los derechos que guardan relación directa o indirecta con las particulares características del sujeto militar y de su función, que esa potestad no puede superar por constituir una barrera infranqueable.

En la actualidad, podemos afirmar con seguridad que el modelo está siendo modificado. En efecto, el acercamiento de la relación jurídica militar a la administración civil y el tratamiento de materias en forma común, mediante remisiones normativas al estatuto del empleado público español¹²³ o la regulación

¹²³ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, artículo 6. Reglas de comportamiento del militar:

“Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

Decimosexta.

En el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones.

común en materia de ética pública (probidad administrativa) en el caso chileno¹²⁴, restan cada vez más argumentos a la existencia de una relación sujecional más intensa.

1.3. La ponderación de los derechos o intereses y la proporcionalidad en las limitaciones.

El constitucionalismo, al reconocer la limitación de derechos fundamentales en razón del bien común, habilita al legislador a restringir en ciertas y determinadas circunstancias, esos derechos para el imprescindible cumplimiento de otra función constitucional que se estima legítimamente superior. Para alcanzar a comprender la especificidad de esas limitaciones, resulta imprescindible determinar previamente los criterios que tiene el legislador para establecerlas, con una concordancia práctica entre los principios institucionales y los derechos fundamentales, dirigida a lograr la armonización jurídica en el interior del sistema relacional en que se presenta.

En ese mismo orden, se requiere disponer de reglas destinadas a servir de referencia para el análisis y aplicación del principio de proporcionalidad a la limitación de derechos por razón de la función y fin constitucional. Si bien esta tarea es muy difícil de realizar, parece igualmente imprescindible para establecer “los límites” de una limitación. Demanda, como es lógico, un detallado desarrollo teórico que profundice en el juego de posibles hipótesis conflictuales, ofreciendo

2. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar, con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley y recogerán, con las adaptaciones debidas, el código de conducta de los empleados públicos.”.

¹²⁴ Ley 18.575/1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificada por ley 19.653/1999.

un individualizado análisis de los derechos y libertades fundamentales en su reconocimiento y vigencia al interior del *status* sujecional militar.

Cabe hacer presente que el procedimiento para efectuar la ponderación de los distintos principios en juego y verificar si existe concordancia práctica y proporcionalidad entre ellos, no difiere en su esencia de aquel que se requiere para analizar la justificación constitucional de una limitación de los derechos fundamentales, producto de cualquier relación general de sujeción.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, pondera en cada caso los principios institucionales con los constitucionales, que garantizan la vigencia de derechos fundamentales, describiendo la regla de aplicación al estatus sujecional. Ahora bien, esta labor jurisprudencial trae consigo la pérdida del carácter autojustificativo de las relaciones de especial sujeción, manteniendo únicamente su aspecto descriptivo normativo. En efecto, en dicho proceso revisor la argumentación justificativa de la limitación se centra en su consagración normativo-constitucional expresa y no en la existencia de una sujeción especial.

Este aserto puede comprobarse en el proceso dinámico seguido a la hora de perfilar la noción de relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia, y asimismo en la tarea de ponderación jurisprudencial.

Las tesis, al principio divergentes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que permitieron a este último extender el concepto de relación de especial sujeción a situaciones no comprendidas inicialmente bajo ninguna posición aproximativa a su concepción clásica, convergen actualmente en la aceptación posterior en sus sentencias de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Lo que ha posibilitado uniformar la jurisprudencia **eliminando** el carácter justificativo del concepto, restringiéndolo en su aplicación sólo a aquellos casos en que la Constitución habilita su existencia.

En la tarea de ponderación se advierte cómo la jurisprudencia –y también la doctrina española-, tras la Constitución de 1978, concentran sus esfuerzos en la demarcación de la extensión y los límites del carácter justificativo de las relaciones de especial sujeción según el nuevo prisma constitucional. Pero la ausencia en el sistema jurídico español de una construcción teórica general posterior a la acepción clásica de las relaciones de especial sujeción, impide alcanzar un resultado satisfactorio. Ello obliga a trasladar a la jurisprudencia, especialmente a la constitucional, el papel corrector de las esferas de inmunidad y discrecionalidad que originalmente tenía el concepto. Sin embargo, esta obra, necesariamente fragmentaria y casuística, no ha sido suficiente para justificar los aspectos descriptivos de la institución, y menos aún, ha podido ser apreciada como condición necesaria para la justificación de un poder abstracto de imposición por el *status*.

En el modelo alemán, se entiende que por medio de la configuración dinámica y el acatamiento de los principios de la Innere Führung, se consigue materializar los valores y normas de la Ley Fundamental en el seno de la Bundeswehr. La Innere Führung entraña los fundamentos espirituales y morales de las Fuerzas Armadas. Impregna todas las manifestaciones de la vida castrense, permaneciendo válida en cualquier situación, desde las actividades del servicio interior (cuartel) hasta el combate con peligro de muerte.^{125 126}

¹²⁵ Capítulo 1º N° 107 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255, cit.

¹²⁶ La “Innere Führung” tiene una doble finalidad: Por una parte, es principio de vertebración del Régimen Interno de las Fuerzas Armadas y las relaciones entre la Bundeswehr, el Estado y la Sociedad. Por otra parte, la “Innere Führung es un cuerpo doctrinal de normas para el personal de las Fuerzas Armadas, es decir, para el comportamiento de los soldados y las relaciones entre ellos. Contiene requisitos concretos respecto a la conducta de los superiores militares en el ejercicio de sus liderazgos ligando toda actuación militar a las leyes.

Los aspectos sustantivos fundamentales de la Innere Führung, se establecen para cumplir el propósito que el militar estuviera provisto de todos los derechos constitucionales de ciudadano. Sus derechos no debían tener más restricciones que las impuestas por la imperiosa necesidad de mantener el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Se trataba, pues, de resolver la cuestión de cómo superar el campo de tensión que existe entre las estructuras militares y las de la sociedad. Se trata de un concepto mediante el cual se pretendía lograr compatibilizar la imprescindible estructura jerárquica de las nuevas Fuerzas Armadas Alemanas, con su principio de mando y obediencia, y los derechos fundamentales del ciudadano y plasmar el modelo del “ciudadano de uniforme”.¹²⁷

Los pilares fundamentales del concepto, establece los principios de mando y control, formación y educación de la Bundeswehr, que se encuentran cimentados en el sistema de valores y normas establecido por la Ley Fundamental. De entre las pautas importantes del concepto cabe destacar: la primicia del poder político, reflejada en el mando supremo civil y el control parlamentario, la sujeción al imperio de la Ley, la renuncia a una propia jurisdicción militar, la limitación de las facultades de mando a las posibilidades definidas por las leyes, el mando y control mediante órdenes de tipo misión en vez de mando con órdenes precisas y detalladas, responsabilidad compartida en la

¹²⁷ Partían del modelo de conducta del “ciudadano de uniforme”, que aglutina las condiciones de persona libre, de buen ciudadano y de militar cabal. El modelo de Ciudadano de Uniforme estaba concebido como referente para el militar moderno y al mismo tiempo como punto de partida para la definición de las normas jurídica que se le iban a aplicar. De acuerdo con este objetivo marcado, se agruparon en el “Amt Blank”, el 10 de enero de 1953, las áreas de trabajo Estructura Interna, Información y Educación así como la de Apoyo y Asistencia a la Fuerza, bajo la nueva denominación “Innere Führung”. En el aspecto de su contenido, fue especialmente Baudissin quien concebía la “Innere Führung” como un concepto pedagógico practicado a diario que sobre la base de una filosofía de liderazgo y un régimen interno adecuados tenía como objetivo materializar el modelo del “ciudadano de uniforme” en el seno las propias unidades militares. Se quería conseguir este objetivo por medio de una serie de actividades que más o menos corresponden a los actuales campos de aplicación de la “Innere Führung”.

obediencia concienzuda, la compaginación de los principios de libertad de la Constitución con los requisitos de unas Fuerzas Armadas operativas, la separación de las misiones y facultades de las Fuerzas Armadas de las de la administración civil de la Bundeswehr. Aplicado en la práctica estos principios, significa que las limitaciones a los derechos de los militares, han de ceñirse a los aspectos en que lo exige el carácter específico de la profesión militar.

Si bien este modelo normativo de conducta y formación, es difícil de aplicar a los casos español y chileno, por el desarrollo de las previsiones constitucionales en cada uno de sus ordenamientos y las distintas formas de evolución de las sociedades, cabe señalar que la idea matriz de configuración de una conducta de respeto a los derechos, por convencimiento de principios de actuación dentro del Estado de Derecho, resulta del todo interesante.

A manera ejemplar, en el caso chileno el Tribunal Constitucional ha señalado que “Los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que, ejerciendo sus derechos, adscriben libremente a una profesión y función pública. A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional, ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados cuyos atributos –esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados– contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos* militar al cual contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. (STC 2029, cc. 6 y 24)”.¹²⁸

¹²⁸ CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, NÚMERO 59, AÑO 2015, p. 680-681, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>

2. LAS TRANSFORMACIONES EN LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO.

El reconocimiento jurisprudencial de las limitaciones impuestas a derechos fundamentales por las relaciones de especial sujeción bajo el amparo constitucional, ha sido fundamental para decantar un concepto acomodado a las exigencias constitucionales. Este es un mérito en el caso de España, del TC sobre todo y del TS, que no ha contado con apoyos doctrinales esenciales, ya que éstos sólo se han dedicado a caracterizar aquellas relaciones y determinar su carácter autojustificativo, cuando no se han limitado a negar su existencia al entender que el texto constitucional que les privaba de toda legitimidad sustantiva.

2.1. Un primer paso sustantivo: reconocimiento constitucional de estatutos especiales.

La necesidad de revisión de la justificación de las limitaciones a los derechos constitucionales, producto de los estatus especiales sujecionales, permite apreciar que la evolución constitucional seguida, tiene como efecto destacado la desaparición de la noción clásica acerca de esta categoría. Y al propio tiempo, ésta pasa a tener un reconocimiento constitucional expreso, que legitima las limitaciones a derechos fundamentales, si bien sólo y en la medida en la que son indispensables para satisfacer la función o fin de la institución en que se integran los colectivos afectados.

En el plano que nos ocupa, las particulares características del militar encuentran reconocimiento constitucional en diversos preceptos.¹²⁹ Ya no cabe recurrir a aquella primera fase de la aplicación que se extiende desde la recepción

¹²⁹ Especialmente véase los artículos 8, 28.1, 29.2 y 30 de la CE.

de la categoría hasta al nuevo paradigma sujecional especial constitucional. Su construcción teórica está superada y con ella ha desaparecido la determinación de esas relaciones por el *status*, lo que habilitaba competencialmente y con carácter autojustificativo, la limitación de derechos fundamentales a quienes se encuentran en la sujeción especial.

En estos momentos, la configuración de las relaciones especiales de sujeción cuenta con el apoyo de limitaciones constitucionales especiales expresas. Su construcción teórica debe, por tanto, reconocer que esas relaciones admiten configuraciones constitucionales de *status* especiales, entre ellos el que integran el colectivo militar en sentido estricto.

2.2. Superación del carácter descriptivo de las relaciones.

Al desarrollarse, en el caso español, la jurisprudencia del TC y TS los aspectos conceptuales de la categoría y los competenciales de la discrecionalidad administrativa en el ámbito militar, ha ido estableciendo límites y restringiendo su extensión más allá de lo que autoriza el principio de legalidad en un Estado Constitucional de Derecho. Como hemos visto, la legalidad sancionatoria, el *non bis in idem*, la tutela judicial efectiva y la vigencia de otros derechos fundamentales, han sido objeto de repetida atención por la jurisprudencia constitucional, sentando la doctrina del respeto a los derechos y principios constitucionales del militar, proscribiendo las limitaciones que se encuentran fuera de la autorización constitucional o de la función esencial que les adscribe al *status* sujecional.

Este proceso evolutivo jurisprudencial, conectó los principios institucionales con aquellos de carácter instrumental, contrastándolos a su vez con los derechos fundamentales y valores constitucionales. A consecuencia de

la necesaria concatenación de los distintos derechos y valores en juego, se asigna, a cada caso en que se plantea el conflicto, una regla para decidir la cuestión. Mediante este procedimiento, semejante al que se realiza en la ponderación del conflicto entre principios a nivel de las relaciones de sujeción general, se determina la prevalencia de un principio institucional o de un derecho fundamental.

Este proceso constitucionalizador, ha tenido como efecto tanto la revisión de la institución de las relaciones de especiales de sujeción en general como de la militar en especial, privando a ambas del carácter autojustificativo que poseían conforme a primitiva acepción. De ahí que, actualmente, el contenido esencial de la noción de relación de especial sujeción militar, al igual que en la de carácter genérico, prevalece solamente su aspecto descriptivo.

Dicho aspecto, bajo el imperio constitucional, deberá ser remitido, como ocurre con todas las limitaciones a derechos fundamentales, a su justificación constitucional expresa y a los mecanismos de ponderación de los principios y valores que justifican el fin institucional y los derechos fundamentales de la persona.

En estos momentos, la evolución institucional del concepto, en su relación con el entorno militar, ha mantenido incólume su carácter subjetivo descriptivo, pero ha hecho desaparecer completamente la vigencia de su carácter justificativo. Esta desaparición produce una transformación esencial en las relaciones al interior del colectivo, promoviendo la vigencia de los derechos fundamentales del militar, permitiendo mayores esferas de libertad en la relación

sujecional y en la prevalencia de los aspectos garantizadores, análogos sino iguales a los que toda persona merece de acuerdo con el texto constitucional.

Desde esa perspectiva, el soldado se acerca más al ciudadano, apareciendo más claras las características del *status* funcional en razón de su fin. Por otro lado, con esta nueva caracterización del colectivo militar, se permite el desarrollo de instituciones como el soldado profesional, la adscripción de personal civil a funciones en el ámbito militar y la laboralización de algunos aspectos de la función pública militar. Aún cuando este colectivo, como otros, está en una etapa de innegable transformación, es de suponer que se mantendrán las singulares características que lo identifican. Ahora bien, no será la modalidad prestacional elemento determinante para el sistema relacional especial, sino la función la que constituirá el elemento matriz o definidor del eje relacional ciudadano-soldado y Administración.

2.3. Las modificaciones en la orgánica militar y la administración.

En efecto, podemos afirmar que ha quedado sin contenido cualquier concepto de relación de sujeción especial militar entendida como la adscripción personal al monarca o príncipe. El vasallaje como referente característico de una relación subjetiva con el poder, es cosa de otra época felizmente superada.

En la actualidad la relación con el Estado, se materializa desde un aspecto abstracto y general para el cumplimiento de funciones de seguridad y defensa, con independencia de quien efectivamente detente el poder. La profunda transformación de las relaciones de especial sujeción en el ámbito militar, conlleva su identificación pura y simple con un sistema constitucional de principios y valores constitucionales.

Este énfasis en el reconocimiento de una relación entre el militar y la administración presidida por las exigencias de ese sistema constitucional, no es impedimento para reconocer que ésta posee mayores potestades que en una relación general respecto de cualquier persona.

Las potestades autoorganizativas, para lograr el debido cumplimiento de las funciones de seguridad y defensa nacional encomendadas a la institución castrense, dispone de habilitación constitucional para limitar derechos fundamentales de quienes integran el colectivo.

2.4. La especialidad de los principios y valores de las Fuerzas Armadas.

De igual modo, que en el ámbito orgánico, la Administración Militar cuenta con legitimación para preservar los valores propios de la institución castrense, al entender en los imprecisos límites de su compatibilidad constitucional, que tienen el carácter de imprescindibles para su existencia y fines. Es decir, no obstante el cambio en la concepción de la relación de especial sujeción militar, no cabe desconocer la esencia de esos valores sin desconocer la institución misma. Un caso significativo es el de la disciplina en el orden militar.

El Tribunal Constitucional, además de reconocerlo de esa manera, ha tenido oportunidad de profundizar en alcance y relevancia como justificante de la limitación de derechos fundamentales, señalando en la STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ. 6º: *“Ciertamente la disciplina constituye un valor esencial de la institución militar. En este sentido cabe señalar que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 10 que «Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su*

acción», señalando en su art. 11 que «La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada». ... La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE) asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.»¹³⁰

¹³⁰ Sobre el sentido del concepto de disciplina militar y su alcance, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “De este modo lo vienen entendiendo también los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, en una consolidada línea jurisprudencial, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a quienes corresponde la tarea hermenéutica de elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, el concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, como recordamos en la STC 115/2001, F. 8. Por otra parte, ha reiterado que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales» en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra STC 21/1981, de 15 de junio, F. 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, F. 4 y STC 97/1985, F. 4. ... A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RROO)». ... Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (STC 21/1981, de 15 de junio, F. 15, y 31/2000, de 3 de febrero, F. 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina». ... Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, F. 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el

En definitiva, aspectos trascendentes como éste, deberán mantenerse en la identificación de una relación de especial sujeción militar, pues es coherente con las disposiciones constitucionales, apreciar expresos o implícitos límites a los derechos de las personas que pertenecen al colectivo militar.

3. EL FUTURO DESARROLLO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS FUNCIONES MILITARES Y EL RÉGIMEN DE SU PERSONAL, SU IMPACTO EN LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN MILITAR.

3.1. Las Instituciones castrenses y actualización de su razón de ser.

El transcurso del tiempo y la vorágine de cambios sobrevenidos a la sociedad global contemporánea, hacen necesaria una revitalización de la concepción y estructura funcional de la institución castrense. La revisión de las estructuras destinadas a darle su carácter esencial en una sociedad más

mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas (art. 103.1 CE, como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. ... En definitiva, y volviendo a nuestra argumentación principal, respecto de la cual las anteriores consideraciones sobre la legislación procesal militar no eran más que un simple reforzamiento, la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley garantizado por el art. 14." STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ. 6º y 7º.

compleja, integrada y global, se ha convertido en un imperativo, aunque en el otro polo se aprecie la tensión a causa de los fuertes embates reduccionistas que tienden a privarle de su verdadero sentido de existencia.

En efecto, aquella visión que percibe a las Fuerzas Armadas como una administración burocrática, ya que sus grandes misiones de carácter militar están desapareciendo, en la misma medida que se encuentran ausentes las hipótesis de conflicto bélico, no ha logrado entender la necesidad funcional de la institución castrense como pieza esencial unida indisolublemente al concepto y existencia del Estado en sus distintas formulaciones.

La organización militar conformada con las mismas características básicas de cualquier otra organización pública, los aspectos material y orgánico, los medios para su funcionamiento, a saber, personal y bienes; el entramado normativo competencial que le dan su existencia jurídica, deberá seguir estando sustentada en ese otro aspecto inmaterial, metafísico, que son sus valores y principios, en cuanto identifican su función de servicio a la patria bajo coordenadas caracterizadoras.

Estos valores y principios resultan consustanciales para entender la razón de ser de las instituciones armadas, relacionándose y encajando a su vez con los principios y valores superiores de la Nación, enmarcados constitucionalmente en la figura de un Estado Democrático de Derecho. Este requiere para su salvaguarda y vigencia de la necesaria contribución de la entidad militar. La independencia, la soberanía, la seguridad de una Nación tienen en sus Fuerzas Armadas, bajo dependencia del poder democrático, la legitimidad garantizadora del uso de la fuerza para la Defensa Nacional.

Será necesario indudablemente compatibilizar fines y medios, de modo que la sociedad que reconoce a esta institución como esencial para el Estado, fortalezca y potencie las Fuerzas Armadas para que puedan cumplir su misión en

cada momento con el grado de compromiso y eficacia que reclaman los nuevos tiempos.

3.2.La profesionalización del militar y su estatuto de servidor público.

A pesar de encontrarnos en un contexto en vertiginosa transformación, es razonable pensar que el ideario constitucional, continuará constituyendo la referencia *sine que non* de la función militar. Esta, integrada en un ámbito cada día más sofisticado por el empleo de las tecnologías y por las exigencias de modernización y adaptación para hacer frente a los fenómenos globales que amenazan la seguridad y defensa del Estado, demanda la profesionalización permanente de las Fuerzas Armadas.

El concepto de militar profesional, no podrá ser independiente de la condición de ciudadano de ese servidor público. Será este soldado-ciudadano el que en el siglo XXI cumpla las tareas que la Constitución y la sociedad asigne a las Fuerzas Armadas en el Estado de Derecho.

El ordenamiento jurídico ha de ser capaz de armonizar lo antiguo y lo nuevo en relación al Ejército, integrando el binomio ciudadano-soldado. En esta construcción jurídico-social el pasado histórico, los valores y principios del quehacer militar deben compatibilizarse plenamente con aquellos ideales del constitucionalismo y de la democracia y también con las nuevas misiones que tienen en la actualidad los miembros de las Fuerzas Armadas, tanto en el escenario nacional como en el internacional.

3.3. Las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas.

En el plano interno o nacional, sin duda la seguridad nacional constituye la razón de ser de las Fuerzas Armadas. Pero a defensa y seguridad del Estado, paradigma de la función militar, no es desde prácticamente el último tercio del siglo pasado, el único fin que las Fuerzas Armadas tienen asignado. Es así que al lado de la perspectiva interna, tenemos que poner la externa o conjunta, por los procesos de integración en estructuras u organismos internacionales.¹³¹

Fenómenos como el terrorismo, la ayuda humanitaria en catástrofes naturales o crisis sociales, resguardo de procesos electorales, desarrollo científico y tecnológico, operaciones de paz, etc. agregan una labor profesional especializada que otorga asimismo al Ejército misiones internas o extraterritoriales, más allá de aquellas que dicen relación con la defensa de la soberanía de cada Estado.

¹³¹ En el caso alemán, la Bundeswehr no debe ser un Estado dentro del Estado, todo lo contrario, se busca fomentar el concepto que los militares son parte integrante del Estado y de la sociedad, al tiempo que se pretende promover el conocimiento de la población sobre las misiones de la Bundeswehr. La idea de integración no sólo tiene una dimensión natural, sino también se refiere a las alianzas y sistemas de seguridad colectiva (p. ej. NN UU, OTAN, UE). Entre las medidas dirigidas a fomentar la integración de las Fuerzas Armadas en la sociedad, cabe mencionar el encuadramiento de militares de reemplazo en unidades ubicadas cercanas a sus domicilios habituales, una normativa generosa en lo que respecta a las salidas del cuarte, los programas de hermanamiento con los municipios, así como las jornadas de puertas abiertas. Es preciso limitar las diferencias entre la situación de vida en las Fuerzas Armadas y el entorno civil a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la misión encomendada y hacerlas comprensibles al militar.

En el caso chileno, la Contraloría General de la República ha tenido ocasión de emitir una opinión jurídica dictaminante en esta materia, al señalar que: “Al respecto, es importante señalar, por una parte, que la primera norma constitucional indicada, no agota las funciones que pueden asumir los organismos armados únicamente a aquellas esenciales señaladas en dicha disposición, y por la otra, que la segunda disposición citada, le encarga a la ley orgánica constitucional solo la regulación de ciertos aspectos básicos, pudiendo otras materias ser reguladas en otros cuerpos legales (aplica dictamen N° 42.822, de 2008, de esta Contraloría General). En armonía con lo anterior, corresponde indicar que el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que las entidades que la integran, entre ellas las Fuerzas Armadas, deben actuar conforme a la Constitución y las leyes, dentro de su competencia, no teniendo más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico.”¹³²

¹³² Dictamen 26.909/2013. “Se ha dirigido a esta Contraloría General el Comandante en Jefe del Ejército, solicitando un pronunciamiento acerca de la procedencia de la participación del Ejército en actividades ajenas a la función militar. Requerido su informe, la Dirección de Presupuestos, expresa que la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, establece la posibilidad de participar en actividades asociadas a situaciones de excepción o extraordinarias, así como los mecanismos de financiamiento de éstas. También ha informado, a solicitud de esta Entidad de Control, el Ministerio de Defensa Nacional, el cual indica, por una parte, que el Ejército se encuentra habilitado para desarrollar todas aquellas tareas que le confiera el ordenamiento jurídico, sin que se encuentre limitado por la función esencial que establece el artículo 101 de la Constitución Política de la República, siempre que dichos cometidos no obstenen al cumplimiento de esta misión fundamental. Agrega, que el mencionado artículo 101 de la Carta Fundamental, el artículo 1° de la ley N° 18.948, y el artículo 2° de la ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, disponen que el Ejército de Chile, como integrante de las Fuerzas Armadas, depende del Ministerio de Defensa Nacional, por lo cual, a dicha Secretaría de Estado le asisten facultades, tanto propias como aquellas delegadas por el Presidente de la República, para determinar el empleo de medios militares en el marco del ordenamiento jurídico y observando el límite de no desatender la función de defensa. Sobre el particular, corresponde señalar, en primer término, que el inciso primero del artículo 101 de la Constitución Política de la República, establece que 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, y que éstas

En este mismo orden de ideas, el dictámen N° 42.822, de 2008¹³³ habilita la intervención de los cuerpos armados en situaciones de catástrofes y emergencias,

existen para la defensa de la Patria y son esenciales para la seguridad nacional. Luego, el artículo 105 de la Carta Fundamental, prevé la existencia de la ley orgánica constitucional respectiva, disponiendo, en lo que interesa, que ella determinará las normas básicas sobre nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las mismas entidades. Al respecto, es importante señalar, por una parte, que la primera norma constitucional indicada, no agota las funciones que pueden asumir los organismos armados únicamente a aquellas esenciales señaladas en dicha disposición, y por la otra, que la segunda disposición citada, le encarga a la ley orgánica constitucional solo la regulación de ciertos aspectos básicos, pudiendo otras materias ser reguladas en otros cuerpos legales (aplica dictamen N° 42.822, de 2008, de esta Contraloría General). En armonía con lo anterior, corresponde indicar que el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que las entidades que la integran, entre ellas las Fuerzas Armadas, deben actuar conforme a la Constitución y las leyes, dentro de su competencia, no teniendo más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. De la preceptiva anotada, aparece que la intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos que no correspondan a los mencionados en el artículo 101 de la Constitución Política de la República, es admisible en la medida en que exista una norma legal que así lo haya previsto.”. En

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

¹³³ Texto del dictamen N° 42.822, de 10 de septiembre de 2008. “Se ha dirigido a esta Contraloría General el Ministro de Defensa Nacional, solicitando la reconsideración parcial del dictamen N° 2.924, de 1997, en cuanto concluye que el Presidente de la República sólo puede disponer la intervención de las Fuerzas Armadas en casos de sismos o catástrofes naturales, previa declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe, en la forma prescrita por la Constitución Política de la República. Al respecto, el mencionado Secretario de Estado sostiene, en síntesis, que si bien la ocurrencia de un sismo o catástrofe puede configurar una calamidad pública que dé lugar a la declaración del estado de catástrofe, acorde con el artículo 41 de la Carta Fundamental, ello no significa que siempre frente a hechos de tal naturaleza sea necesario decretar previamente ese estado de excepción constitucional para disponer la intervención de las Fuerzas Armadas, toda vez que también el ordenamiento jurídico regula los casos de sismos y

catástrofes con la finalidad de que dichas instituciones puedan recurrir en auxilio de las personas y bienes afectados por tales acontecimientos. La autoridad recurrente, aduce que el propósito de disponer la participación de las Fuerzas Armadas en estos casos de sismos y catástrofes es contar con la cooperación necesaria para ayudar a la población perjudicada por tales eventos, lo que, en todo caso, se enmarca dentro de las funciones de las instituciones armadas, acorde al artículo 101 de la Constitución Política. Requerido el informe pertinente, el Auditor General del Ejército señala, a través del oficio AUGES SC II/2 a (R) N° 6.800/21, que concuerda con los fundamentos indicados por el Ministro de Defensa Nacional atendidas las razones que expone. En relación con la materia, es preciso anotar que el dictamen cuya reconsideración se solicita, expresa que la existencia y funcionamiento de las Fuerzas Armadas se encuentran establecidas en la Constitución Política y en la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de Fuerzas Armadas, de modo que la actuación de las mismas debe ceñirse a lo que respecto de ellas señalan dichos textos, agregando que, "...sólo procede la intervención de las instituciones castrenses, en aquellas situaciones de que trata la normativa referida". El dictamen que se examina sostiene que la intervención de las Fuerzas Armadas en casos de calamidad pública tiene su fundamento en las normas sobre estados de excepción constitucional contenidas en la Carta, así como en las de la ley orgánica constitucional N° 18.418, que regula tales estados, de lo que concluye la necesidad de que se declare previamente la correspondiente situación de excepción, puesto que sin ese requisito "no puede disponerse la cooperación de tales instituciones en estado de normalidad constitucional". En este sentido, el citado pronunciamiento añade que en la situación de calamidad pública quedan comprendidos "los sismos y otras catástrofes naturales, de modo que si el Presidente de la República decide disponer la intervención de las Fuerzas Armadas, en la solución de los problemas que de tales acontecimientos se deriven, deberá hacerlo disponiendo el pertinente estado de excepción constitucional". Agrega el mencionado dictamen que "Confirma el criterio expresado la circunstancia de que el artículo 18°, inciso final, de la Constitución Política, establece, especialmente, que el resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios, corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley", ya que "...atendido que dicho precepto se limita, en lo relativo a esa materia, a remitirse a la ley, debe estimarse que la justificación de la norma referida radica en la necesidad de que sea una norma de rango constitucional la que señale la intervención en los actos referidos de las Fuerzas Armadas y de Orden, en materias que no quedan exactamente comprendidas en las situaciones a que se refiere el artículo 90 de la Carta Fundamental". Según es dable apreciar, el dictamen en cuestión entiende que la intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos que no correspondan exactamente a las materias que indica el artículo 90 de la Constitución -actual artículo 101-, sólo resulta admisible si ello se encuentra previsto en un precepto constitucional, como ocurriría tratándose de actos electorales y plebiscitarios y en situaciones de calamidad pública, previa declaración del estado de catástrofe. Expuesto lo anterior, es menester consignar que con ocasión

de un nuevo estudio del asunto planteado, especialmente en lo concerniente al alcance de las normas constitucionales pertinentes y al régimen jurídico aplicable a los casos de sismos y catástrofes naturales que provocan daños en las personas y los bienes, se ha estimado procedente reconsiderar el criterio expuesto en el dictamen N° 2.924, de 1997, de acuerdo las razones que se pasan a explicar. Sobre el particular, corresponde manifestar, en primer término, que el inciso primero del artículo 101 de la Constitución Política, establece que 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. Dicho precepto, conforme a sus propios términos, se limita a señalar los organismos que constituyen las Fuerzas Armadas, agregando el fin de su existencia y su carácter de esenciales para la seguridad nacional, sin que de ello se deduzca intención alguna del constituyente en el sentido de agotar las funciones que puedan asumir los institutos armados, por lo que éstas bien pueden establecerse en otros textos legales, conforme a las reglas generales. Por su parte, el inciso primero del artículo 105 de la citada Carta Fundamental, inserto en su Capítulo XI que trata de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, prevé la existencia de la ley orgánica constitucional respectiva, disponiendo, en lo que interesa, que ella determinará las normas básicas sobre nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las mismas entidades. Como se puede advertir de la norma precitada, la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas se refiere exclusivamente a los elementos que se consideren básicos en las respectivas materias, de modo que aquéllos que no queden incluidos en dicho carácter han podido ser regulados por otras leyes. A este respecto, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, en la sentencia de 15 de febrero de 1990 (Rol N° 98), a través de la cual declaró "que conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, las normas básicas son las que constituyen el fundamento o apoyo principal en que estriba o descansa una cosa o las que son fundamentales de una materia", y "por consiguiente, las normas básicas sobre las materias que específicamente señala el artículo 94 de la Constitución Política - actual artículo 105-, son las imprescindibles y deben estar todas señaladas en la ley orgánica constitucional respectiva, como también podrían estarlo aquellas normas o materias que constituyen elementos complementarios indispensables de las básicas". Precisado lo anterior, y en lo concerniente a la materia en análisis, es menester considerar lo dispuesto en el Título I de la ley N° 16.282, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N° 104, de 1977, del Ministerio del Interior, que establece disposiciones permanentes para casos de sismos y catástrofes. De conformidad al artículo 3° de la aludida ley N° 16.282, el Presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado; dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo, de

las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, para resolver los problemas de las zonas afectadas por un sismo o catástrofe. Dichas normas de excepción, acorde a las letras a) y g) del mencionado precepto, podrán comprender, en lo que interesa, la designación de autoridades y determinación de sus atribuciones o facultades, y disponer las comisiones de servicio al extranjero de empleados de las Fuerzas Armadas. Como se puede inferir, el cuerpo legal mencionado otorga al Presidente de la República especiales atribuciones para hacer frente a las dificultades originadas por la ocurrencia de sismos y catástrofes, pudiendo adoptar las medidas de excepción que dicha normativa establece. Asimismo, es dable consignar que en virtud del artículo 20 de la citada ley, los Ministros del Interior y de Defensa Nacional elaborarán un plan tendiente a obtener que las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros desarrollen un programa que abarque los aspectos que allí se indican, entre cuyos objetivos se encuentra el de preparar un plan orgánico para las emergencias que se produzcan a consecuencia de sismos o catástrofes y programar la coordinación de los recursos humanos y materiales de los servicios públicos y de las instituciones asistenciales públicas y privadas. Al respecto, conviene agregar que el plan a que alude el mencionado precepto legal, con la denominación de Plan Nacional de Protección Civil, fue aprobado por el decreto N° 156, de 2002, del Ministerio del Interior, en el que bajo el rubro "Gestión en Protección Civil", se contempla la participación de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas y Carabineros, por ser ello necesario para la prevención de riesgos y solución de los problemas derivados de emergencias, desastres y catástrofes. A su turno, el inciso tercero del artículo 21 de la ley N° 16.282, contempla la posibilidad de que en caso de sismos o catástrofes en país extranjero, se comisione a un funcionario de las Fuerzas Armadas, quien tendrá a su cargo los recursos humanos y materiales que se envíen como ayuda chilena. De esta manera, entonces, aparece que la normativa vigente para casos de sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o en los bienes, pero cuya gravedad, a juicio del Presidente de la República, no conlleve la declaración del respectivo estado de excepción constitucional, admite la intervención de las Fuerzas Armadas en actividades de colaboración con otros organismos de la Administración del Estado para resolver los problemas que se susciten en las zonas afectadas. En el mismo sentido, la participación de los cuerpos armados en las situaciones de sismos o catástrofes, se condice con la circunstancia de que acorde con el artículo 1° de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia-, las instituciones castrenses forman parte integrante de la Administración del Estado, debiendo, por ende, cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción con los demás organismos que pertenecen a ella, de acuerdo a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 5° de la mencionada ley orgánica constitucional. Por tanto, en virtud de lo anteriormente expuesto, resulta procedente reconsiderar el criterio contenido en el dictamen

reconociendo de la misma forma su participación en el resguardo de procesos electorarios y plebiscitarios.

De la preceptiva anotada, aparece que la intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos que no correspondan a los mencionados en el artículo 101 de la Constitución Política de la República, es admisible en la medida en que exista una norma legal que así lo haya previsto.¹³⁴

N°2.924, de 1997, en cuanto concluye que sólo procede la intervención de dichos institutos en aquellas situaciones de que trata la Constitución Política y la ley N° 18.948, conclusión que debe corregirse, puesto que restringe la actuación de las Fuerzas Armadas a las situaciones y procedimientos que prevén dichos textos, dejando sin aplicación preceptos legales que contemplan hipótesis diversas, en circunstancias que aun esa misma normativa constitucional y orgánica admite que tales instituciones sean reguladas en otras disposiciones de rango legal, como es el caso de la ley N° 16.282. En este mismo orden de ideas, tampoco resulta admisible interpretar el inciso final del artículo 18 de la ley suprema en el sentido señalado en el dictamen cuya reconsideración se solicita, esto es, que su justificación radica en la necesidad de que sea una norma de rango constitucional la que señale la intervención de las Fuerzas Armadas y de Orden, en materias que no quedan comprendidas en las situaciones a que se refiere el mencionado artículo 101. Antes bien, el inciso final del artículo 18 de la Constitución Política, en cuanto señala que "El resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley", constituye una excepción a la regla del inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política, en cuya virtud a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, les corresponde, en lo que interesa, garantizar el orden público, puesto que durante los actos electorales y plebiscitarios el resguardo de éste les corresponderá, además de Carabineros, a las Fuerzas Armadas. En consecuencia, en mérito de lo anteriormente expuesto, procede reconsiderar parcialmente el dictamen N° 2.924, de 1997, de esta Contraloría General, en cuanto expresa que el Presidente de la República sólo puede disponer la intervención de las Fuerzas Armadas en caso de catástrofes naturales, previa declaración del estado de catástrofe, en la forma que prescriba la Constitución."

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

¹³⁴ Dictamen 26.909/2013, cit.

Han surgido, por ello, cuerpos militares cada vez más profesionales y de élite, para labores de policía o seguridad y unidades militares de emergencia que han ampliado la concepción clásica de defensa. Presumiblemente, estarán en constante evolución y desarrollo, y marcarán la dinámica del fenómeno militar en este siglo XXI.

La vorágine de expectativas y decepciones frente a la paz universal aún no realizada, entrega a esas nuevas misiones, en cuanto no altere la esencia de los ideales, principios y valores que dieron origen al ejército, una vigencia y prioridad en su ejecución conjunta con sus otras misiones esenciales, incorporándolas también en el fin de servicio a la patria y sus valores fundamentales.

3.4. Los necesarios cambios en las condiciones del personal y el disfrute de los derechos.

Persisten aún muchos desafíos pendientes en el interior de las estructuras relacionales que configuran la sujeción especial militar. En algunos casos, constituyen serios problemas que habrán de resolverse en un futuro próximo, con la actualización régimen de las Fuerzas Armadas a la nueva realidad social. Las nuevas necesidades de defensa y la adaptación a un escenario en constante cambio, enfrenta este colectivo a múltiples y complejas tareas. En el plano nacional, son reflejo de estos cambios, la eliminación del servicio militar obligatorio y la creación de la figura de soldado-profesional, reemplazando la modalidad tradicional de servicio militar obligatorio, como forma de provisión de personal militar. Esta novedad ha comportado *per se* la supresión de la sujeción especial personal y la consiguiente vigencia en exclusiva de la sujeción especial funcional.

De una parte, ello exigirá mayor flexibilidad en sus instituciones y en su organización, para adaptar con celeridad y eficiencia los operativos a los fines que deban ser satisfechos. Es evidente, que la situación del personal militar demanda una conceptualización amplia y comprensiva de la realidad de aquellas nuevas misiones, pues su núcleo orgánico y funcional deberá distinguir perfectamente entre aquellos aspectos relativos a la función esencial de las Fuerzas Armadas al interior de un Estado y aquellos otros que más bien constituyen una prestación de servicio o apoyo en el exterior del Estado.

Por otra parte, en el plano individual, el régimen a la condición de militar ha de ir acompañada de una adecuación plena el estado general de libertad y bienestar. Con ello queremos decir, que ese régimen ha de permitir la potenciación de la vigencia de los derechos fundamentales y una mejora de las condiciones generales de la situación de las personas que forman el colectivo, entre las cuales se encuentra la mejora de las retribuciones para satisfacer convenientemente sus necesidades personales y familiares, al igual que se ha abordado otros aspectos de la modernización de la función pública. Es decir, la configuración jurídica correlativa a la transformación institucional, exige que a estas personas de honor y capacidad de servicio, se les otorgue un trato digno acorde a su función, con proporcionalidad a lo que la sociedad les demanda en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

3.5. La actualización de la normativa militar y las nuevas regulaciones de los deberes y derechos del personal militar español.

Desde la promulgación en 1980 de la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 1/1984 de 5 de enero, han cambiado profundamente el marco internacional de referencia y la propia sociedad española

sin que se haya alterado, básicamente, el modelo organizativo de las Fuerzas Armadas. Esta circunstancia demanda incluir en la Ley, misiones que no estaban recogidas expresamente en esta normativa.¹³⁵

Como resultado de esta actualización, se han dictado los siguientes cuerpos normativos: Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y finalmente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas.¹³⁶

¹³⁵ Exposición de Motivos, Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

¹³⁶ El mandato de la disposición final tercera, de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional 5/2005 y las previsiones contenidas en el apartado IX del preámbulo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, constituyen el punto normativo inicial de una larga aspiración de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ley Orgánica 5/2005, en su disposición final tercera, contiene el siguiente mandato legislativo: “El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar.”.

Esta imperativa tarea, se vio reforzada en el año 2007, con la promulgación de la Ley 39/2007, de la carrera militar, que en su apartado IX del preámbulo dispuso que la actualización del régimen del personal militar se completara por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulara el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar. En ella se incluirá, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar. Con el objetivo de profundizar en la definición de los derechos y deberes de los militares y darles un tratamiento coherente, queda reservada a esa ley la regulación de los de carácter profesional y de protección social, así como los cauces de participación.

Esta Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio,¹³⁷ desarrolla los siguientes contenidos:

- En el título I se regula el ejercicio por los militares de los derechos fundamentales y libertades públicas que requieren tratamiento específico, concretamente la libertad personal, el derecho a la intimidad, la libertad de desplazamiento, la de expresión, el derecho de reunión, el de asociación, el de sufragio y el de petición. El título se cierra con el derecho del militar de dirigirse al Defensor del Pueblo.

En el ámbito de las Fuerzas Armadas se respetará y protegerá el derecho a la libertad religiosa que se ejercerá de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sin perjuicio de la asistencia religiosa que se debe garantizar por el Gobierno de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de la carrera militar.

¹³⁷ El mandato de la disposición final tercera, de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional 5/2005 y las previsiones contenidas en el apartado IX del preámbulo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, constituyen el punto normativo inicial de una larga aspiración de los miembros de las fuerzas armadas.

Ley Orgánica 5/2005, en su disposición final tercera, mandato legislativo señaló expresamente que “El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar.”.

Esta imperativa tarea, se vio reforzada en el año 2007, con la dictación de la Ley 39/2007, de la carrera militar, que en su apartado IX del preámbulo dispuso que la actualización del régimen del personal militar se completara por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulara el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar. En ella se incluirá, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar. Con el objetivo de profundizar en la definición de los derechos y deberes de los militares y darles un tratamiento coherente, queda reservada a esa ley la regulación de los de carácter profesional y de protección social, así como los cauces de participación.

- El título II sistematiza los derechos y deberes de carácter profesional y los derechos de protección social, enlazando con la legislación vigente sobre personal militar y régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas. Su primer capítulo se refiere a este tipo de derechos y deberes y en el segundo se da tratamiento específico y diferenciado al apoyo al personal, configurándose como un sistema integrado de atención a los derechos y necesidades de bienestar social de los miembros de las Fuerzas Armadas.
- El título III se dedica al asociacionismo profesional, regulándose en su capítulo primero el régimen jurídico de las asociaciones de ese carácter integradas por miembros de las Fuerzas Armadas. La configuración del nuevo Consejo de Personal, especial cauce de participación de las asociaciones profesionales, se incluye en un segundo capítulo.
- En el título IV se establece el régimen de derechos fundamentales y libertades públicas de los reservistas, ciudadanos que dadas sus peculiaridades específicas necesitan tratamiento diferenciado ya que sólo tendrán condición militar cuando se encuentren activados y, en consecuencia, incorporados a las Fuerzas Armadas.
- En el título V se regula el Observatorio de la vida militar. A través de sus cuatro artículos se determina el objeto y naturaleza de este órgano, sus funciones, composición y funcionamiento.

No obstante este gran proceso reformador, que ha sido extendido en sus tiempos, aún ha dejado un tema esencial pendiente, el estudio del régimen disciplinario y la adecuación de las normas penales y procesales, tal como lo expresa la disposición final octava de la ley 9/2011, de 27 de Julio.¹³⁸

¹³⁸ Disposición final octava. Adaptación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El sistema deberes y derechos, no puede quedar concluido sin las necesarias garantías procedimentales y penales, debidamente adecuadas al nuevo paradigma sustantivo. Con todo el cumplimiento al mandato de la disposición final tercera de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional¹³⁹, según las previsiones contenidas en el apartado IX del preámbulo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar¹⁴⁰, se han concretado en la ley 9/2011, de 27 de Julio, que entró en vigor el 1 de octubre de 2011. Esperemos que la reforma al

1. El Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados en el plazo de un año un Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El texto tendrá en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar y su necesaria adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que les vienen señaladas en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

2. El régimen disciplinario incluirá una regulación específica para las unidades y personal destacado en zonas de operaciones, en los términos que para éstos contempla el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.

3. El Gobierno también deberá remitir al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar y para realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares.

¹³⁹ Ley Orgánica 5/2005, disposición final tercera. Mandato legislativo.

“El Gobierno, en el plazo de tres meses, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de los derechos fundamentales de los militares profesionales, que incluirá la creación del Observatorio de la vida militar.”.

¹⁴⁰ “La actualización del régimen del personal militar se completara por medio de una ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en la que se regulara el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a lo establecido en la Constitución y sus disposiciones de desarrollo y teniendo en cuenta las exigencias de la condición militar. En ella se incluirá, según las previsiones de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la creación del Observatorio de la vida militar.”. Apartado IX del preámbulo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

régimen disciplinario, pueda ver la luz este año 2012, tal como lo dispone la ley y no como ocurrió con la ley orgánica de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, en que el mandato establecido del legislador de 3 meses, se convirtió en más de 5 años de espera (8/12/ 2005 al 27/7/2011).



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SEGUNDA PARTE

EL ESTUDIO COMPARATIVO

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PERSONAL MILITAR

EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y CHILE.

CAPITULO IV

EXCURSO SOBRE LA ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN ESPAÑA Y CHILE.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1.1. Marco constitucional.

Las Fuerzas Armadas españolas tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. La Constitución española al dar cuenta del indisoluble destino de la patria común de los nacionales de cada sociedad política, asigna a las Fuerzas Armadas un sitio entre los pilares básicos del orden constitucional y las vincula al sentido mismo del Estado.¹⁴¹ En su artículo 8, dentro

¹⁴¹ Respecto a la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas véase: FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El Estatuto Jurídico-Constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo .balance de un cuarto de siglo.”, en REDA, núm. 70, 2004, pp. 189-229. “La posición

del título preliminar, les encomienda esas misiones, estableciendo que corresponde al Rey —jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia (art. 56.1) el mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 62 h), y al Gobierno (art. 97), la dirección de la Administración Militar y la Defensa del Estado.¹⁴²

La estructura orgánica que permite la consolidación del Estado y su permanencia, se encuentra íntimamente ligada a los principios instrumentales que configuran a las Administraciones Públicas.¹⁴³ Por ello, la Administración Militar integrante de la Administración del Estado, en materias de seguridad y defensa, también se particulariza en aspectos orgánicos, competenciales y funcionales para el cumplimiento de la función militar.¹⁴⁴

Constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 67, 1996, pp. 13- 71. LÓPEZ RAMÓN, F., La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas, CEC, Madrid, 1987. “Principios de la Ordenación Constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Cívitas Madrid, 1991, t. III, pp. 2547-2597. COTINO HUESO, L., “El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas”, CEC, Madrid, 2002, *in totum*.

¹⁴² En relación al artículo 8 de la CE, sus precedentes, derecho comparado, y exégesis, puede consultarse: GARRIDO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, 3ª ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 124 – 154. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “Las Fuerzas Armadas. Comentario al artículo 8º.”, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, Oscar Alzaga Villamil (dir), t. I, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 409 y sigs. MOSO SEOANE, A., “Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (Relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, 1995, pp. 609-629.

¹⁴³ Artículo 103.1 CE.

¹⁴⁴ Sobre Administración Militar véase: GUAITA, A., “La Administración Militar”, en RAP. núm 7, 1952, pp 105-126. BARCELONA LLOP, J., “La Organización Militar: Apuntes Jurídico Constitucionales sobre una Realidad Estatal”, en RAP., núm. 110, 1986, pp 55-105. MUÑOZ ALONSO, J. M., Derecho Administrativo Militar, Madrid, 1989, t. I., en especial pp. 187 y ss.

La Constitución consagra en sus artículos 1º y 8º el marco jurídico general de actuación de las Fuerzas Armadas¹⁴⁵, entregando a una ley orgánica la regulación de las bases de la organización militar conforme a los principios constitucionales.¹⁴⁶

Cabe resaltar, en otro orden, su naturaleza estatal, puesto que al tener la competencia exclusiva en materias de Defensa y Fuerzas Armadas, de acuerdo al artículo 149 de la Constitución, las Fuerzas Armadas se funden irreductiblemente en el destino y fines del Estado Español, en plena concordancia con los artículos 1º, 2º y 8º del mismo texto fundamental.

Además, la Constitución se encarga de consagrar límites y principios que perfilan y condicionan el actuar de las Fuerzas Armadas como cuerpo sometido a la disciplina militar. Un colectivo compuesto por servidores públicos que ejercen la función militar, materializan los intereses de la patria y cumplen con la satisfacción de las necesidades de la defensa nacional, dando origen a un complejo núcleo de relaciones entre potestades administrativas y derechos, que conviven al interior de una relación de especial sujeción militar.

Así pues, podemos encontrar este tipo de relaciones de sujeción en el campo específico de los derechos y libertades de los militares profesionales, donde la limitación o excepción de algunos derechos constitucionalmente establecidos, atendida la sujeción especial que afecta a las personas que integran las Fuerzas Armadas y demás cuerpos sometidos a la disciplina militar, se encuentra amparada directamente por la Constitución. Disposiciones tales como el artículo 28 del texto constitucional, al establecer que la ley podrá limitar o

¹⁴⁵ Otras disposiciones constitucionales que tienen incidencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas se contienen en los siguientes artículos del texto constitucional: 25.3,26,28, 29, 30, 55.1, 55. 2, 62. h), 63. 3, 65.1 , 65.2, 70. 1. e), 94.1. b), 97, 104, 116, 117 y 149.1.4ª.

¹⁴⁶ Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre (BOE. Nº 276 de 12.11.2005).

exceptuar del ejercicio del derecho a sindicarse a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a la disciplina militar, o el artículo 29. 2 que contiene la limitación al derecho de petición, en términos que sólo podrán ejercerlo individualmente con arreglo a su legislación específica.¹⁴⁷

1.2. La Defensa Nacional y la Administración Militar.

Seguidamente, efectuaré un análisis del régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, los principios de la Administración Militar y sus componentes orgánicos básicos, mediante la descripción del marco normativo que les es propio. Se efectuará una exposición de las diferentes normas que contempla el ordenamiento jurídico administrativo militar chileno, a saber, constitucionales, legales y reglamentarias, entregando una visión sistémica sobre la materia, validando la existencia de principios propios del mundo militar, diferenciados y específicos con relación a la Administración Civil del Estado, derivados de las especiales características de estas instituciones y del régimen de sujeción especial militar en el que ejercen su función.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹⁴⁷ Asimismo, este carácter militar de la relación de sujeción especial, también trae consecuencias en relación a la limitación de los derechos electorales, en cuanto a las causas de inelegibilidad e incompatibilidad con los cargos de diputados y senadores. Los militares profesionales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo de acuerdo al artículo 70.1.e) de la Constitución carecen de tal compatibilidad electoral.

1.2.1. La Ley Orgánica de la Defensa Nacional y la Organización Militar en España.

Desde la promulgación en 1980 de la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 1/1984 de 5 de enero, han cambiado profundamente el marco internacional de referencia y la propia sociedad española sin que se haya alterado, básicamente, el modelo organizativo de las Fuerzas Armadas. Esta circunstancia demanda incluir en la Ley, misiones que no estaban recogidas expresamente en esta normativa.¹⁴⁸

La promulgación de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, da respuesta a esta necesidad de actualización de contenidos, al establecer una nueva organización que diferencia con claridad la estructura orgánica y la operativa; la primera, bajo responsabilidad de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, encargada de la preparación de la fuerza; la segunda, cuyo mando recae en el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, encargada de su empleo y el desarrollo de la acción conjunta y combinada.

Este nuevo modelo, deja sin efecto la organización territorial, aunque con fines de presentación y colaboración con las Administraciones Públicas, se mantiene una representación institucional.

Además de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, existen diversos cuerpos normativos que perfilan y concretizan la Administración Militar, tanto en sus aspectos organizativos, como de personal, bienes y jurisdicción, constituyendo su grupo normativo, que también han sido objeto de modificación y adecuación.

¹⁴⁸ Exposición de Motivos, Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

Como resultado de esta actualización, se han dictado las siguientes normas: Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y finalmente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, que viene a dar cumplimiento a la ley orgánica de defensa de 2005.

Este proceso reformador, también ha servido para regular otras áreas. En efecto, los militares pueden constituir y formar parte de asociaciones, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. La remisión que efectuaba a las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, es sustituida por la Ley 9/2011, de 27 de Julio, en la que se establecen las especialidades del derecho de asociación con fines profesionales fundamentándose en los artículos 8, 22 y 28 de la Constitución, con la interpretación que se deriva de la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2001, de 31 de octubre.

Asimismo, previamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, alcanza asimismo a los militares, proscribiendo cualquier discriminación por razón de sexo o género. Por otra parte, de manera específica en el ámbito de las Fuerzas Armadas, se respeta y protege el derecho a la libertad religiosa que se ejercerá de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sin perjuicio de la asistencia religiosa que se debe garantizar por el Gobierno de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de la carrera militar y que se encuentra regulada en el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.¹⁴⁹

¹⁴⁹ B.O.E. del 21 de septiembre.

En este nuevo contexto normativo, las Fuerzas Armadas integradas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, se mantienen como el elemento esencial sobre el que descansa la defensa territorial de España. Sus misiones —definidas en el artículo 8 de la Constitución y desarrolladas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 5/2005, — consisten principalmente en garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

Además de estas misiones tradicionales, se agregan aquellas en que las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria. En el orden interno, las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente. Finalmente la ley orgánica de defensa, le entrega a las Fuerzas Armadas la atribución de competencia para llevar a cabo misiones de evacuación de residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad de un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.

Las bases de la organización de la Administración Militar, encuentran en esta norma legal orgánica su regulación sustantiva, tras definir la Política de Defensa como aquella que tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, el Estado Social y Democrático de Derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España; y que asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España (art.2).

Al respecto señala MATAMOROS MARTÍNEZ, que “Las Fuerzas Armadas constituyen, pues, una estructura singular dentro del conjunto de la Administración del Estado; esa singularidad deriva, fundamentalmente, de un doble elemento: – La relevancia constitucional de la organización, que aparece delimitada en el artículo 8 y mencionada en los artículos 28.1 y 29.2 de nuestra Ley Fundamental (CE). – Y el desempeño de funciones específicas, diferenciadas de las que con carácter general se atribuyen a las Administraciones Públicas. Compete, en efecto, a éstas «[servir] con objetividad los intereses generales ... de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho» (art. 103.1 CE); las Fuerzas Armadas, por su parte, «tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (art. 8.1 CE).¹⁵⁰

Agrega el autor, que “Es común en la doctrina emplear indistintamente las locuciones Fuerzas Armadas y Administración militar para designar a esa organización institucional a la que antes se ha hecho referencia. Parecen inducir a ello dos artículos de la CE: – el 97, a cuyo tenor «el Gobierno dirige ... la Administración civil y militar»; – y el 26, que prohíbe «los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil», en contraposición implícita a una Administración militar que estaría constituida por las Fuerzas Armadas. La propia CE, sin embargo, parece diferenciar entre ambos conceptos; al desgranar, en su artículo 149.1, las competencias exclusivas del Estado, separa la relativa a «Defensa y Fuerzas Armadas» (que ocupa el núm. 4º) de la consistente en determinar «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (en el núm. 18º). Más claramente, la LODN describe dos círculos concéntricos: a) El Ministerio de Defensa, que «es el departamento de la Administración General del Estado al que

¹⁵⁰ MATAMOROS MARTÍNEZ, R. Las reales ordenanzas para las fuerzas armadas: aspectos estructurales, Cuaderno Práctico N° 3, Enero-Abril 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, p.6, en file:///C:/Downloads/cuaderno_practico_derecho_3.pdf

corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno, la obtención y gestión de los recursos humanos y materiales para ello, así como la realización de cuantos cometidos sean necesarios para el cumplimiento de las misiones que se asignen a las Fuerzas Armadas» (art. 9.1). b) Las Fuerzas Armadas, que «son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire» (art. 10.1). Así, y en consonancia con los postulados del artículo 8.1 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997 (LOFAGE)¹⁵¹, a cuyo tenor «la Administración General del Estado se organiza en Ministerios, comprendiendo cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa», cabría concluir que la Administración militar es la encargada de desarrollar la función administrativa de defensa y se encarna en el Ministerio homónimo.¹⁵²

Esta forma común, hoy incluso usual para describir la administración militar, no siempre fue la tesis mayoritaria, nos recuerda LÓPEZ RAMÓN que en el año 1987, cuando publicó su libro “La caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas, el objeto del estudio tiene fue precisamente mantener la tesis de que las Fuerzas Armadas, en el Estado de Derecho configurado por la Constitución española de 1978, son una parte de la Administración Pública Estatal. Señala este autor que “es posible que esa afirmación suscite en algunas personas una reacción de suficiencia, por considerarla evidente y aun poco original. Por suerte, lo segundo es, en buena medida, cierto: no resulta difícil encontrar juristas, sobre todo entre los vinculados a la especialidad de Derecho Administrativo, que incluyen a las Fuerzas Armadas dentro de la Administración. Sin embargo, por desgracia, la primera crítica parece menos segura, puesto que la pretendida

¹⁵¹ Norma derogada, con efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10566.

¹⁵² Ibid, p. 7.

evidencia de una consideración administrativa de las Fuerzas Armadas choca con importantes objeciones históricas, con ciertos planteamientos corporativos y aun con algunas concepciones doctrinales, determinando la existencia de una textura ideológica, no rebatida adecuadamente, frente a la cual ya no resulta tan innecesario esforzarse en demostrar la exactitud de una tesis no original”.¹⁵³

La consagración de esta tesis administrativa de las Fuerzas Armadas, señala LÓPEZ RAMÓN, “se encuentra explícitamente afirmada en el artículo 97 de la Constitución, según el cual, “el Gobierno dirige ... la Administración civil y militar”.

El precepto distingue dos grandes sectores de actuación administrativa, sin que de esa diferenciación pueda obtenerse la conclusión de que se identifican dos Administraciones Públicas. Hay una sola Administración Pública del Estado, como se pone de relieve en la mención unitaria del artículo 103 de la propia Constitución.

¹⁵³ Agrega además que: “La naturaleza administrativa de las Fuerzas Armadas – tesis hacia la que trabajosamente se camina en este capítulo – da pauta explicativa, ciertamente, de la corrección jurídica de estas funciones, encomendadas a las Fuerzas Armadas al margen del artículo 8.1 de la Constitución. Una adecuada comprensión de esa naturaleza administrativa se refleja en el contenido del Decreto 1125/1976. Las competencias de reacción frente a la catástrofe son ejercidas por las autoridades gubernativas (artículo 2 y 3), a las que permite solicitar, por ciertos conductos, el apoyo de unidades militares (artículo 3.4 y 5 que deberán entenderse de conformidad con los artículos 16.f) de la Ley de Protección Civil y 10.1 y 2 del Decreto 1378/1985), pero cuidándose la norma de advertir que “la responsabilidad de todas las medidas a adoptar ante cualquier emergencia ... es siempre y en todo caso de las autoridades gubernativas correspondientes “ (artículo 4)

Queda así entendido que la intervención no armada de los ejércitos en situaciones catastróficas es una función auxiliar, distinta de aquellas funciones que típicamente les atribuye el artículo 8.1 de la Constitución. Una función que podría reducirse, aunque parezca difícil de eliminar, potenciando la capacidad de reacción de la Administración Civil “. LÓPEZ RAMÓN, F. La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas, cit. p.. 332.

Los términos “Administración militar” incluyen a las Fuerzas Armadas. No parece posible, en efecto, reducir el significado de la Administración militar a las estructuras ministeriales de la Administración del Estado, es decir, en la actualidad, al Ministerio de Defensa. En todo caso, si se realizara tal operación, habría que ofrecer una explicación convincente de lo dispuesto, a sensu contrario, en los artículos 25.3 y 26 de la Constitución y, además, una caracterización convincente de unas Fuerzas Armadas entendidas como “algo más” que simple Administración.

Los artículos 25.3 y 26 de la Constitución prohíben a la “Administración civil”, respectivamente, “imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” y organizar “tribunales de honor”. A sensu contrario, suele entenderse que en el ámbito de la Administración militar”, están permitidas las sanciones privativas de libertad y los tribunales de honor, aunque en este último caso, con las restricciones derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la Constitución. Ahora bien, si la “Administración militar” queda reducida a la estructura ministerial, sin incluir a las Fuerzas Armadas, tendrá que explicarse la profunda diferenciación que, en tal caso, afectaría únicamente al personal burocrático del Ministerio y no, precisamente, al personal militar. En ausencia de esa explicación convincente, debe pues entenderse que la “Administración militar” comprende las Fuerzas Armadas, aplicándose a los componentes de éstas la posibilidad de sanciones administrativas privativas de libertad y de tribunales de honor ex artículos 25.3 y 26 de la Constitución”, aspecto que abordaremos en el tratamiento particular de los derechos fundamentales, en capítulo XI destinado a la libertad personal.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Ibid., p. 377.

1.3.La organización de la administración militar española.

La Ley Orgánica de Defensa Nacional en su artículo primero señala que su objetivo es regular la defensa nacional y establecer las bases de la organización militar conforme a los principios establecidos en la Constitución, continuando en su Título I con las atribuciones de los poderes del Estado, describiendo las funciones del Rey, las Cortes Generales y del Gobierno.

1.3.1. El Rey.

En cuanto al desarrollo de la Organización Militar, señala en primer término, que corresponde al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art.3). Esta disposición legal desarrolla en plena concordancia el mandato del artículo 62 h) de la Constitución Española, que atribuye al rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Cabe hacer presente que el Rey tiene el empleo militar de capitán general del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, máximo rango militar que le corresponde en exclusiva como mando supremo de las Fuerzas Armadas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

El mando supremo de las Fuerzas Armadas por el Rey, es una institución que asume un contenido histórico y normativo que ensambla un contenido competencial y de actuación poco común en una monarquía constitucional. Señala JAVIER FERNÁNDEZ que es uno de los puntos que mayor atención suscitó entre

los profesionales de las Fuerzas Armadas en los debates del texto constitucional.¹⁵⁵

Agrega, que “según la normativa vigente, y la realidad del régimen, el general Franco era el mando supremo de las FAS. Así lo regulaba el artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado: “El jefe del Estado {...} ejerce el mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire”. Una interpretación correcta de este precepto, en relación con el resto del ordenamiento jurídico, no ofrece duda alguna: se trata de un mando real, efectivo, tenía un mando técnico militar. Cuando don Juan Carlos es proclamado Rey y asume la jefatura del Estado, también asume el mando de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y así será hasta la entrada en vigor de la Constitución. La redacción del apartado octavo del artículo 62 de ésta parte parece continuar con dicho mando: “Corresponde al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas”, sin embargo una interpretación de este precepto con el resto del articulado nos ofrece un resultado muy distinto. La doctrina mayoritaria en el estudio de este mando constitucional del Rey sobre las FAS concluye que no se trata de un mando efectivo, técnico, militar, sino de un mando de carácter político, simbólico, debiendo ser considerada esta función regla como el resto, precisada de refrendo y correspondiendo la responsabilidad del acto al refrendante y la decisión al órgano del Estado que así determine la Constitución, en este caso al Gobierno. Una Parte de la doctrina, muy minoritaria, hace otra interpretación, pretendiendo atribuir al Rey cierta posibilidad de mando efectivo.”¹⁵⁶

¹⁵⁵ Respecto de la importante misión del Rey en su estrecha relación con las Fuerzas Armadas, puede consultarse: FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., El Rey y otros militares. Los militares en el cambio de régimen político en España (1969 – 1982), Trotta, 1998, p. 136.

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., ob. cit. p. 136.

El autor, finalmente se adhiere a la tesis mayoritaria,¹⁵⁷ al sostener que la aprobación y posterior entrada en vigor de la Constitución, supuso un gran cambio para España. Conforme a él, señala FERNÁNDEZ, don Juan Carlos debió adaptarse a la nueva situación: por un lado, vaciamiento de poderes efectivos, por otro, obtención de la legitimidad democrática, la única importante ya.¹⁵⁸

No obstante lo expuesto, parece necesario analizar algunos aspectos del problema interpretativo también con la perspectiva de la historia, en especial hitos como la actuación del Rey el 23-F.

1.3.2. El Gobierno.

Se indica que al Gobierno le corresponde determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración Militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional (art. 5).

1.3.3. El Presidente del Gobierno.

El Presidente del Gobierno, como órgano de la estructura de la administración militar, le corresponde la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa, la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza y ejercer su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., ob. cit. p. 214.

Asimismo, en el marco de la política de defensa, le corresponde de forma específica formular la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo, definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, así como formular las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa, determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte y ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas. Lo anterior, sin perjuicio de ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias (art.6).

1.3.4. El Ministro de Defensa.

El Ministro de Defensa, como colaborador directo del Presidente del Gobierno, debe ejercer las competencias que le asignan las leyes reguladoras del Gobierno y de la Administración General del Estado, además de desarrollar y ejecutar de la política de defensa. Asimismo y de forma específica, le corresponde asistir al Presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares, dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno, determinar y ejecutar la política militar, dirigir, como miembro del Gobierno, la administración militar y desarrollar las directrices y disposiciones reglamentarias que adopte el Consejo de Ministros. Sin perjuicio de ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias (art.7).

1.3.5. El Consejo de Defensa Nacional.

Seguidamente, la normativa de defensa señala la creación del Consejo de Defensa Nacional, conceptualizándolo como un órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa, en la dirección de conflictos armados y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y, de forma general, en las demás funciones previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Defensa (art.8).

Además, de esta función de asistir al Presidente del Gobierno, le corresponde también emitir informe sobre las grandes directrices de la política de defensa y ofrecer al Gobierno propuestas sobre asuntos relacionados con la defensa que, afectando a varios Ministerios, exijan una propuesta conjunta. Asimismo, le corresponde la propuesta del Presidente del Gobierno, informar en Consejo pleno al Rey.

Este Consejo a iniciativa del Presidente del Gobierno, podrá funcionar en pleno y como consejo ejecutivo.

El Consejo de Defensa Nacional en pleno tendrá la siguiente composición:

a) El Presidente del Gobierno, que lo presidirá, salvo cuando el Rey asista a las reuniones del Consejo en pleno.

El Consejo de Defensa Nacional en pleno informará al Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. Cuando el Rey asista a las reuniones del Consejo, lo presidirá

b) Los Vicepresidentes del Gobierno.

c) Los Ministros de Defensa, del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Economía y Hacienda.

d) El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

- e) Los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.
- f) El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- g) El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

El Consejo Ejecutivo tendrá la siguiente composición:

- a) El Presidente del Gobierno, que lo presidirá.
- b) Los Ministros de Defensa, del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- c) El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.
- d) El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.
- e) El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Podrán ser convocados, en función de la naturaleza de los asuntos que se traten, tanto al Pleno como al Consejo Ejecutivo, el resto de los miembros del Gobierno. Asimismo podrán ser convocados al Consejo Ejecutivo otros miembros del Pleno del Consejo. También podrán ser convocadas al Consejo de Defensa Nacional otras autoridades o cargos de la Administración General del Estado.

Las autoridades o cargos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía, deberán ser convocados cuando se estime oportuno. Igualmente podrán ser convocadas autoridades de los gobiernos locales o aquellas personas cuya contribución se considere relevante.

Para el ejercicio de sus funciones, el Consejo contará con la Comisión Interministerial de Defensa, adscrita al Ministerio de Defensa, como órgano de trabajo permanente.

El régimen de funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa, se determinarán reglamentariamente.

1.3.6. Las Fuerzas Armadas.

Las Fuerzas Armadas son el elemento esencial de la defensa y constituyen una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes: el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire (art. 10.1).

Organización.

La organización de las Fuerzas Armadas deberá posibilitar el cumplimiento de las misiones que se le encomienden en el marco específico, conjunto y combinado, de forma que se asegure la eficacia en la ejecución de las operaciones militares (art.10.2).

Organización básica.

Las Fuerzas Armadas se organizan en dos estructuras: una orgánica, para la preparación de la fuerza, y otra operativa, para su empleo en las misiones que se le asignen (art. 11.1).

La estructura orgánica posibilitará la generación de la estructura operativa. Se establecerá mediante criterios de funcionalidad basados en los medios y formas propias de acción del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y en una organización homogénea de éstos (art.11.2).

La estructura operativa, establecida para el desarrollo de la acción conjunta y combinada, se organizará con arreglo al principio de unidad de mando y a los criterios necesarios para la consecución de la máxima capacidad operativa (art.11.3).

Eficacia y economía de medios.

Para alcanzar el funcionamiento de ambas estructuras con criterios de eficacia y economía de medios, se unificarán los servicios cuyos cometidos no deban ser exclusivos de un ejército y se organizarán de manera centralizada la logística común y la adquisición de recursos.

El personal.

Los miembros de las Fuerzas Armadas se integrarán o adscribirán a distintos cuerpos, de acuerdo con los cometidos que deban desempeñar. Estos cuerpos podrán ser específicos de los ejércitos o comunes de las Fuerzas Armadas (art. 10.3).^{159 160}

¹⁵⁹ El cuerpo matriz que regula el régimen del personal militar es Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Además existen las siguientes normas: Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y finalmente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, que viene a dar cumplimiento a la ley orgánica de defensa de 2005.

¹⁶⁰ Señala MATAMOROS MARTÍNEZ en esta materia en cuanto al carácter de empleo público de la función militar que “Denomina el artículo 103.3 de la CE funcionarios públicos a los empleados estatutarios de las Administraciones Públicas, defiriendo a la ley (ordinaria) la regulación de su régimen. Sin embargo, la ubicación constitucional del estatuto de los miembros de las Fuerzas Armadas se encuentra en otros preceptos: – el repetido artículo 8; el 28.1, que permite que por ley se limite o exceptúe el derecho de sindicación a los componentes de las Fuerzas o Institutos u otros Cuerpos sometidos a disciplina militar, a la vez que lo reconoce, con peculiaridades en su ejercicio, a los funcionarios públicos; – y, en fin, el 29.2, que excluye del ejercicio colectivo del derecho de petición (que a todos los demás españoles reconoce su apartado 1) a los miembros de las Fuerzas o Institutos armados y de los Cuerpos sometidos a disciplina militar. De forma coherente con el planteamiento constitucional, el Estatuto Básico del Empleado Público, de 2007

El Estado Mayor de la Defensa.

El Estado Mayor de la Defensa constituye el órgano auxiliar de mando y apoyo al Jefe de Estado Mayor de la Defensa. Se organizará de forma que permita la definición y el desarrollo de la estrategia militar, el planeamiento y conducción de las operaciones militares y el ejercicio del resto de sus competencias (art. 12.1).

El Jefe de Estado Mayor de la Defensa.

El Jefe de Estado Mayor de la Defensa ejercerá el mando del Estado Mayor de la Defensa, en cuya organización contará con un Cuartel General y un Mando de Operaciones subordinado. Cuando cualquier circunstancia le impida ejercer

(EBEP), tras declarar en su artículo 1.1. que «tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos», excluye de esta categoría, entre otros, al «personal militar de las Fuerzas Armadas», al que «las disposiciones de[] Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su regulación específica», según precisa en el inciso inicial y la letra d) el artículo 4. Habría que concluir que es inexacto –aunque resulte descriptivo, sobre todo en el ámbito coloquial– calificar al militar de funcionario público, pues, en rigor, sólo lo son aquellos empleados o servidores públicos sometidos plenamente al EBEP. Los miembros de las Fuerzas Armadas son, ciertamente, empleados públicos, personal estatutario de la Administración General del Estado, pero, como señala PARADA, constituyen, al igual que otras clases de servidores públicos, un grupo de «empleados públicos estatales con legislación específica». MATAMOROS MARTÍNEZ, Las reales ordenanzas para las fuerzas armadas: aspectos estructurales, art. cit., pp. 8-9. Agrega el autor que “Entendemos por estatuto el conjunto de normas que configuran la relación jurídica existente entre el empleado público y la Administración a la que sirve. Dentro de este complejo, que se construye –o debe construirse– para posibilitar con la mayor eficacia el desempeño del servicio público encomendado a los servidores públicos de los que se trate, pueden diferenciarse tres parcelas fundamentales: - las reglas de actuación, - el régimen del personal, y - el régimen disciplinario.”... El especial estatuto de los militares es, no se olvide, consecuencia de la relevancia de las misiones que se encomiendan a las Fuerzas Armadas, que, por ello, quedan configuradas como una organización institucional dentro de la Administración General del Estado.”. Ibid, pp.9-10.

temporalmente el cargo, le sustituirá en sus funciones, con carácter accidental, el Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada o del Ejército del Aire de más antigüedad (art. 12.2).

Funciones y atribuciones.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 5/2005, corresponden al Jefe de Estado mayor de la defensa las siguientes funciones y competencias:

a) La función de asesoramiento militar al Presidente del Gobierno y al Ministro de Defensa, a los que auxiliará en la dirección estratégica de las operaciones militares.

b) Ejercer, bajo la dependencia del Ministro de Defensa, el mando de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas y la conducción estratégica de las operaciones militares.

c) Asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas. A tal fin, podrá supervisar la preparación de las unidades de la fuerza y evaluar su disponibilidad operativa.

d) Proponer al Ministro de Defensa las capacidades militares adecuadas para ejecutar la política militar.

e) Elaborar y definir la estrategia militar.

f) Establecer las normas de acción conjunta de las Fuerzas Armadas y contribuir a la definición de las normas de acción combinada de fuerzas multinacionales.

g) Por delegación del Ministro de Defensa, podrá ejercer la representación militar nacional ante las organizaciones internacionales de Seguridad y Defensa.

Además de las funciones y atribuciones antes indicadas, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, le corresponden funciones de coordinación con las jefaturas de las Fuerzas Armadas. Para ello, al efectuar dicha coordinación, impartirá directrices a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del

Ejército del Aire, para orientar la preparación de la Fuerza, con el objeto de asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas (12.4).

Estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y estructura operativa común de los ejércitos.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 5/2005, el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire componen la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y aportan las capacidades básicas para su estructura operativa.

De este modo cada uno de ellos está compuesto por:

a) **El Cuartel General**, constituido por el conjunto de órganos que encuadran los medios humanos y materiales necesarios para asistir al Jefe de Estado Mayor en el ejercicio del mando sobre su respectivo Ejército.

b) **La Fuerza**, establecida como el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares. En su ámbito, se llevará a cabo el adiestramiento, la preparación y la evaluación de sus unidades y se realizarán, en tiempo de paz, las misiones específicas permanentes que se le asignen.

c) **El Apoyo a la Fuerza**, entendido como el conjunto de órganos responsables de la dirección, gestión, administración y control de los recursos humanos, materiales y financieros, asignados a cada uno de los Ejércitos. En su ámbito se dirigirá y se controlará el mantenimiento de la Fuerza y se llevarán a cabo las actividades del apoyo logístico que posibilitan la vida y funcionamiento de las unidades, centros y organismos.

Jefatura y ejercicio del mando de los ejércitos.

Los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire ejercerán, bajo la autoridad del Ministro de Defensa, el mando de su respectivo Ejército.

Cuando cualquier circunstancia les impida ejercer temporalmente el cargo, les sustituirán en sus funciones, respectivamente, con carácter accidental, el Oficial General en servicio activo más antiguo de los que le estén subordinados en su estructura orgánica (art.13.2).

Funciones y atribuciones de los Jefes de Estado Mayor.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley Orgánica 5/2005, los jefes de Estado Mayor de cada uno de los ejércitos tendrán dentro de su ámbito competencial las siguientes funciones y atribuciones:

a) Desarrollar la organización, de acuerdo con lo dispuesto por el Ministro de Defensa, así como instruir, adiestrar, administrar, proporcionar apoyo logístico y velar por la motivación, disciplina y bienestar de su respectivo Ejército para mantener en todo momento la máxima eficacia, de acuerdo con los recursos asignados.

b) Desarrollar y ejecutar las misiones que, en tiempo de paz, tengan asignadas con carácter permanente.

c) Garantizar la adecuada preparación de la Fuerza de su respectivo Ejército para su puesta a disposición de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas.

d) Asesorar al Jefe de Estado Mayor de la Defensa en el empleo de las unidades de su Ejército, así como en la elaboración y formulación de los aspectos específicos de sus respectivas capacidades.

e) Velar por los intereses generales del personal militar bajo su mando, tutelando en particular el régimen de derechos y libertades derivado de la norma constitucional y de su desarrollo legal.

1.3.7. Jurisdicción militar.

Orgánica, naturaleza y funciones.

De acuerdo al artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2005, los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares.¹⁶¹

1.3.8. Misiones de las Fuerzas Armadas.

Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Constitución, tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art.15.1).

Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las

¹⁶¹ DOIG DÍAZ, YOLANDA, *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho*, publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003. Para consultar más bibliografía sobre este tema, véase en especial pp. 377 y ss.

que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria (art.15.2).

Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente (art.15.3).

4. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses (art.15.4).

Tipos de operaciones.

El artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005, nos señala que el cumplimiento de las misiones de las Fuerzas Armadas y el desarrollo de su contribución complementaria o subsidiaria de interés público requieren realizar diferentes tipos de operaciones, tanto en territorio nacional como en el exterior, que pueden conducir a acciones de prevención de conflictos o disuasión, de mantenimiento de la paz, actuaciones en situaciones de crisis y, en su caso, de respuesta a la agresión. En particular, las operaciones pueden consistir en:

a) La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.

b) La colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un

país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.

c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.

d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.

e) La colaboración con las diferentes Administraciones Públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.

f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.

g) Condiciones, autorización y controles para la realización de operaciones en el exterior, que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional.

Cuando las Fuerzas Armadas españolas deban cumplir este tipo de misiones en el extranjero, además de los supuestos y condiciones que deben existir para su realización, es necesario contar con la autorización del Congreso de

los Diputados. La Ley Orgánica 5/2005 en su artículo 17 dispone expresamente este requisito de actuación para el ejercicio de sus funciones.

Condiciones de las misiones en el exterior.

El artículo 19 de la citada ley orgánica, dispone que las operaciones en el exterior para enmarcarse dentro de las funciones de las Fuerzas Armadas, deberán cumplir las siguientes condiciones:

a) Que se realicen por petición expresa del Gobierno del Estado en cuyo territorio se desarrollen o estén autorizadas en Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o acordadas, en su caso, por organizaciones internacionales de las que España forme parte, particularmente la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), en el marco de sus respectivas competencias.

b) Que cumplan con los fines defensivos, humanitarios, de estabilización o de mantenimiento y preservación de la paz, previstos y ordenados por las mencionadas organizaciones.

c) Que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas y que no contradigan o vulneren los principios del derecho internacional convencional que España ha incorporado a su ordenamiento, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución.

El procedimiento.

El procedimiento para obtener dicha autorización con consulta previa o procedimiento de urgencia y ratificación, se realiza en la forma que a continuación se indica:

1. Para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional, el Gobierno realizará una consulta previa y recabará la autorización del Congreso de los Diputados.

2. En las misiones en el exterior que, de acuerdo con compromisos internacionales, requieran una respuesta rápida o inmediata a determinadas situaciones, los trámites de consulta previa y autorización se realizarán mediante procedimientos de urgencia que permitan cumplir con dichos compromisos.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, cuando por razones de máxima urgencia no fuera posible realizar la consulta previa, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados, lo antes posible, la decisión que haya adoptado para la ratificación, en su caso.

Seguimiento de las operaciones.

El Gobierno informará periódicamente, en un plazo en ningún caso superior a un año, al Congreso de los Diputados sobre el desarrollo de las operaciones de las Fuerzas Armadas en el exterior (art. 18).

1.3.9. Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

Las obligaciones, normas de conductas, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar.

Estas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas en 1978 y las actuales contenidas en el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, describen la institución militar, establecen el perfil de quienes la integran, refieren las estructuras internas, las funciones, los derechos y deberes del militar.

Se indica en las disposiciones generales de este Real Decreto, que “históricamente se denominaba «ordenanzas» a un conjunto de normas que sistematizaban el régimen de los militares en sus variados aspectos. Singular importancia tuvo la promulgación de las que sirvieron de guía para la vida y funcionamiento del Ejército y la Armada durante más de dos siglos. Para la Armada, las Ordenanzas de 1748 de Fernando VI que establecían el gobierno militar, político y económico de su Armada Naval y las Ordenanzas sobre la gobernación militar y marinera de la Armada promulgadas por Carlos IV en 1793. En el Ejército, las dictadas por Carlos III en 1768 para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, de aplicación desde 1769 también a la Armada, en lo que fuesen compatibles con las suyas propias. Los artículos de estas ordenanzas que seguían vigentes, también fueron adoptados por el Ejército del Aire desde su creación.”.¹⁶²

Constituyen la regla moral de la institución militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros, estos últimos hoy regulados por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El RD 96/2009, en este sentido precisa que las ordenanzas, además de regular aspectos de muy diversa índole, plasmaban principios éticos que debían presidir el

¹⁶² Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

comportamiento de los militares y algunas de ellas perduraron en el tiempo como acervo común de los militares españoles y elemento esencial en la formación de su espíritu militar y manera de actuar en la vida cotidiana y en el combate.¹⁶³

Su objeto preferente es exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a la patria y el honor, la disciplina y el valor. Expresan que la defensa nacional es deber de todos los españoles, pues la razón de ser de los ejércitos es la defensa militar de España y su misión garantizar su soberanía e independencia, defendiendo la integridad territorial y el ordenamiento constitucional, lo cual se llevará a cabo bajo el mando supremo.

Otras disposiciones señalan las características de las Fuerzas Armadas como institución disciplinada, jerarquizada y unida para conseguir eficacia en su acción, dando primacía a los valores morales y a la herencia que les corresponde como depositarios de una gloriosa tradición militar.

En los inicios de la etapa constituyente, y en lógica adaptación al cambio político y social que se estaba produciendo en España, se puso en marcha el proceso de revisión de las antiguas ordenanzas, que culminó con la promulgación de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.¹⁶⁴

Su primer objetivo fue acomodarse a la Constitución y al marco democrático de un Estado de derecho, con la forma de Monarquía parlamentaria, que asegura el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

¹⁶³ RD 96/2009, cit.

¹⁶⁴ RD 96/2009, cit

Constituyeron un hito fundamental en el proceso de reforma de las Fuerzas Armadas para, sin perder los valores tradicionales que les son intrínsecos, adaptarse a la nueva realidad de la sociedad española y a su integración en el marco internacional de referencia, siendo de aplicación general al conjunto de los ejércitos.

Posteriormente, tras la configuración del régimen de carrera profesional de los militares en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, recogiendo el mandato del artículo 20 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, se han establecido las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, que deben ser desarrolladas mediante real decreto en unas nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Por lo que respecta al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, supuso un importante avance al referirse a los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución sin otras limitaciones que las legalmente establecidas. Éstas fueron plasmadas en la propia Constitución y en las leyes orgánicas posteriores, las cuales han tenido muy presente principios de las Reales Ordenanzas como son las características de las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad y el deber de neutralidad política.¹⁶⁵

En consecuencia, las presentes Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y

¹⁶⁵ RD 96/2009, cit.

en la Ley de la carrera militar, conforman un código deontológico, compendio de los principios éticos y reglas de comportamiento del militar español.¹⁶⁶

En cuanto al contenido del RD 96/2009, cabe señalar que en el título preliminar, además de concretar el ámbito de aplicación, se hace referencia al deber fundamental del militar en la defensa de España, a su actuación como servidor público, al juramento o promesa ante la bandera, al respeto a los símbolos de la Patria y a las características indispensables en las Fuerzas Armadas de disciplina, jerarquía y unidad. También se ha querido destacar desde el inicio de las Reales Ordenanzas, el respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos inviolables, así como la importancia del principio de igualdad de género.¹⁶⁷

A continuación del título preliminar se incluyen los referidos al militar, a la disciplina y a la acción de mando como títulos I, II y III respectivamente. En todos ellos se establecen reglas de comportamiento de aplicación general sin distinciones por categorías y empleos militares ni por el ejercicio de cargos o destinos concretos. Este criterio se pone claramente de manifiesto en la generalización para todo militar de preceptos anteriormente dedicados al oficial y al cabo, al representar una síntesis del espíritu militar y la forma de entender y ejercer el mando en las Fuerzas Armadas españolas.¹⁶⁸

De igual forma, se mantienen por su tradición, artículos de la Ley 85/1978, que procedían de las ordenanzas de Carlos III. Junto a ellos figuran conceptos y

¹⁶⁶ RD 96/2009, cit.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

principios que son especialmente asumidos por la sociedad española y que han sido recogidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y en la actualidad sustituido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley.¹⁶⁹

Respecto a la función operativa el título IV, denominado «de las operaciones», se divide en diferentes capítulos para referirse a las distintas misiones de las Fuerzas Armadas. A la hora de establecer las pautas de comportamiento del militar, se han considerado cada una de esas misiones y los factores que influyen en su normal cumplimiento y, en consecuencia, se describe la respuesta que cada una de ellas requiere.¹⁷⁰

El título se cierra con un capítulo fundamental referido a la ética en las operaciones, que complementa la regla esencial, definida en la Ley de la carrera militar, en la que se destaca la importancia de hacer un uso gradual y proporcionado de la fuerza, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento que estén establecidas para las operaciones en las que se participe. Todo ello de acuerdo con los convenios internacionales ratificados por España y los principios del Derecho Internacional Humanitario.¹⁷¹

Las Reales Ordenanzas finalizan con el título V, que incorpora en capítulos diferenciados las funciones técnicas, logísticas y administrativas, imprescindibles para asegurar la capacidad operativa de las Fuerzas Armadas y contribuir al bienestar del personal, y la función docente, básica en la preparación profesional de los militares.¹⁷²

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

Actualmente, el sistema normativo de deberes y derechos se cierra con la Ley Orgánica 9/2011, de deberes y derechos de los miembros de las fuerzas armadas, que reenvía nuevamente a las Reales ordenanzas la regulación del comportamiento del militar, estableciendo en su disposición decimosexta que en el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, el militar cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones, agregando en su numeral 2, que las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar, con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley recogerán, con las adaptaciones debidas, el código de conducta de los empleados públicos.

2. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE.

2.1. La administración militar en Chile.

La Constitución Política del Estado de Chile, en su artículo 1º señala que el Estado está al Servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, asimismo que también es su deber resguardar la seguridad nacional.

Estos fines y deberes, en cuanto dicen relación a la función militar, se desarrollan en distintos preceptos de la Constitución y con preeminencia en su capítulo XI “Fuerzas Armadas, De Orden y Seguridad Pública”. En ese capítulo comienza la regulación jurídica de la Administración Militar Chilena. Los artículos 101 a 105 de nuestra carta fundamental, describen los aspectos esenciales de su constitución, organización, régimen de incorporación, nombramientos, ascensos y retiros.

Asimismo, en el rango de la legalidad orgánico constitucional, el artículo 1º inciso 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁷³, señala que las Fuerzas Armadas constituyen Administración del Estado, al igual que otros organismos públicos que allí se indican, fijando su conceptualización orgánica.

En el marco de este concepto básico de Administración del Estado, en el que aparecen las Fuerzas Armadas como integrantes de una definición de aplicación general, es plenamente concordante con su carácter de administración especial y su conceptualización posterior como Administración Militar. Precisamente por este motivo, el constituyente de 1980, en el artículo 105 de la Carta Fundamental, reenvía el desarrollo de las bases de la administración militar a una ley orgánica especial, lo cual no releva del cumplimiento de los principios comunes a las administraciones públicas que les son aplicables, en cuanto bases generales de la Administración del Estado.

En efecto, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575/1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, se refiere a las Fuerzas Armadas en sus artículos 1º y 21, disponiendo la plena aplicación de sus títulos I “Normas Generales” y III “De la Probidad Administrativa”, al colectivo militar.

Desde la perspectiva expuesta, la Administración Militar que, forma parte integrante de la Administración del Estado, sin perjuicio de la aplicación de los principios esenciales y comunes, contenidos en la Constitución Política y en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁷⁴, posee principios propios que le dan su especificidad frente a la Administración Civil, los cuales se normativizan en la propia Constitución, en la Ley N° 18.948/1990, Orgánica

¹⁷³ Ley 18.575/ 1986, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL 1/19653, D. Of. 17 de Noviembre de 2001, en adelante LOCBGAE.

¹⁷⁴ LOCBGAE, cit..

Constitucional de las Fuerzas Armadas y en los restantes componentes del ordenamiento jurídico militar chileno.¹⁷⁵

La Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948/1990, comienza su tratamiento específico y el desarrollo de la preceptiva Constitucional. Principios tales como el de servicio a la patria, disciplina, no deliberancia, obediencia debida y apoliticidad, conforman las notas distintivas una función pública que requiere mayores deberes y limitaciones a legítimos derechos, a fin de seguir una vocación que demanda, incluso, la vida si fuese necesario. Este deber se expresa claramente en el juramento de servicio a la patria y sus valores fundamentales, según lo dispone el artículo 1° de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas.

2.1.1. Bases Constitucionales de la Administración Militar.

El artículo 101 del texto Constitucional, dispone que las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están constituidos única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Indica, además, que las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y existen para la defensa de la Patria, son

¹⁷⁵ En esta materia puede consultarse: HUIDOBRO SALAS, R. "Derecho y Administración Militar en Chile", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 74, 2011, pp. 257 – 271.

esenciales para la seguridad Nacional y garantizan el orden constitucional de la República, de acuerdo al artículo 6º del texto fundamental.¹⁷⁶

Señala el Libro de la Defensa que “Para estos efectos, se organizan sobre la base de mandos superiores, organismos asesores y directivos, fuerzas operativas y de apoyo. En su calidad de cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. En un plano más específico, la misión general de las Fuerzas Armadas es coadyuvar al resguardo de la soberanía y el mantenimiento de la integridad territorial, así como proteger a la población, las instituciones y los recursos vitales del país frente a cualquier amenaza o presión externa. Además, cooperan con fuerzas militares de otros países en iniciativas bilaterales o multilaterales, siempre de acuerdo con el interés nacional. En función de aquellos fines, la labor de las Fuerzas Armadas es permanente y descansa fundamentalmente en el juramento de servicio a la patria y defensa de sus valores esenciales que cada uno de sus integrantes expresa al momento de ingresar a las filas, así como en el adecuado alistamiento del personal y del material de cada una de las instituciones militares.”.¹⁷⁷

Debe precisarse, que las bases constitucionales de las Fuerzas Armadas en la tradición jurídica chilena, no es un caso aislado y sólo relacionado con la Constitución Chilena de 1980. Como señalan CEA y MORALES “En la tradición constitucional de Chile constatamos que ya la Constitución de 1822 realizaba una referencia a lo que denominaba en su capítulo VIII la “Fuerza Militar”. Los artículos 235 a 238 de ese texto constitucional señalaban que les correspondía a los

¹⁷⁶ Función que ya no es exclusiva de estos cuerpos armados, sino corresponde a todos los órganos del Estado después de la Reforma Constitucional, materializada mediante el artículo 1º N° 2 de la Ley N° 20.050, D.O. de 26 de agosto de 2005. Este deber se mantiene en el artículo 1º de la ley 18.948/90, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

¹⁷⁷ MINISTERIO DE DEFENSA CHILE, Libro de la Defensa 2010, p. 242, en http://www.defensa.cl/media/2010_libro_de_la_defensa_5_Parte_Los_Medios_de_la_Defensa_Nacional.pdf

Poderes Legislativo y Ejecutivo acordar “el número de tropas que se necesiten para la defensa del Estado”, tanto las fuerzas terrestres como marítimas. El mismo texto constitucional hacía luego mención de las “milicias nacionales”, fuerzas compuestas por los habitantes de cada departamento. En ninguno de los dos casos expresaba cuáles eran las características de estas fuerzas, ni sus misiones. Una situación similar constatamos en la Constitución de 1823, que en su artículo 18, dentro de las facultades exclusivas del Director Supremo, señalaba la de “Organizar y disponer las fuerzas de mar y tierra, con arreglo a la ley”.¹⁷⁸

Agregan los autores, “Pero esta Carta Fundamental avanza aún más, al contener un capítulo XX denominado “De la Fuerza Pública”. En su artículo 225 expresaba: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”. De esta manera se produce por primera vez una mención directa a la tarea que el constituyente otorga a la fuerza militar, tanto para fines internos como frente a los demás países. Y luego, en su artículo 226, se realiza la primera declaración constitucional de una de las características más distintivas de la regulación normativa de los institutos armados: su carácter de cuerpos obedientes y no deliberantes.”¹⁷⁹

Por otra parte, MARISOL PEÑA ha sostenido que “La regulación previa a la Constitución Política de 1980 contenía escasas referencias a las Fuerzas Armadas. De hecho, nuestros primeros documentos constitucionales se limitaban a considerar las atribuciones que el Presidente de la República o el Congreso Nacional, en su caso, podían ejercer en materias militares. Dichas Cartas, no

¹⁷⁸ CEA CIENFUEGOS, S. y MORALES, P. Las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República de Chile, en 2014 Derecho Público Iberoamericano, N° 5, [octubre 2014], p.212, en <http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2015/10/Sergio-Cea-Cienfuegos-y-Patricio-Morales-Contardo-Las-Fuerzas-Armadas-en-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Rep%C3%BAblica-de-Chile.pdf>

¹⁷⁹ Ibid, pp. 212-213.

contenían, sin embargo, referencias a las misiones o a las características de las Fuerzas Armadas. Recién, en la Constitución Política de 1823, se incluye un Título especial -el Título XX- destinado a regular a la Fuerza Pública. En él -y a diferencia de los textos precedentes- se le confía la misión de velar por la seguridad interior y la defensa exterior (Art. 225). Asimismo se señalan las características de la Fuerza Pública como esencialmente obediente y no deliberante (Art. 226). Las aludidas características se mantienen inalterables bajo las Constituciones de 1833 (Art. 157) y de 1925 (Art. 22) hasta que la reforma constitucional de 9 de enero de 1971 las complementa, agregando los rasgos de profesionales, jerarquizadas y disciplinadas. Mientras que las Constituciones posteriores a la de 1823 mantuvieron -como se ha expresado- la mención a las características aplicables a los institutos armados, no ocurrió lo mismo con las misiones que el constituyente de 1823 les había confiado. La Constitución de 1980 retoma, pues, la tradición iniciada en 1823 y precisa las misiones o atribuciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros siguiendo, de esta forma, una tendencia evidente del constitucionalismo contemporáneo.”¹⁸⁰

El artículo 102 de nuestra Carta fundamental, establece que la incorporación a las Plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas sólo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la Ley. Disponiendo el art. 105 que los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, se efectuarán por Decreto Supremo, en conformidad a la ley Orgánica Constitucional correspondiente¹⁸¹. Históricamente como antecedente, la carta de

¹⁸⁰ PEÑA TORRES, M. Funciones de las Fuerzas Armadas Y del Consejo De Seguridad Nacional en Chile y Propuestas de Reforma Constitucional. *Ius et Praxis*[online]. 2002, vol.8, n.1 [citado 2016-03-20], pp. 95-116. Disponible: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100008>.

1828, la denominada “Constitución Liberal”, contaba con un capítulo, el XI, denominado “De la Fuerza Armada”. En su artículo 123 señalaba: “La Fuerza Armada se compondrá del Ejército de mar y tierra, y de la Milicia activa y pasiva.” Nada se dice esta vez acerca de los cometidos o deberes de esta fuerza. La Constitución de 1833 adoptó una solución distinta: La única, pero muy importante referencia específica que hace a la fuerza armada se encuentra en el artículo 157, que expresaba: “La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar”. En la Constitución de 1925 se establecía de manera clara la sujeción de la fuerza armada al Poder Ejecutivo.”^{182 183}

De la forma antes indicada, queda de manifiesto que al establecerse en la Constitución de 1980, normas referidas a las Fuerzas Armada, con ello se recoge

¹⁸¹ Ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

¹⁸² Dicha disposición constitucional se complementa con lo establecido en los artículos 19 N° 17, y 38 de la Constitución, en cuanto al derecho a la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Por otra parte, en lo que dice relación con la segunda disposición, se establece que una ley Orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacidad y perfeccionamiento de sus integrantes.

¹⁸³ Como ejemplos de normas de la Constitución de 1925 en esta materia podemos señalar las siguientes: “Art. 22.- La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar. Art. 23.- Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno. Art. 72. 13.a Disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuirlas según lo hallare por conveniente; 14.a Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra con acuerdo del Senado. En este caso, el Presidente de la República podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas;”. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386>

la tradición histórica y jurídica en la materia. Ciertamente, con una particularidad, pues como señalan CEA y MORALES la Constitución de 1980 “es la primera Carta Fundamental chilena que contempla un capítulo completo para los institutos armados...”.¹⁸⁴

En efecto, la actual Constitución contiene un capítulo completo destinado a las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad. En dicho capítulo se indica en el artículo 104, que sus Comandantes en Jefe serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco Oficiales Generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que en los respectivos estatutos institucionales exigen para tales cargos, permanecerán 4 años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo durante ese periodo. Asimismo, se establece que el Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamarlos a retiro, antes de completar su respectivo período.¹⁸⁵

En el mismo sentido, el artículo 32 N°18 del mismo texto constitucional, establece como atribución exclusiva del Presidente de la República, designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea en conformidad al artículo 101 de la Constitución y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas en la forma que señala el artículo 102 del texto Constitucional.

2.1.2. La Legalidad Orgánica Constitucional.

La ley N°18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, al desarrollar los mandatos constitucionales, para la realización de las funciones de

¹⁸⁴ CEA y MORALES, ob. cit, p.214.

¹⁸⁵ Facultad presidencial que fue incorporada por el artículo 1º, N° 46 de la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, de 26 de agosto de 2005.

defensa de la patria, seguridad nacional y garantía del orden institucional de la República, dispone que la consecución de estos fines anteriores es permanente y descansa en un adecuado nivel de alistamiento del personal y del material y en el cumplimiento del juramento de servicio a la Patria y Defensa de sus valores fundamentales.¹⁸⁶

2.1.3. Principios de la Administración Militar en Chile.

Las especiales características de las Fuerzas Armadas, determinaron la positivización de principios propios para el ámbito castrense. Algunos, derivación de principios esenciales del orden jurídico, con las adaptaciones necesarias derivadas de las relaciones especiales de sujeción de su personal y otros particulares de este tipo de organización administrativa militar.

La citada Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas podemos encontrar los siguientes:

1° **Legalidad:** Los organismos y personas que la desarrollan, así como sus Institutos de formación profesional se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que establezca esta ley y en la legislación respectiva. (Art.1º).

2° **Responsabilidad administrativa:** El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determinen los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas Instituciones. (Art. 1º).

¹⁸⁶ Artículo 1º de la Ley N° 18.948/1990.

3° **Independencia de las responsabilidades:** La responsabilidad administrativa existe sin perjuicios de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle al personal. (Art. 1°).

4° **Principios esenciales de los cuerpos armados:** Obediencia, no deliberación, profesionalización, jerarquía y disciplina. (Art. 2°).

5° **Apolitividad:** El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos. (Art. 2°)

6° **Prescindencia:** El personal de las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con los principios de los cuerpos armados o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomienden. (Art. 2°)

7° **Diferenciación de la función:** Sólo el personal del Ejército, Fuerza Armada y Fuerza Aérea podrá hacer uso de los uniformes, insignias, condecoraciones, emblemas y distintivos, que para ello se establecen en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y Reglamentos respectivos (Art. 3°).

8° **Jerarquía y disciplina:** Además del personal de las Fuerzas Armadas, quedarán sometidos a su jerarquía y disciplina de las Fuerzas Armadas y demás que determinen las Leyes, los Conscriptos, Subalféres, Cadetes, Grumetes, Aprendices y Alumnos de las Escuelas Institucionales que no forman parte del Personal de planta (Art. 5°).

9° **Antigüedad:** Los Oficiales, Empleados Civiles y el personal del Cuadro Permanente y Gente de mar se clasificarán y agruparán en escalafones, en la forma y los grados que determina la ley. Los Escalafones que están

estructurados jerárquicamente en razón de la antigüedad de sus integrantes. (Art. 6º)

10º **Carrera Profesional:** La carrera profesional en las Fuerzas Armadas se inicia desde el ingreso hasta la cesación de funciones o término de la carrera.(Título II)

Aquí encontramos principios instrumentales tales como igual admisión, de ingreso concursable, formación, capacitación y perfeccionamiento, justa retribución, promoción y legalidad de la cesación de funciones.

11º **Jerarquía:** Es el ordenamiento que deriva la autoridad inherente a todo superior en razón de su grado o antigüedad.(Art.35)

12º **Mando:** Es la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe.(Art.45)

2.1.4. Legislación administrativa militar chilena.

La ley 18.948/1990, al establecer las normas y principios básicos o esenciales de la Administración Militar, a su vez atribuye a diferentes cuerpos legales y reglamentarios su concreción y desarrollo.

En este sentido, el artículo 1º, dispone que derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, **se**

ajustarán a normas jurisdiccionales¹⁸⁷, disciplinarias¹⁸⁸ y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva¹⁸⁹. Asimismo, señala que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa, **conforme lo determinen los reglamentos de disciplina¹⁹⁰ y ordenanzas generales¹⁹¹ de las respectivas Instituciones**, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle.

A su vez, el artículo 2º se refiere a las funciones que le encomienden las **leyes¹⁹²** a las Fuerzas Armadas. Por su parte el artículo 6º señala que los Oficiales, los Empleados Civiles y el personal del Cuadro Permanente y de Gente

¹⁸⁷ Código de Justicia Militar, contenido en el DS Nº 2.226, publicado el 19.12.1944.

¹⁸⁸ Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) Nº 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) Nº1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

¹⁸⁹ DFL (Guerra) Nº 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

¹⁹⁰ Véase, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) Nº 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) Nº1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

¹⁹¹ DS (Guerra) Nº 6030/18, de 22 de febrero de 2006, que Aprueba la Ordenanza General del Ejército. Decreto Supremo Nº 487.- 21-IV-1988 - aprueba nueva Ordenanza de la Armada y faculta a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

¹⁹² Ley 19.067/1991 D.O 1-7-1991, Establece Normas Permanentes sobre Entrada de Tropas Extranjeras en el Territorio de la República y Salida de Tropas Nacionales del Mismo. Ley 18.723/1988, D.O. 12-7-1988, Otorga Atribuciones que indica al Comando de Industria Militar e Ingenieros del Ejército. Ley 18.712/1988, D.O. 4-6-1988, Aprueba Nuevo Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas. Ley 18.415/1985, D.O. 14-6-1985, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. Ley 18.356/1984, D.O. 19-11-1984, Establece Normas Sobre Control de las Artes Marciales. Arts. 2, 5º, 6º, 7º y 9º.

de Mar, se clasificarán y agruparán en escalafones en la forma y en los grados que determine la **ley**.¹⁹³

Diferentes artículos de esta ley continúan efectuando remisiones normativas, configurando este régimen jurídico especial. Claros ejemplos de ello son también los siguientes: El Obispo Castrense será nombrado en conformidad a la ley N°2.463, y tendrá a su cargo el Servicio Religioso del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, (Art. 8º). El personal tendrá derecho, como retribución por sus servicios, al sueldo y demás remuneraciones adicionales. Además, gozará de los **derechos que establezca la ley**,¹⁹⁴ tales como feriado anual, permisos con o sin goce de remuneraciones, licencias y subsidios, pasajes y fletes, viáticos, asignación por cambio de residencia, vestuario, equipo y alimentación fiscal, (Art. 16). Las cauciones por desempeño funcionario o por permanencia en las Instituciones que deba rendir el personal, se regirá exclusivamente por las normas que contemplen el **Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas**¹⁹⁵ y los **reglamentos respectivos**¹⁹⁶, cualquiera que sea su calidad jurídica y aún cuando no esté afecto a dicho Estatuto, (Art. 17). Las Instituciones de las Fuerzas Armadas, estarán facultadas para planificar y realizar estudios y cursos de nivel superior en los ámbitos inherentes a sus respectivos quehaceres profesionales, como asimismo, para otorgar al personal los correspondientes títulos técnicos, títulos profesionales y grados académicos en los referidos ámbitos y **en la forma**

¹⁹³ DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. DFL (Guerra) N° 1, de 1998, que establece las Plantas de Oficiales de las Fuerzas Armadas.

¹⁹⁴ DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Ley 18.834/1989, D.O. 23-9-1989 (DFL 29-2005 Hacienda D.O. 16-3-2005), Estatuto Administrativo.

¹⁹⁵ DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

¹⁹⁶ DS. (Guerra) N° 204, de 28 de mayo de 1969, Reglamento Complementario del DFL. N° 1 de 1968 "Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas".

que determine la ley¹⁹⁷, (Art. 19). El régimen de previsión y de seguridad social del personal de planta de las Fuerzas Armadas es autónomo. Comprende básicamente los beneficios de pensión de retiro y montepío, desahucio, indemnización por fallecimiento, prestaciones de salud, prestaciones sociales y demás **beneficios de seguridad social que la ley establezca**¹⁹⁸. Tal régimen estará a cargo de una institución funcionalmente descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, la que se regirá por su **respectiva ley orgánica**¹⁹⁹, (Art. 61). El personal de planta y el de reserva llamado al servicio activo, tendrán siempre derecho a la asistencia médica, preventiva y curativa, según corresponda. **La ley establecerá el sistema de salud que les es aplicable**²⁰⁰, su financiamiento y los porcentajes en que el referido sistema contribuirá al pago de las prestaciones de salud, (Art.73).

En último término, es necesario subrayar, que además de aquellas normas legales que han sido dictadas por remisión expresa de la Ley 18.948/1990, existe una multiplicidad de otros cuerpos legales que rigen diversos aspectos del quehacer militar, entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- a) **En materia penal y procesal militar:** El principal cuerpo legal es el Código de Justicia Militar publicado en el D.O. el 19 de diciembre de 1944.

¹⁹⁷ Ley 18.962/1990, D.O. 10-3-1990, Orgánica Constitucional de Enseñanza, art. 29 y 75 a 77.

¹⁹⁸ Ley 18.948/ 1990, cit. y Ley 18.458, D.O. 11-11-1985, que Establece el Régimen Previsional del Personal de la Defensa que Indica.

¹⁹⁹ DFL N° 31, de 18- 4-1953, que Fija la Ley Orgánica con la que se Regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

²⁰⁰ Ley 19.465/1996, D.O. 2-8-1996, Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas y Ley N°18.476/1985, D.O. 14-12-1985, que dicta normas respecto de los Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional.

Contiene las normas penales, orgánicas y de procedimiento del Fuero Militar. Su estructura es la siguiente: Libro Primero de los Tribunales Militares: Tribunales Militares en Tiempos de Paz y Tribunales Militares en Tiempos de Guerra. Libro Segundo del Procedimiento: Procedimiento penal en tiempo de paz, procedimiento penal en tiempo de guerra, procedimiento civil y Tribunales de Honor. Libro Tercero de la Penalidad: Delitos contra la soberanía y la seguridad exterior del Estado, delitos contra el Derecho Internacional, delitos contra la seguridad interior del Estado, delitos contra el orden y seguridad del Ejército, delitos contra los deberes y el honor militar, delitos de insubordinación, delitos contra los intereses del Ejército, delitos contra la propiedad, delitos de falsedad y disposiciones especiales en tiempo de guerra. Finalmente el Libro Cuarto "Otras Disposiciones", contiene disposiciones especiales relativas a la Armada y Carabineros y otras disposiciones complementarias.

- b) **Reclutamiento y Movilización:** En esta materia rige el DL. N° 2.306, de 1978, publicado en el D.O. del 12 de septiembre de 1978, modificado por la Ley N° 20.045/2005. En él se contienen las normas de rango legal sobre organización y funcionamiento de la Dirección General de Movilización Nacional. Las obligaciones militares: Deber militar y exenciones al mismo. El servicio militar obligatorio: Procedimientos de inscripción, base de conscripción, servicio activo y exclusiones. La reserva: Composición de la misma; derechos, deberes y llamado al servicio de los reservistas; y ascensos en la reserva. Normas sobre movilización de personal. Normas procesales y penales aplicables a la materia. Derechos de reclutamiento y normas penales y de procedimiento.

Por otra parte, la Ley N° 18.953/1990, publicada el D.O. el 9 de Marzo de 1990, que dicta Normas sobre Movilización Nacional, comprende los conceptos básicos y definiciones en torno a la movilización nacional, la fase

de preparación de la movilización, de ejecución de la movilización y desmovilización. Requisiciones e indemnizaciones.

- c) **En materia de adquisiciones y contratos de suministros:** Ley 18.928/1990, publicada en el D.O. de 13 de febrero de 1990, que fija normas sobre Adquisiciones y Enajenaciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y servicios de las Fuerzas Armadas²⁰¹. Disposiciones que son complementadas por la Ley 19.886/2003, publicada en el D.O. 30 de julio de 2003, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.²⁰²
- d) **En materia de construcción de obras de carácter militar:** La Ley 17.502, de 1971, del Ministerio de Defensa Nacional, establece normas para Obras de exclusivo carácter militar. En este cuerpo normativo, establece que todo lo relacionado con el planeamiento, estudio, proyección, construcción, demolición, ampliación, reparación, conservación y explotación para obras de exclusivo carácter militar en las Fuerzas Armadas, estará regido por las disposiciones de dicha ley y de las demás normas legales vigentes, en cuanto no le sean contrarias. Complementa este cuerpo legal el Reglamento de Ejecución de Obras para las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N°803, de 1971, del Ministerio de Defensa Nacional.

2.1.5. El Derecho Administrativo Militar Reglamentario.

²⁰¹ El DS.(Hacienda) N° 95, D.O. 22-07-2006, aprueba Reglamento de la Ley N° 18.928, sobre Adquisiciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas.

²⁰² Arts. 1 a 3º, en especial, Art. 3º letra f). En Reglamento de esta ley se encuentra contenido en el DS. (Hacienda) N° 250, D:O. 24- 9- 2004.

Principales exponentes de este núcleo normativo de rango reglamentario son los siguientes:

En materia de personal, continua vigente en aquello que no sea contrario o se oponga al DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, el DS. (Guerra) N° 204, de 28 de mayo de 1969, que contiene el Reglamento Complementario del DFL. N° 1 de 1968, anterior “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”.

A su vez, en el ámbito de los deberes militares se encuentran plenamente vigentes el DS (Guerra) N° 6030/18, de 22 de febrero de 2006, que aprueba la Ordenanza General del Ejército y el Decreto Supremo N° 487, 21 de abril de 1988, que aprobó la nueva Ordenanza de la Armada y faculta a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

Las normas disciplinarias militares, están contempladas para el Ejército y la Fuerza Aérea en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N°1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada. Asimismo, cabe mencionar que a los procedimientos administrativos disciplinarios les es aplicable el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, aprobado por DS (Guerra) N° 277, de 1974 y sus modificaciones posteriores, en especial la producida por el DS (Guerra) N° 5, de 2001.

En relación a la asistencia religiosa, en el presente año ha sido dictado el DS. (Guerra) N° 155, D.O. 26-5-2008, Reglamento de Asistencia Religiosa en establecimientos de las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad. Específicamente regula este derecho fundamental, en el caso de las Fuerzas Armadas, para confesiones no católicas, pues para el caso de fieles

pertenecientes a la Iglesia Católica, esta asistencia es prestada por los servicios religiosos institucionales, que poseen su regulación jurídica propia.

2.1.6. Relaciones entre la administración civil y militar.

Luego de la exposición del régimen jurídico de las Fuerzas Armadas y la organización administrativa militar, podríamos señalar sin temor a equivocarnos, que la Administración Militar forma parte integrante de la Administración del Estado y por tanto, los principios y normas de carácter general que dicen relación con ella, son plenamente aplicables a la Administración Militar.

Pero a su vez, es preciso hacer énfasis en las notas diferenciadoras con la Administración Civil, pues el traspaso íntegro de sus normas y principios al mundo militar, podrían colisionar con sus principios y bases sustanciales. Ellos establecen las notas distintivas en razón de su especial función y en consecuencia, los principios y normas que tienen relación con la función pública general, corresponde darles aplicación al interior del mundo militar, en la medida que no estén especialmente regulados al interior del Ordenamiento Jurídico Militar y no se opongan a sus principios y valores fundamentales.

Un claro ejemplo de esta nota diferenciadora, con la Administración Civil del Estado, lo encontramos en el artículo 56 letra b) de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido se contiene en el DFL N° 1/19.653, d. of. de 17 noviembre 2001. En esta norma, referida a las inhabilidades especiales de ingreso a la Administración del Estado, para aquellas personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de **la Administración Civil del Estado** al que postulan, hasta el nivel

de jefe de departamento o su equivalente, inclusive, **no se aplica a la Administración Militar**. En efecto, en la historia de la Ley 19.653, quedó expresa constancia de la importancia de preservar para las Fuerzas Armadas la tradición que los hijos, nietos y parientes más cercanos ingresen a estos institutos armados, permitiendo continuar con honor la carrera de sus ancestros.²⁰³

²⁰³ En la historia de la Ley 19.653, ha quedado plasmada expresamente esta excepción. Inicialmente, no se contenía en el mensaje del ejecutivo, pero posteriormente mediante una indicación en el Senado, fue incluida, precisamente para salvaguardar estas tradiciones y principios diferenciadores, según se expone a continuación:

“Por ejemplo, el artículo 57 establece inhabilidades e incompatibilidades administrativas. La letra b) dispone que no podrán ingresar o permanecer en la Administración del Estado “el cónyuge, los hijos, los adoptados, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive, de los funcionarios directivos del organismo de que se trate, hasta el nivel de jefe de departamento, o su equivalente, inclusive. “De producirse esta inhabilidad por designación posterior de un funcionario directivo, el subalterno relacionado deberá ser destinado a una dependencia en que no exista, entre ambos, una relación jerárquica directa.” Al respecto, he considerado conveniente presentar una indicación que excepcione de esta inhabilidad al personal de las Fuerzas Armadas y al de Orden y Seguridad Pública, pues es conocido por todos que es tradición, costumbre o hábito que los hijos, nietos y parientes más cercanos a sus miembros, conserven el deseo de perseverar en la profesión que ejercieron sus padres, abuelos y parientes más antiguos. En consecuencia, de existir esta prohibición y afectar con ella a las Fuerzas Armadas y a las de Orden y Seguridad, se produciría una situación bastante problemática, más aún cuando mediante esta norma se obliga, en el caso de designación posterior, a que el subalterno relacionado sea destinado a una dependencia en que no exista, entre ambos, una relación jerárquica directa.”. Historia de la Ley 19.653, pp. 73 y 74, en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf.

“La Comisión tuvo en cuenta que según las prácticas tradicionales de estas instituciones se considera un honor que los vástagos de una familia abracen la carrera que adoptaron sus ancestros, motivo por el cual no es posible aplicar el mismo marco que se establece para los empleados civiles de la Administración del Estado. Fue aprobado con los votos de los Honorables Senadores señores Fernández, Hamilton y Otero.”. Historia de la Ley 19.653, p. 259, en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf.

Indicación: “Artículo 56 letra b)

26.- De la H. Senadora señora Feliú, para intercalar, entre las palabras “organismo” y “al”, la expresión “de la administración civil del Estado”. Historia de la Ley 19.653, p. 340, en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf.

En este sentido la función pública y la función militar, se relacionan a través del principio de especialidad, por ello la normativa que regula en forma expresa a las Fuerzas Armadas se aplica preferentemente a la de la Administración Pública Civil.

Las características especiales de los cuerpos armados, no relevan el cumplimiento de los principios de vinculación y aplicabilidad directa de la Constitución, en especial en materia de derechos fundamentales. El pleno respeto al principio de jerarquía normativa, configura su propio ordenamiento jurídico militar, estableciendo *ad intra* de la Administración Militar un grupo normativo relaciones sistémicas con el ordenamiento jurídico administrativo general, cuyos conflictos de normas se resuelven a través de los principios de especialidad y de inderogabilidad de los derechos fundamentales.²⁰⁴

En esta etapa de profundas transformaciones, en especial derivadas de las nuevas tareas que deben cumplir las Fuerzas Armadas en un mundo globalizado, Chile no está ajeno a este imperativo y en el marco de la modernización del

“La indicación número 26, de la H. Senadora señora Feliú, igualmente, enmienda la referida letra b), para precisar que la inhabilidad sólo se aplica cuando el organismo al que se postula forma parte “de la administración civil del Estado”.

- Fue aprobada por la unanimidad de los integrantes presentes de la Comisión, HH. Senadores señores Hamilton, Larraín y Otero.”. Historia de la Ley 19.653, p. 390, en www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19653/HL19653.pdf.

²⁰⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que al establecer la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos dispone textualmente que : “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.”.

Estado, también está en plena tarea modernizadora de las instituciones de la defensa nacional. Baste reseñar al respecto la aprobación de la ley del Ministerio de Defensa Nacional²⁰⁵, la que “Crea una Tropa Profesional para las Fuerzas Armadas”²⁰⁶ y aquella que modifica la salida de tropas al extranjero para operaciones de paz.²⁰⁷

2.1.7. Valoraciones en torno a esta regulación.

La regulación constitucional y legal apuntada pone de relieve la existencia de principios y normas comunes entre la Administración Civil y Militar, pues ambas forman parte del Estado. No obstante, al separar sus caminos por la especificidad propia del ámbito militar, se crea una administración especial regulada por criterios, principios y bases propias.

Para ello, la ley ha dotado a dicha administración de diversos instrumentos normativos que configuran una estructura orgánica que inserta a la Administración Militar en el marco general de la función administrativa o ejecutiva del Estado. Esta forma de organización administrativa, en plena concordancia con el principio de especialidad, constituye un todo funcional y sistémico integrado por disposiciones de diferentes jerarquías normativas, articuladas por una estructura de principios que le dan el sustento necesario para establecer la debida interconexión sistémica de la normativa.

Las particularidades de este régimen orgánico y competencial, se diseminan por todos los ámbitos del quehacer militar. Al tiempo, se constatan

²⁰⁵ Ley 20.424/2010, cit.

²⁰⁶ Ley 20.303/2008.

²⁰⁷ Ley 20.297/2008.

notable particularidades y notas distintivas del mundo castrense, que merecen la atención directa de la Constitución, en particular las relacionadas con el régimen de su personal. Hecho que conlleva mantener el refuerzo de las potestades administrativas destinadas a procurar la realización de los fines relativos a la defensa del Estado, preservando los caracteres particulares que identifican a la función militar.

Otra particularidad de esta forma específica de regulación de la Administración Militar, es la relativa al reconocimiento de una jurisdicción especializada²⁰⁸ para realizar el control judicial de las decisiones de la misma. Aunque el tema se sale del marco objeto de esta investigación, y por ello, remitimos a la doctrina que se ha ocupado de la cuestión²⁰⁹, es evidente que ello supone un añadido más a la especificidad o especialidad de la función y actividad militar, que como no podría ser de otro modo, trasciende al plano subjetivo. Ese contencioso-administrativo militar, viene así a consagrar un régimen de control judicial que complementa el derivado del régimen jurídico administrativo aplicable a quienes formen parte del colectivo militar.

2.2. La organización administrativa militar chilena.

2.2.1. El Presidente de la República.

En la cúspide de la jerarquía militar, encontramos al Presidente de la República, órgano del Estado que por excelencia caracteriza a la función ejecutiva y le corresponde la jefatura del Estado de conformidad al artículo 24 de la Constitución Política.

²⁰⁸ Véase artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2005.

²⁰⁹ DOIG DÍAZ, Y., Jurisdicción Militar y Estado de Derecho, ob. cit..

En este sentido el artículo 32 de la misma Carta Fundamental, le entrega las siguientes atribuciones especiales:

- Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105, (ART. 32 N°16° CPE).²¹⁰
- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional, (ART. 32 N°17° CPE).
- Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, (ART. 32 N°18° CPE).
- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional, (ART. 32 N°19° CPE).

2.2.2. El Ministro de Defensa.

De acuerdo al artículo 33 de la Constitución, los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado. La ley determinará el número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros Titulares.

El DFL (Ministerio de Interior) N° 7912/1927, que organiza las Secretarías de Estado, establecía inicialmente los Ministerios de Guerra y Marina. Posteriormente la Ley 5.077, creó el Ministerio de Defensa Nacional fusionando los Ministerios de Guerra y Marina e incorporando la Subsecretaría de Aviación, en un solo departamento de Estado.

²¹⁰ Disposición que es complementada con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 18.948/90.

Hasta el 11 de marzo de 2010, en el Ministerio de Defensa se integraban orgánicamente - las Subsecretarías de Guerra, Marina, Aviación, Carabineros e Investigaciones, cada una de ellas a cargo de su respectivo Subsecretario.

Con fecha 4 de febrero de 2010 se publicó la ley 20.424 que moderniza el Ministerio de Defensa Nacional.²¹¹ Esta ley reorganiza el ministerio, fortaleciendo, la autoridad presidencial y ministerial. Termina con la actual organización de una subsecretaría por cada institución de las Fuerzas Armadas y de Orden, en su reemplazo, se crean la Subsecretaría de Defensa y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.²¹²

La nueva Subsecretaría de Defensa es el órgano de colaboración inmediata el Ministro, con las funciones de proponer y evaluar la política de defensa, la política militar y la planificación primaria de la Defensa Nacional. Le corresponderá también proponer y evaluar las políticas que integren y aprovechen los recursos del sector defensa en beneficio del desarrollo nacional, proponer y evaluar la política de adquisiciones de material de guerra y evaluar los proyectos de adquisiciones e inversión; y proponer y coordinar la agenda de asuntos internacionales de la defensa.²¹³

Por su parte, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, se hace cargo de aquellas materias que dicen relación con la gestión de los asuntos y procesos administrativos que las Fuerzas Armadas requieran para el cumplimiento de sus

²¹¹ Mensaje N° 236- 353, de 2 de septiembre de 2005.

²¹² DFL (G) N° 1/2010, que establece fecha de supresión de las subsecretarías que indica y dirección administrativa y DFL (G) N°2/2010, que complementa Decreto con Fuerza de Ley (G) N°1, de 25 de febrero de 2010, y otorga vigencia provisoria a normas estatutarias que indica.

²¹³ Artículos 14 a 19 de la Ley 20.424/2010.

fines y que sea competencia del Ministerio realizar. Se le atribuyen las siguientes funciones generales: realizar la tramitación de los asuntos de naturaleza administrativa y el manejo de la documentación administrativa provenientes de las Fuerzas Armadas o que dependan o se relacionen con el Ministerio por medio de la Subsecretaría; elaborar en su esfera de atribuciones, los decretos, resoluciones, órdenes ministeriales y oficios relativos a nombramientos, ascensos, retiros, renunciaciones, destinaciones, comisiones de servicio al extranjero y, en general, todos aquellos actos administrativos orientados a la resolución sobre solicitudes y beneficios al personal de las Fuerzas Armadas, en servicio activo y en retiro.²¹⁴

El actual Estado Mayor de la Defensa Nacional se reemplaza por el Estado Mayor Conjunto, el cual será el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en aquellas materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas. Una de sus funciones esenciales, es servir de órgano de asesoría y trabajo en la conducción estratégica para enfrentar las situaciones que puedan demandar los estados de excepción constitucional y, en particular, los casos de guerra externa o crisis internacional que afecte a la seguridad exterior de la República.²¹⁵

2.2.3. Las Fuerzas Armadas: Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

Siguiendo las bases comunes y generales establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas se estructuran a partir de su respectivo Comandante en Jefe Institucional. Las notas distintivas de sus organigramas son concordantes con

²¹⁴ Artículos 20 a 24 de la Ley 20.424/2010.

²¹⁵ Artículos 25 a 28 de la Ley 20424/2010.

las funciones que en su ámbito operativo les corresponde y por ello tienen aspectos comunes y otros que las diferencian.²¹⁶

En su carácter de órgano de mayor jerarquía institucional, el artículo 47 de la Ley 18.948/90, le entrega a cada Comandante en Jefe, las siguientes facultades:

- a) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Defensa Nacional, la disposición, organización y distribución de las fuerzas, de acuerdo a los criterios técnicos derivados del cumplimiento de sus fines y objetivos.
- b) Formular las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando.
- c) Proponer al Ministerio de Defensa Nacional el Presupuesto Institucional.
- d) Autorizar las reparaciones, transformaciones y modificaciones del material que forme parte o se encuentre afecto al servicio de cada institución, sin perjuicio del cumplimiento de las demás normas legales que pudiere regular estas materias.
- e) Aprobar la adquisición, el retiro del servicio y la enajenación del armamento, sistemas de armas, unidades navales o material de guerra, conforme a los criterios técnicos institucionales, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones legales sobre dichas materias.

²¹⁶ Para conocer las respectivas estructuras orgánicas institucionales pueden visitarse las siguientes páginas web:

http://www.ejercito.cl/nuestra_fuerza/estructura.php, <http://www.armada.cl/ms/organizacion> y <http://www.fach.cl/institu.htm> .

f) Determinar las necesidades de recursos humanos y materiales para formular al Ministro de Defensa Nacional las propuestas que permitan cumplir los objetivos que señala el artículo 90 de la Constitución Política de la República.

g) Aprobar y disponer el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas de las respectiva Institución y los textos de estudio de los establecimientos institucionales.

h) Celebrar, en representación del Fisco y en conformidad a la ley, los actos, contratos y convenciones para la adquisición, uso y enajenación de bienes inmuebles de las Instituciones, y muebles que no sean de los indicados en las letras d) y e) precedentes; como asimismo contratar los servicios necesarios, incluso sobre la base de honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional.

Lo dispuesto anteriormente, es sin perjuicio de las facultades de representar al Fisco que otras disposiciones legales confieran a distintas autoridades institucionales para celebrar aquellos actos, contratos o convenciones que en ellas se establecen; asimismo, lo dispuesto en esta letra, es sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones legales que regulan estas materias.

i) Ausentarse del país por períodos no superiores a veinte días, por razones de carácter particular, informando al Presidente de la República. Por plazos mayores, deberá solicitar la autorización al Presidente de la República.

j) Autorizar la salida de los Oficiales al extranjero, por razones de carácter particular, en uso de feriados, permiso licencias de acuerdo al Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

k) Proponer al Presidente de la República la Comisión de servicio al extranjero del personal de planta.

l) Ordenar 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 a que se refieren las letras anteriores. Estos últimos recursos constituirán ingresos propios de la institución y no ingresarán a rentas generales de la Nación.

m) Delegar, mediante resolución, parte de sus atribuciones meramente administrativas, obligaciones o deberes de carácter protocolar en otras autoridades institucionales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, y

n) Todas las demás que le otorguen las leyes.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO V

DIGNIDAD DE LA PERSONA MARCO DE ACTUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN COMÚN, A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR

1. IDEAS PREVIAS.

Con el advenimiento del constitucionalismo y la plena subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil, en un contexto de Estado democrático de derecho, hoy nadie podría negar la existencia de derechos fundamentales para las personas que integran el personal militar.

En la actualidad la discusión se encuentra centrada en el tema de las limitaciones a esos derechos fundamentales, su contenido y extensión; y quizás también el de los límites a las limitaciones del ejercicio de esos derechos.

Para explicar la situación ya descrita, en el ámbito de la doctrina jurídico militar se han construido diversas teorías para justificar el estatuto restrictivo de los derechos fundamentales de las personas que integran las Fuerzas Armadas. Ejemplos de ellas son la Teoría de la comunidad separada elaborada en Estados Unidos con resoluciones de la Corte Suprema, en que el eje fundamental lo determina la disciplina como el elemento diferenciador del mundo civil, debiendo la jurisdicción civil abstenerse de intervenir en los asuntos al interior de la organización militar.²¹⁷ Esta tesis formal y que genera como resultado una

²¹⁷ “Under Article I, Section 8 of the U.S. Constitution, Congress has the power to raise and support armies; provide and maintain a navy; and provide for organizing and disciplining them. Under this

diferencia de jurisdicciones, muestra las particularidades del sistema jurídico norteamericano eminentemente casuístico y práctico.^{218 219}

authority, Congress has enacted the Uniform Code of Military Justice (UCMJ), which is the code of military criminal laws applicable to all U.S. military members worldwide. The President implemented the UCMJ through the Manual for Courts-Martial (MCM). The Manual for Courts-Martial contains the Rules for Courts-Martial (RCM), the Military Rules of Evidence (MRE), and the UCMJ. Members of the Armed Forces are subjected to rules, orders, proceedings, and consequences different from the rights and obligations of their civilian counterparts, and the UCMJ establishes this unique legal framework. The UCMJ authorizes three types of courts-martial: (1) summary court-martial; (2) special court-martial; and (3) general court-martial. Depending on the severity of the alleged offense, the accused's commanding officer enjoys great discretion with respect to the type of court-martial to convene. Generally, each of the courts-martial provides fundamental constitutional and procedural rights to the accused, including, but not limited to, the right to a personal representative or counsel, the opportunity to confront evidence and witnesses, and the right to have a decision reviewed by a lawyer or a court of appeals." <https://www.fas.org/sqp/crs/natsec/R41739.pdf>

²¹⁸ [file:///C:/Users/Downloads/DERECHO LIBERTAD EXPRESI%C3%93N MILITARES.pdf](file:///C:/Users/Downloads/DERECHO%20LIBERTAD%20EXPRESI%C3%93N%20MILITARES.pdf)
[www3.diputados.gob.mx/.../DERECHO LIBERTAD EXPRESIÓN MIL...](http://www3.diputados.gob.mx/.../DERECHO%20LIBERTAD%20EXPRESI%C3%93N%20MILITARES.pdf)

²¹⁹ "No persons should be more entitled to protection of their constitutional rights than the servicemen engaged in protecting the sovereignty of the United States. Appropriately, the Subcommittee on Constitutional Rights has been concerned since its formation with the rights of military personnel and has made several studies in that connection. In light of the Supreme Court's ruling in *Wilson v. Girard*¹ which upheld a waiver by military authorities of jurisdiction to try a serviceman for a homicide committed in Japan, the subcommittee investigated the extent to which the rights of servicemen are abridged when they are stationed abroad and so become subject, in some degree, to the jurisdiction of foreign governments. Also, the subcommittee has studied the implications of constitutional limitations enunciated in cases, such as *Reid v. Covert*² *Kinsella v. Singleton*,³ and *McElroy v. Guagliardo*.⁴ These cases invalidated the provisions of article 2 of the Uniform Code of Military Justice, which purport to authorize trial by court-martial of military dependents and employees accompanying the Armed Forces overseas in time of peace; but the problem remained of providing a forum for the trial of such individuals where all their constitutional rights would be preserved. Similarly, the subcommittee has grappled with the problem of a suitable tribunal to try offenses committed by ex-servicemen while they were still on active duty but which, under the holding of *Toth v. Quarles*,⁵ cannot be made subject to military jurisdiction". En https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/const-rights-mil-pers.pdf

Otra solución a la problemática lo constituye la doctrina italiana del ordenamiento interno. Desde esta perspectiva lo militar está separado de la sociedad civil y posee principios especiales y diferentes del mundo civil, por ello si bien integran la administración del Estado requieren un tratamiento diferente.²²⁰

Finalmente, la doctrina tradicional alemana nos entrega la teoría de la sujeción especial, la cual ha sido desarrollada en extensión en la primera parte de la tesis, que ha sido el punto de partida para modelos normativos continentales, del cual hemos sido en Chile y España inicialmente receptores.

Desde la aproximación alemana, el ciudadano se relaciona con el Estado desde una doble perspectiva. Puede relacionarse como un ciudadano simple en relaciones de sujeción general o se relaciona con una mayor intensidad por razón de la función, lo que justificaría un cierto grado de restricción al personal de la administración de sus derechos humanos y fundamentales, siendo la relación o restricción de mayor intensidad la que ocurre en el caso del personal militar.

Inicialmente y como se expone en la primera parte de la tesis, en esta teoría la sujeción especial al militar le condicionaba toda su vida. La evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán, ha morigerado la aplicación estricta de esta teoría. Asimismo, la modernización de las fuerzas armadas alemanas y la introducción de un nuevo concepto de liderazgo y conducta militar (Innere Führung)²²¹, que define al militar como un ciudadano de uniforme, ha generado una expansión de los derechos fundamentales de los militares, incluidas sus formas de garantía y protección mediante medios de control parlamentario y jurisdiccional, que constituyen un cambio fundamental para este tipo de organizaciones, estableciendo límites precisos a las restricciones fundadas inicialmente en el carácter autojustificativo de la relación de especial sujeción.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Dirección interna, autoconducta.

No obstante lo expuesto, aparece un sustrato común que constituye un núcleo esencial para la problemática en estudio. Esto es la dignidad humana como supremo límite a cualquiera de estas restricciones a derechos fundamentales. La noción de persona, como titular de derechos públicos subjetivos, nos depara un punto de partida inicial para el análisis de las limitaciones a los derechos fundamentales en razón de la función militar, en el contexto de la administración del Estado.

2. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA MILITAR, COMO INTEGRANTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

La dignidad de la persona como principio general del derecho²²², constituye una de las bases de nuestro ordenamiento jurídico, siendo positivizado en los textos constitucionales, declaraciones universales de derechos y tratados internacionales de derechos humanos.

En este sentido el Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que “El contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado. Estos principios y valores no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo tenerse presente que el inciso segundo del

²²² GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona (Madrid, Editorial Civitas S.A), 1986. PRIETO ÁLVAREZ, T. La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas (Madrid, Thomson- Civitas), 2005, pp.162-165. SOTO KLOSS, E. Derecho administrativo. Bases Fundamentales, editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1996,pp. 50-79.

artículo 6º de la Constitución precisa que los preceptos de ésta obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo.”²²³

Este principio generalmente aceptado y reconocido, en cuanto a la protección y salvaguarda de los funcionarios y servidores que se desempeñen en el cumplimiento de la función pública, en los órganos de la administración del Estado, constituye un pilar básico para el adecuado ejercicio de las relaciones funcionariales.

Pareciera evidente, que la dignidad de las personas en general también es aplicable como principio a los funcionarios de la administración del Estado. Esta sencilla afirmación encierra una larga y compleja evolución histórica en la protección de la función pública, que como - Juan José Díez, se pierde en los orígenes mismos de la administración²²⁴, nacida inicialmente del modelo de la orgánica militar.²²⁵

Desde esa perspectiva, se manifiesta una pregunta esencial: ¿por qué aquello que es evidente, no resulta tan normal o de absoluta claridad ad intra de la Administración?. La respuesta la encontramos en una institución que refleja la esencia de la actividad y la organización administrativa: la relación de especial sujeción.²²⁶

Esta institución, utilizada históricamente como contexto de justificación universal a todas las limitaciones de los derechos de los funcionarios, por

²²³ STC Chile 1185, considerandos 11 y 12, www.tribunalconstitucional.cl

²²⁴ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. El derecho de huelga de los funcionarios públicos, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp.30-36.

²²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ (1986) pp. 139-144.

²²⁶ MAYER, O. Le droit administratif allemande, cit., tomo I, p.114.

considerárseles sometidos a esta, en virtud del régimen estatutario aplicable, dando plena aplicación a los principios de jerarquía y la disciplina, pilares de la organización administrativa, que se estructuraban en base a esta relación sujecional para dar cumplimiento a la función pública, negando, limitando o restringiendo derechos de sus servidores, bajo la fundamentación de la existencia de una relación de especial sujeción, que fruto de las potestades de autorganización de la administración, permitía esa limitación.

Con el desarrollo del constitucionalismo, esta institución es modificada, atenuada y en algunos ordenamientos eliminada totalmente, como ocurre en el caso alemán, que paradójicamente le dio origen.

En los sistemas constitucionales, se permite la limitación de derechos fundamentales a los servidores públicos por ley y siempre que no constituya una vulneración de los derechos en su esencia. Por ello dicha limitación de derechos, es acotada y excepcional en el modelo de función pública militar en España y Chile.

A manera ejemplar en la constitución chilena, encontramos estas limitaciones en la prohibición del derecho a huelga de los funcionarios públicos, contenido en el artículo 19 N° 16 y en relación al derecho a defensa contenido en el artículo 19 N° 3 del mismo texto constitucional, para el caso de los funcionarios de la administración militar, a los cuales en lo administrativo y disciplinario, este derecho se regirá por lo que prescriban sus propios estatutos.

Por otra parte, a nivel legislativo, encontramos la prohibición de constitución de asociaciones de funcionarios para el personal de las Fuerzas Armadas, por expresa prohibición del artículo 1° inciso segundo de la ley N° 19.296, que también ha sido objeto de interpretación administrativa en el mismo sentido por la

Contraloría General de la República²²⁷. Otro ejemplo significativo, lo encontramos en las prohibiciones de los funcionarios públicos contenidas en su estatuto.²²⁸

Todo este panorama histórico de cultura jurídica sujecional y limitativo, que hoy estaría claramente fuera del orden constitucional y legal de sus obligaciones funcionarias, las cuales antiguamente eran aceptadas por el contexto de justificación autoorganizativo y por un escaso desarrollo de los derechos humanos emanados precisamente de su dignidad de persona, hizo necesario un duro aprendizaje, de dos guerras mundiales y otros tantos fenómenos sociales, para generar esa cultura de cambio de paradigma. Hoy la mayor formación de los funcionarios en cuanto a sus derechos y garantías, el advenimiento de leyes que han generado un reconocimiento expreso de estos derechos, en el contexto de modernización en el Estado, en especial aquellas materias relativas a probidad²²⁹ y transparencia administrativa, así como el profundo avance en la educación y respeto de los derechos humanos en general, han creado una cultura garantista, que permite poner en su real equilibrio la vigencia y pleno respeto de los derechos del personal militar, con la debida protección y resguardo del ejercicio y cumplimiento de las tareas y misiones propias de lo militar.

Si bien hoy, el funcionario civil de la administración del Estado, no se percibe diferente a otro trabajador en el ejercicio de sus derechos, tomando conciencia plena de su dignidad y condición de persona y del respeto a sus derechos fundamentales por parte de sus superiores y pares en la administración del Estado, exigiendo la protección jurídica, garantía efectiva de vigencia y tutela judicial efectiva, también debe entenderse que la condición militar, derivada de las especiales funciones que el Estado le encomienda en razón de la defensa

²²⁷ Dictamen 7.604/2003.

²²⁸ Ley 18.834/1989.

²²⁹ HUIDOBRO SALAS, R. Derecho y administración comunal, Santiago, Abeledo Perrot- Legal Publishing Chile, 2011, pp. 137- 151.

nacional y del monopolio de la fuerza de las armas para ese fin, requiere un estándar mayor de cumplimiento que un funcionario de la administración civil y le genera particularidades, que no están presentes en otros regímenes funcionariales.

Esta nueva forma de entender la relación funcional, acompañada de las modificaciones legislativas que proscriben las conductas discriminatorias al interior de la administración del Estado, al incorporar en los respectivos estatutos administrativos dichas prohibiciones de actuación, están generando un cambio profundo en la real vigencia de la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales. Lo anterior, sumado a los reenvíos generales que la legislación especial hace al estatuto del empleado público, a veces no permiten tener claridad respecto de este marco general de igualdad, ante situaciones no reguladas por la legislación militar.

3.LA DIGNIDAD DE LA PERSONA DEL MILITAR EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL.

Sobre esta materia, señala FERNÁNDEZ GARCÍA que “La Constitución Española incluye la referencia a la dignidad de la persona en el art. 10.1, encabezando el Título I, de los derechos y deberes fundamentales, aunque sin llegar a formar parte de su Capítulo II, Derechos y libertades, y menos aún de la sección 1ª, dedicada explícitamente a los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta colocación no es baladí ya que la dignidad de la persona, sin alcanzar la naturaleza jurídica de derecho fundamental, se irradia a los DDF

reconocidos en el Título I CE, constituyendo un elemento cualificado para la determinación de su objeto, contenido y límites.”²³⁰

Agrega el mismo autor, que “Aunque en nuestro ordenamiento no quede configurada como un Derecho Fundamental, —nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.”²³¹

Actualmente, el régimen jurídico aplicable en esta materia, se encuentra contenido en el artículo 10 de la Ley 9/2011, que establece el derecho a la intimidad y dignidad personal, en los siguientes términos:

“1. El militar tiene derecho a la intimidad personal. En el ejercicio y salvaguarda de este derecho se tendrán en cuenta las circunstancias en que tengan lugar las operaciones.

También tiene derecho al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, incluido el ubicado dentro de unidades, en los términos establecidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.

Se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo como profesional.

²³⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. Los derechos fundamentales de los militares, ob. cit., pp. 165-166.

²³¹ Ibid, pp. 167-168.

2. Las revistas e inspecciones deberán respetar en todo caso los derechos contenidos en el apartado anterior.

Como norma general, el registro personal de los militares, de sus taquillas, efectos y pertenencias que estuvieren en la unidad requerirá del consentimiento del afectado o resolución judicial. No obstante, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad, el jefe de la unidad podrá autorizar tales registros de forma proporcionada y expresamente motivada. Estos registros se realizarán con la asistencia del interesado y en presencia de al menos dos testigos o sólo de éstos, si el interesado debidamente notificado no asistiera.

3. Los datos relativos a los miembros de las Fuerzas Armadas estarán sujetos a la legislación sobre protección de datos de carácter personal. A tal efecto los poderes públicos llevarán a cabo las acciones necesarias para la plena efectividad de este derecho fundamental, especialmente cuando concurren circunstancias que pudieran incidir en la seguridad de los militares.”.

En general, la intimidad así como la protección de datos personales, están sometidos al régimen jurídico general de protección constitucional o legal, en su caso. No obstante, las particularidades de la función militar, hacen necesarias las prevenciones que la ley de derechos y deberes establece en su artículo 10.

En efecto, cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo o por razones fundadas de salud pública o de seguridad militar, puede accederse, bajo el procedimiento descrito en esa norma, a los efectos, taquillas o en el caso datos personales, sólo por razones de seguridad.

4. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA DEL MILITAR EN EL RÉGIMEN JURÍDICO CHILENO.

En el régimen jurídico chileno, nos encontramos un tratamiento constitucional similar, en el sentido que la dignidad de la persona no se encuentra tratada entre los derechos fundamentales, sino contemplada en el artículo 1° de la Carta Fundamental en el capítulo destinado a las Bases de la Institucionalidad, que posee el mismo carácter inspirador y esencial para la interpretación de toda la Constitución.

El artículo 1° de la Constitución Chilena dispone expresamente: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. ... El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”.

En el capítulo destinado a los derechos fundamentales, el artículo 19 del texto constitucional contempla los derechos a que hace mención el artículo 10 de la Ley 9/2011, en España, a saber: “4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; 5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;”.

De esta manera puede evidenciarse, que el tratamiento del desarrollo de estos derechos no difiere sustancialmente en ambos sistemas, además, las particularidades de los mismos en relación a la función militar están abordados por ley y simplemente no difieren sustancialmente de la legislación general que se ha

dictado en la materia. Un claro ejemplo en el caso chileno, la regulación del acoso laboral y sexual.

En efecto, la vigencia de la ley N° 20.609, que “Establece medidas contra la discriminación”, - en su artículo 15 modifica la ley N° 18.834/1989, sobre “Estatuto administrativo” incorporando la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio contra la dignidad de los demás funcionarios, considerando una acción de este tipo el acoso sexual, entendido en los términos del artículo 2° inciso segundo, del Código del Trabajo²³² y la discriminación arbitraria, según lo define el artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.²³³

De esta misma forma, la ley N° 20.607 de 2012, complementa la anterior normativa al sancionar las prácticas de acoso laboral, modificando de igual forma la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, al incorporar una nueva letra “m)” al artículo 84, estableciendo la prohibición de realizar todo acto calificado como

²³² “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”.

²³³ “Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”.

acoso laboral, en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.²³⁴

Estas normas inicialmente laborales, han sido legalmente integradas al sistema estatutario general sin particularidad ni singularización alguna. Este contenido del ordenamiento jurídico general, permite al personal de la administración, acceder a un derecho sustantivo protector y garantizador de la dignidad de los funcionarios de la administración del Estado.

Consecuente con lo expuesto, cabe preguntarse ¿cuál es el régimen aplicable al personal militar?.

El primer aspecto a analizar, es el de la aplicación de las normas descritas al personal militar, atendido que las normas del Estatuto General (Ley.18.834/1989), permiten la aplicación de los estatutos especiales que contempla la legislación chilena, en forma preferente.

En este sentido, el personal de las Fuerzas Armadas se rige por el Decreto con Fuerza de Ley (G) N°1 de 1997, del Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Guerra, “Estatuto para el Personal de las Fuerzas Armadas²³⁵. En dicho cuerpo normativo, el artículo 138 dispone: “El personal estará sujeto a los deberes y restricciones inherentes a la profesión militar contenidos en la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en el presente Estatuto, en el Código de Justicia Militar, en el Reglamento de Disciplina respectivo y en la Ordenanza de la Armada, según corresponda. Igualmente, el personal estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas para los empleados de la

²³⁴ “Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”.

²³⁵ <http://www.leychile.cl/Consulta/exportarLista?selectNorma=76465.2016-01-06.0.0>

Administración Civil del Estado en la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, en cuanto fuere procedente.”.

Como se puede apreciar, el estatuto general remite al estatuto especial y a su vez, el estatuto especial al no contener una norma en tal sentido - reenvía expresamente de vuelta al estatuto general de la administración del Estado, la ya citada norma del artículo 84 letras l) y m).

Sin perjuicio de lo expuesto, la dignidad de la persona es una materia de especial importancia para el mundo militar. La Ordenanza General del Ejército, se preocupa especialmente de tratarlo en los artículos 92 al 94, en los siguientes términos:

“Artículo 92. En su quehacer cotidiano, esta cultura militar, cónsona con la cultura nacional, se expresa en la convicción que el respeto por la vida privada y la dignidad de las personas debe manifestarse en su interior permitiendo a sus miembros los espacios necesarios para su desarrollo integral, sin interferir en la esfera privada de cada cual y permitiendo a todos escoger su mejor forma de realización personal. No obstante, es indispensable advertir que la libertad en ninguna parte es absoluta, pues excluye siempre aquellas actividades que, aunque se gesten en el ámbito de lo privado, impactan en los demás. Por lo mismo, la Institución demanda de sus integrantes un comportamiento que nunca debe traspasar el límite donde el ejercicio de estos derechos afecte los derechos de otros o bien el prestigio, honor u orden normativo del Ejército.

Artículo 93. También es parte sustantiva de la cultura militar la convicción que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que como tal resulta esencial para permitir la plena realización y el mejor crecimiento individual de la persona humana. Fortalecerla, fomentar su unidad y bienestar sin importar sus creencias religiosas o filosóficas, debe ser siempre una preocupación de todo militar. Es fundamental que se respeten los derechos de todos los integrantes de

las familias de los militares y se evite toda forma de violencia o maltrato dentro de ellas.

Artículo 94. Limitar el tiempo dedicado al trabajo es, igualmente, parte fundamental de la cultura militar del siglo XXI. La entrega anímica que significa escoger la profesión militar es de por sí suficientemente demandante debido a los sacrificios, peligros y tareas que exige en cualquier parte del país –o fuera de él– como para que, en tiempos de normalidad, se agreguen además recargas innecesarias a las labores diarias.”²³⁶

En síntesis, la dignidad de la persona debe ser una preocupación esencial del militar. Aunque el tratamiento, en la normativa española y chilena difiere. Pues en el primer caso existe una regulación expresa en la Ley 9/2011 de derechos y deberes, cabe hacer presente que aunque en forma más dispersa, la legislación chilena, ya sea a nivel constitucional, legal y reglamentario se ocupan igualmente de su tratamiento y prevalencia.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²³⁶ http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/Archivos/OG_Ejercito.pdf



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPITULO VI

EL DERECHO DEL MILITAR DE DIRIGIRSE AL DEFENSOR DEL PUEBLO Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.

1. EL DERECHO DEL MILITAR DE DIRIGIRSE AL DEFENSOR DEL PUEBLO.

En el sistema español, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 17 de la ley 9/2011 de 27 de julio. Su claro tenor expresa que el militar podrá dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

El profesor Joaquín María Peñarrubia Iza, señala en esta materia que “La ley del Defensor del Pueblo se ha preocupado de configurar a la institución expresamente como un Ombudsman de amplias competencias. Entre ellas destaca, a nuestros efectos, la caracterización expresa como Ombudsman militar, para lo cual se establece en el artículo 14 de la Ley que: “El defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el Título Primero de la Constitución, en el ámbito de la Administración Militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional”.^{237 238}

Según el autor, “de la exégesis de este precepto, destaca, en primer lugar, que sólo menciona a la Administración militar, pero no a las Fuerzas Armadas,

²³⁷ PEÑARRUBIA IZA, J.M. El Ombudsman Militar y Defensor del Pueblo. Estudio de Derecho Comparado y Español. Editorial Dilex. SL.,2001, p. 85.

²³⁸ Otros países que han regulado el ombudsman general con competencias para los asuntos militares militares: Austria, Holanda, Polonia y Portugal. Ibid, pp. 77-81.

siendo que la Constitución distingue o, al menos, menciona ambas denominaciones en diversos preceptos (por ejemplo, en los artículos 8,62,97 y 149.1.4). En segundo lugar, emplea un concepto no ya indeterminado, sino amplísimo, como es el mando de la Defensa Nacional. Ahora bien ¿se refiere sólo a lo que podríamos llamar mando político de Defensa, o a todas las órdenes realmente relevantes para la Defensa? ... pero lo destacable, lo verdaderamente importante, es que la Ley ha previsto expresamente la actuación del Defensor del Pueblo como Ombudsman militar.”²³⁹

Al respecto, el precepto contenido en el artículo 17 de la ley 9/2011 de 27 de julio, aclara en forma permanente cualquier duda respecto del derecho del militar para dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo, de conformidad a lo que establece su respectiva ley, con lo cual queda de manifiesto que en esta materia no operarían las particularidades del derecho de petición en materia militar, que se caracterizan por la institución del conducto regular. Por ello, de acuerdo a este precepto, no podría exigirse previamente el agotamiento de vía administrativa jerárquica como procedimiento tipo para ocurrir al Defensor del Pueblo.

Por el contrario, en el caso chileno la institución del Defensor del Pueblo no existe, por ello su posible comparativa no es posible. Si bien han existido diversos intentos legislativos, para establecer esta institución con carácter general, dichas iniciativas no han prosperado.²⁴⁰

²³⁹ Ibid, pp.85-86.

²⁴⁰ Ver: ombudsman.bcn.cl y Capitulo Chileno del Ombudsman en ombudsman.cl

Sin perjuicio de ello y con miras a su futuro estudio, cabe señalar que la solución del modelo español, de darle una característica general a este derecho, disponiendo el reenvío a la Ley Orgánica 3/ 1981, de 6 de abril, no es la única alternativa posible en esta materia, ya que en el modelo alemán se ha preferido la creación de un defensor del pueblo específico para los militares²⁴¹ ²⁴². El origen de la designación por el Bundestag alemán de un Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas, fue el artículo 45b de la Ley Fundamental de Bonn, introducido por Ley de 19 de marzo de 1953, que establece “Para defender los derechos fundamentales y con carácter de órgano auxiliar del Parlamento Federal en el ejercicio del control parlamentario se nombrará un Comisionado del Parlamento Federal para asuntos de la Defensa. La reglamentación se hará por ley federal.”.²⁴³ Este comisionado tiene el cometido de auxiliarle, en el ejercicio del control parlamentario de las Fuerzas Armadas Federales (Bundeswehr) y coadyuva al esclarecimiento de presuntas irregularidades en la Bundeswehr, actuando por instrucción del Bundestag o de la Comisión de Defensa, sin perjuicio que pueda actuar a iniciativa propia cuando tiene conocimiento de indicios de

²⁴¹ El primer ejemplo fue el caso sueco durante la primera guerra mundial en 1915 “Militieombudsman”. Señala el autor que: “Su régimen jurídico es en todo semejante al del “Justitie Ombudsmannen”: independencia del poder ejecutivo y vinculación directa al “Riksdag”. La diferencia entre ambas figuras es la especialización del “Militieombudsman” en la supervisión de la actuación de la Administración militar, motivada por la especialización de dicha Administración con respecto a la civil en lo que se refiere a las condiciones del servicio a los soldados y de los militares profesionales, así como en lo referente a los derechos individuales de quienes están sometidos a la disciplina militar.” Esta situación de dualidad de Ombudsmans se mantiene hasta 1968. Dicho año, por aplicación de una Reforma producida por ley de 14 de diciembre de 1967, se suprime la existencia del Ombudsman militar y se establece por el “Riksdag” una institución única”. PEÑARRUBIA IZA, El Ombudsman Militar ..., p.26.

²⁴² Otras experiencias especializadas de ombudsman pueden encontrarse en: Noruega. *ibid*, p. 29. Finlandia y Dinamarca. *Ibid*, p.32. Israel, p.47. Australia. *Ibid*, p.53. También cabe citar el caso Canadiense, que aunque es diferente pues se trata de la Comisión Canadiense de Derechos Humanos. *Ibid*, 57.

²⁴³ *Ibid*, pp.37-38.

violaciones de los derechos fundamentales de los soldados o de infracciones de los principios de la conducta militar.

Todo soldado, hombre o mujer, tiene la posibilidad de dirigirse directamente al Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas. Por tanto, el Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas es a la par el *ombudsman* (defensor del pueblo) para los integrantes de las Fuerzas Armadas.

El Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas informa al Bundestag como mínimo una vez al año sobre los resultados de su actividad. Es elegido por los diputados del Bundestag en votación secreta por un período de cinco años. No es miembro del Bundestag ni funcionario, sino que ocupa una posición especial: El Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas desempeña su cargo "para la protección de los derechos fundamentales y en calidad de órgano auxiliar del Bundestag para el ejercicio del control parlamentario" sobre las Fuerzas Armadas.²⁴⁴

Sus funciones y competencias concretas están reguladas por la Ley del Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas. En la misma, se especifican los dos casos en que actúa: por instrucción del Bundestag o de la Comisión de Defensa y cuando tiene conocimiento de circunstancias de las que se derive la existencia de una violación de derechos fundamentales de los soldados o una infracción de principios de la conducta militar.

En este control parlamentario de las Fuerzas Armadas, efectúa comprobaciones ante incidencias ocurridas en el seno de la Bundeswehr que despiertan la sospecha que pueden constituir un atentado contra la dignidad humana o una restricción indebida de la libertad de opinión o menoscabar la protección jurídica de los soldados. Las circunstancias específicas que dan lugar a

²⁴⁴ Ibid, p.42.

las comprobaciones pertinentes pueden llegar a conocimiento del Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas con ocasión de visitas de inspección o a través de informaciones de prensa, comunicaciones por parte de diputados del Bundestag o instancias presentadas por soldados. En este último caso, es el interlocutor de todos los soldados, hombres y mujeres, desde el soldado raso hasta el general. Todo soldado tiene el derecho de dirigirse al Delegado Parlamentario, individual y directamente y sin necesidad de respetar la vía jerárquica. En el ejercicio de su derecho puede someterle a su conocimiento todo aquello que considere incorrecto o injusto. Por tanto, las peticiones pueden referirse a cualquier asunto relacionado con la actividad militar cotidiana, desde problemas de servicio hasta cuestiones sociales e incluso dificultades personales.

No se requiere que el soldado presente su petición personalmente. También un compañero, una persona de confianza o un familiar pueden dirigirse al Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas en favor de los intereses del soldado, si bien en estos casos antes de tomar cartas en el asunto se solicita el consentimiento del soldado afectado.

En el ejercicio de sus atribuciones y funciones constitucionales, el Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas está facultado para recabar informaciones y presentar iniciativas o propuestas. Tiene el derecho de controlar al Ministerio Federal de Defensa y a todos los servicios y personas subordinados al mismo. Además, puede solicitar auxilio administrativo. Los tribunales y autoridades administrativas de la Federación, de los Estados Federados y de los municipios están obligados a asistirle a efectos de la realización de las diligencias pertinentes.

Para el desempeño de sus funciones el Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas puede recurrir a diversos derechos y fuentes de información. Tiene el derecho de solicitar al Ministro Federal de Defensa y a los órganos y servicios a él subordinados cualesquiera informaciones que considere pertinentes y a consultar los expedientes relevantes para su labor, como por ejemplo:

- Puede oír personalmente tanto a los interesados que presentan una instancia como a testigos.
- Puede visitar en cualquier momento y sin aviso previo las tropas, estados mayores, instalaciones y dependencias administrativas de la Bundeswehr.
- Puede recabar informes sobre el ejercicio del poder disciplinario en las Fuerzas Armadas y asistir como observador a las vistas de los procesos penales y procedimientos disciplinarios.

Tiene asimismo, los siguientes derechos y fuentes de información: Derechos de información y consulta de expedientes, toma de declaración a testigos, derecho de visita a las tropas, solicitud de informes y asistencia a procedimientos judiciales.

Finalmente, comprobada una deficiencia o un comportamiento irregular, puede instar a las autoridades competentes a que adopten las prevenciones necesarias para evitar que se repitan en el futuro. Además, puede trasladar sus actuaciones a la autoridad competente a efectos de la incoación de un procedimiento penal o de un expediente disciplinario.

Las iniciativas o propuestas del Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas no son instrucciones ni órdenes vinculantes, lo cual no significa que deba subestimarse su influencia. La práctica demuestra que la existencia de una instancia de petición independiente a la cual pueden acudir todos los soldados tiene de entrada una repercusión positiva en el ejercicio del mando.²⁴⁵

²⁴⁵ Sobre el Delegado Parlamentario para las Fuerzas Armadas en Alemania, véase in totum Peñarrubia Iza, Joaquín María, *El Ombudsman militar...*, cit., pp. 37-45.

Es razonable considerar, pues, que de los dos modelos por los que se podría optar, el de un Defensor del Pueblo con características generales y la atribución de competencias en materia militar, como en el modelo español o uno con características especiales, como en el caso alemán, en el caso chileno atendida la falta de experiencia en la institución y las posibles diferencias y particularidades del sistema, quizás sería aconsejable que se implementase la institución del Defensor del Pueblo, se optase por la fórmula española, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas, manteniendo en integridad los principios de Jerarquía y Disciplina en el ámbito militar.

2. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS MILITARES.

2.1. El derecho de asociación de los militares españoles.

En el ordenamiento jurídico español, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 14 de la ley 9/2011, de 27 de julio, que dispone expresamente que:

“1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I.

3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos.”

Hoy este derecho plenamente reconocido en su ejercicio, según da cuenta la regulación dictada al efecto y el registro de asociaciones constituidas, nos presenta el marco para exponer someramente su establecimiento en el ordenamiento jurídico español.

En referencia a la nueva regulación contemplada en el ya citado artículo 14, FERNÁNDEZ GARCÍA señala: “De esta forma, a diferencia de lo establecido en las derogadas Reales Ordenanzas de 1978, la nueva ley orgánica de derechos y deberes consagra el mismo contenido del derecho fundamental de asociación que el establecido con carácter general en el art. 22 CE y en la ley orgánica de 2002 que lo desarrolla, con los únicos límites impuestos por el precedente art. 7 LODDFAS, y ello con la pretendida finalidad de garantizar la neutralidad política y sindical de las Fuerzas Armadas, lo que implica que a sus miembros les van a estar vedadas esas concretas modalidades asociativas, a saber, los partidos políticos y sindicatos, así como las actividades relacionadas con los mismos y, más en concreto, las propias de la acción sindical, esto es, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo y el ejercicio del derecho de huelga. Como compensación por esas limitaciones, y a diferencia de las ROSFAS 1978, el legislador orgánico vino a consagrar lo que la jurisprudencia constitucional ya reconocía, esto es, el derecho de asociación profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, remitiendo para su regulación a lo dispuesto en el título III, capítulo I de la misma LODDFAS, con la expresa prohibición de que lleven a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos.”^{246 247}

²⁴⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, I. Los derechos fundamentales de los militares, cit., pp. 420-421. Respecto del tratamiento de este derecho para los militares españoles, véase in totum, ibid, pp. 419-443.

En ese sentido y de acuerdo a la información que publica el Ministerio de Defensa de España, “la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, al establecer en su artículo 14 que los militares tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y pueden ejercerlo cuando tenga como fin la defensa de los intereses profesionales y los derechos establecidos en la Ley Orgánica 9/2011. Por otro lado, una asociación adquiere personalidad jurídica y capacidad de obrar en el momento de formalización de su acta fundacional, por ello en el caso de que dicha asociación quisiera inscribirse en el marco legal delimitado por el Título III, Capítulo I de la Ley Orgánica 9/2011, deberá inscribirse en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas (RAPFAS) habilitado a tal efecto en el Ministerio de Defensa. El RAPFAS es un órgano administrativo del Ministerio de Defensa adscrito a la Secretaría Permanente del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, que se encuentra ubicado en Madrid y con carácter unitario para todo el territorio nacional.”²⁴⁸

Según indica el mismo ministerio, en el registro actualmente se encuentran inscritas las siguientes asociaciones:²⁴⁹

ASFASPRO - Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas

AUME - Asociación Unificada de Militares Españoles

²⁴⁷ Respecto del derecho de sindicación en la antigua regulación, puede consultarse: GÓMEZ MARTÍNEZ, R. Derechos fundamentales y condición militar, Civitas Thomson Reuters, España, 2010, pp. 139-146.

²⁴⁸ <http://www.defensa.gob.es/rapfas/>

²⁴⁹ <http://www.defensa.gob.es/rapfas/>

ATME - Asociación de Tropa y Marinería Española

AMTM - Asociación de Militares de Tropa y Marinería

AMCOFAS - Asociación de Militares de Complemento de las Fuerzas Armadas

AUMPE - Asociación Unificada de Militares Profesionales de España

AMO - Asociación de Militares Ourensanos

UMT - Unión de Militares de Tropa

Es oportuno señalar, que el régimen jurídico español aplicable a este derecho se encuentra en el siguiente grupo normativo: Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociaciones. Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería. Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones. Orden DEF/3217/2011, de 18 de noviembre, por la que se regula el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas. Orden DEF/2/2015, de 8 de enero, por la que se modifica la Orden DEF/3217/2011, de 18 de noviembre, por la que se regula el RAPFAS. Orden DEF/444/2012, de 27 de febrero, por la que se delegan determinadas competencias.

La regulación del derecho de asociación de los militares en España es diferente a la que ofrecen otros sistemas jurídicos. A efectos puramente ilustrativos mencionamos en especial el modelo alemán, por cuanto en este sistema jurídico el derecho no tiene ninguna limitación para el militar diferente a la de cualquier ciudadano común.

En efecto, el apartado 308 de la normativa alemana señala expresamente que “Los integrantes de la Bundeswehr gozan, en principio, de los mismos derechos fundamentales que el resto de ciudadanos, y con idéntica amplitud que éstos. El uso de algunos derechos fundamentales se encuentra limitado en virtud de leyes de Defensa, por razón de necesidades militares (cf. Anexo 2, N° 2). No obstante, los derechos fundamentales se mantienen en su esencia. Y por ello velan, además de diversas instancias militares, órganos civiles, especialmente los judiciales.”²⁵⁰

En el mismo sentido, lo afirma Fernández García que señala: “Por lo que hace al derecho de asociación de los militares en el Derecho comparado y, comenzando por Alemania, éste es uno de los derechos que el art. 17a.1 de la Ley Fundamental de Bonn no comprende entre los que resulta posible restringir a un profesional de la milicia. Es por ello, que el derecho de asociación profesional así como el de sindicación no encuentra otros límites para los militares alemanes que los existentes para la generalidad de los ciudadanos.”²⁵¹

2.2. El derecho de asociación de los militares chilenos.

Como podemos apreciar, el marco de regulación del derecho de asociación de los militares puede recorrer un amplio espectro, desde la sujeción general a todo ciudadano sin limitaciones especiales como el caso alemán, al reconocimiento con limitaciones como el sistema español y llegando a la tesis de la prohibición absoluta como ocurre en el caso chileno, que a continuación expondré.

²⁵⁰ Capítulo 3° N° 308 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255, cit.

²⁵¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, cit, p. 441.

El artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República de Chile, señala que la Constitución asegura a todas las personas el derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Por otra parte el artículo 19 N° 19 de la Carta fundamental, dispone que el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades políticas o partidistas.

Como se puede advertir, el constituyente no reparó en una especial mención respecto del personal militar y sus derechos al momento de establecer estas normas, por ello el legislador ha regulado en la ley N°19.296/1994 esta materia.

El artículo 1° de la ley N° 19.296/1994 que “Establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado” dispone expresamente: “Reconócese, a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y del Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Asimismo, les será aplicable esta ley a los miembros del Poder Judicial

actualmente en ejercicio o jubilados, sin perjuicio de las excepciones que se señalan. **Esta ley no se aplicará, sin embargo, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste,** ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos.”

En esta materia, la contraloría General de la República ha tenido ocasión de pronunciarse en Dictámenes N° 47.967, de fecha 13 de diciembre de 2000 y N°7.604. de 21 de Febrero de 2003, señalando que los trabajadores del Hospital Militar no pueden constituir una organización sindical, pues según el artículo 3° inciso segundo de la Ley 18.476, dichos trabajadores están afectos a la prohibición de constituir sindicatos y de afiliarse a organizaciones sindicales, dada su calidad de servidores públicos. Tampoco les es factible constituir una Asociación de Funcionarios acorde a la Ley 19.296, pues según el artículo 1° inciso segundo de ese texto legal, sus normas no son aplicables a los servidores vinculados a la Fuerzas Armadas. Este mismo criterio, ha sido sostenido y reiterado por el órgano contralor en dictamen N° 50.4557/2009, en el sentido que no es posible dar aplicación a este derecho, atendido el tenor de la ley respecto del personal de las Fuerzas Armadas: “Pues bien, lo expuesto permite colegir que los servidores por cuya situación se consulta revisten el carácter de funcionarios de la Armada de Chile y, por ende, integran las Fuerzas Armadas, de modo que, en atención a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 19.296, se encuentran excluidos de la aplicación de dicho texto legal. Finalmente, la recurrente afirma que el hecho de excluir de la aplicación de la ley N° 19.296 a dicho personal, constituye una vulneración al Convenio N° 151, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Al respecto, es oportuno advertir que dicho pacto internacional fue promulgado por el decreto N° 1.539, de 2000, del Ministerio de Relaciones

Exteriores, cuyo artículo 1º, N° 3, referido a su ámbito de aplicación, señala que “la legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las Fuerzas Armadas y a la Policía.”. En ese orden de ideas, es dable aclarar que el instrumento aludido exige a los Estados que lo suscriban, el hecho de determinar, a través de su derecho interno, el ámbito de aplicación de las garantías que establece, cuando se trate de las Fuerzas Armadas, razón por la cual, no se aprecia una vulneración de estas últimas, al aplicar la ley N° 19.296, que, tal como se indicó, las excluye de sus disposiciones.”²⁵²

El pronunciamiento anterior, fue reiterado a su vez por el órgano contralor en Dictamen N° 29.320 de 2 de junio de 2010, señalando expresamente: “Sobre el particular, es dable expresar, en primer término, que la Constitución Política de la República, en su artículo 101, establece, en lo que interesa, que las Fuerzas Armadas, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes, agregando a su vez, que son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas. Por su parte, la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, además de reiterar lo dispuesto en la Carta Fundamental, prescribe, en su artículo 2º, inciso segundo, que “El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas”. ... De lo expuesto precedentemente, es dable deducir que los funcionarios contratados con los fondos provenientes del mencionado patrimonio de afectación integra la Armada de Chile, y como tal están sujetos a la prohibición de constituir organismos sindicales que afecta a los miembros de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, cabe concluir que a los

²⁵² Dictamen N° 50.4557/2009, en

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

referidos servidores contratados por el Servicio de Bienestar Social de la Armada, le son aplicables las prohibiciones que el ordenamiento jurídico impone a todos aquellos que integran dicha institución, específicamente, la de pertenecer a sindicatos.”²⁵³

Este tema también ha sido analizado por el Tribunal Constitucional Chileno, en Sentencia Rol N° 1790-10 INA, en la cual la norma del artículo 1° de la Ley 19.296, no fue declarada inconstitucional, atendido que no existió mayoría de los ministros integrantes para ello, rechazándose en definitiva el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto.²⁵⁴

Todo se inicia con fecha 5 de agosto de 2010, por el JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CONCEPCIÓN que ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 19.296, que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado. La norma impugnada tal como ya se ha expuesto anteriormente dispone: “Esta ley no se aplicará, sin embargo, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos.”

²⁵³<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

²⁵⁴ “SE DECLARA: Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual se rechaza el requerimiento.”. STC Chile Rol 1790-10-INA. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/>

La gestión judicial invocada es el proceso monitorio Rol N° I-36-2010, caratulado “AMIGO con INSPECCIÓN COMUNAL DEL TRABAJO”, sobre reclamo en contra de resolución administrativa de la Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano, fechada el 22 de junio de 2010, que denegó el depósito de actas de la Asociación de Funcionarios de la Dirección de Bienestar de la Segunda Zona Naval, por considerar el órgano reclamado que no es posible constituir legalmente una asociación de funcionarios en dicha repartición pública.

Los ministros que argumentaron fundamentalmente en relación a la constitucionalidad de la norma y su compatibilidad con las especiales características de las Fuerzas Armadas, han sostenido en los considerandos del fallo para rechazar el requerimiento, lo siguiente:

“18°. Que las Fuerzas Armadas, en tanto cuerpos armados “esencialmente obedientes y no deliberantes”, además de “profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”, por imperativo del artículo 101, inciso tercero, constitucional, naturalmente no pueden cobijar en su interior aquellas asociaciones de funcionarios regidas por la Ley N° 19.296, habida cuenta de que tales características constitucionales resultan inconciliables con la naturaleza y finalidades legales que persiguen estas entidades.

Así, no se divisa cómo aquellos rasgos sustanciales que definen a las Fuerzas Armadas, podrían compatibilizar con las funciones que el artículo 7°, inciso segundo, de la Ley N° 19.296 le encomienda a dichas asociaciones de funcionarios, entre otras “promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos” (letra a), “hacer presente, ante las autoridades competentes, cualquier incumplimiento de las normas del estatuto administrativo y demás que establezcan derechos y obligaciones de los funcionarios” (letra d), o “dar a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal, a la carrera funcionaria, a la capacitación y a materias de interés general para la asociación” (letra e), por ejemplo;

19°. Que la historia de la Ley N° 19.296 (Boletín 696-06) da cuenta de que ella tuvo por objeto hacer extensivo, a través de las entidades que contempla su texto, el derecho de asociación a los trabajadores del sector público, con las especificidades propias que imponen la función administrativa y el estatuto que los rige, pero exceptuando a las Fuerzas Armadas, según preveía desde su origen el Mensaje presidencial de 20 de mayo de 1992. Lo que fue aprobado por una amplia mayoría en la Cámara Baja, con sólo dos abstenciones, y por unanimidad en el Senado.

A lo que cabe agregar que dicha excepción encuentra justificación, asimismo, en el artículo 22, N° 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el que, a propósito del derecho de asociación, preceptúa que ello “no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

20°. Que, en el caso de autos, la prohibición que el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 19.296 impone a las Fuerzas Armadas y, más específicamente, a su personal, tiene que ver con las características que la Constitución impone a dichos órganos del Estado, tal y como se ha recordado en el considerando decimoctavo. Pero también tiene que ver con las misiones constitucionales asignadas por la propia Carta Fundamental a los cuerpos armados.

Si, por ejemplo, se constituyera una asociación de funcionarios del Servicio de Bienestar de la Armada que pretendiera recabar información sobre la acción de dicho Servicio, al tenor de lo previsto en la letra c) del artículo 7° de la Ley N° 19.296, podría darse pie para una deliberación sobre la forma en que dichos cometidos se están cumpliendo, al tiempo de generarse una vulnerabilidad desde el punto de vista de la seguridad nacional en caso que dicha información implicara

revelar aspectos secretos o reservados por disposición de una ley de quórum calificado y en concordancia con lo prevenido en el artículo 8º de la Ley Fundamental.

Lo anterior explica que la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas disponga, en su artículo 2º, inciso segundo, que “el personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas.”

21º. Que, por lo expresado, la norma impugnada tampoco contradice el artículo 19, N° 15º, inciso primero, de la Constitución, ya que se limita a excluir de esa específica Ley N° 19.296 a las Fuerzas Armadas, por razones atendibles y justificadas, pero sin impedir a sus miembros ejercer -en calidad de ciudadanos- aquel derecho que a todas las personas asegura la Carta, en tanto facultad de asociarse voluntaria y permanentemente con otros para la consecución de ciertos objetivos comunes, siempre que no menoscaben la moral, el orden público ni la seguridad del Estado.

Tal como sostuvo este Tribunal en sentencia Rol N° 43, el análisis de la citada disposición suprema permite distinguir entre este derecho genérico reconocido en su inciso primero, cuyo ejercicio no se encuentra supeditado a prescripción legal alguna, de una parte, y la específica facultad asegurada en el inciso segundo para gozar de personalidad jurídica por parte de las asociaciones, de otra, caso en el cual “deberán constituirse en conformidad a la ley” (considerandos 11º al 14º);

22º. Que, en esta lógica, forzoso es concluir que la Ley N° 19.296 no afecta aquel derecho genérico de asociación sobre que versa el inciso primero del artículo 19, N° 15º, constitucional, ni prohíbe su ejercicio –en cuanto ciudadanos- a quienes forman parte del personal de las instituciones armadas.

Dicha ley, en verdad, conforme se remite el inciso segundo de esa misma norma fundamental, tiene por objeto reglar los requisitos y trámites que deben satisfacer las asociaciones de funcionarios para contar con personalidad jurídica propia de derecho privado, según prevé el artículo 9° de este cuerpo legal, a la par de establecer las funciones, derechos y obligaciones que resulten de su actuar en el campo jurídico;

23°. Que, por eso y según el léxico, la locución adverbial “en conformidad a la ley”, empleada en el citado inciso segundo del artículo 19, N° 15°, significa que corresponde al pertinente acto legislativo de voluntad determinar en cuáles supuestos y bajo qué condiciones pueden constituirse las asociaciones que pretendan gozar de personalidad jurídica propia.

Atribución que la Ley N° 19.296, como se dijo, ha ejercido razonablemente, al excluir de sus normas a las Fuerzas Armadas.”²⁵⁵

Sobre la base de estos fundamentos, la norma que prohíbe el establecimiento de asociaciones de funcionarios *ad intra* de las Fuerzas Armadas es constitucional y en consecuencia continúa perfectamente vigente. Pero, debemos hacer un análisis un poco más profundo a la limitación de este derecho fundamental.

Si bien inicialmente aparece como una limitación absoluta de su ejercicio, al no estar prohibido por el texto constitucional el derecho de asociación al personal militar, es posible señalar entonces que dicho personal está expresamente facultado por dicho texto para asociarse, salvo en el ámbito de la exclusión del artículo 1° de la ley 19.296/1994.

En efecto, como podría estar prohibido a estas personas que integran las Fuerzas Armadas el asociarse a un Club Deportivo o a una organización social de ayuda humanitaria. Lo que señala el precepto es que no está permitida la constitución de asociaciones de funcionarios al interior de las Fuerzas Armadas, es este carácter el que no está habilitado por el legislador para ejercerse, tal como

²⁵⁵ STC CHILE 1790/2010. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/>

han explicado los Señores Ministros del Tribunal Constitucional, en razón de su carácter jerárquico, disciplinado y en razón de su función de defensa nacional.

En este mismo sentido, los ministros que estuvieron por acoger el recurso han expuesto como argumento lo siguiente: “5. Que lo señalado implica que los funcionarios del sector defensa, por ejemplo, gozan en principio del derecho de asociación en materia religiosa, sin necesidad de solicitar un permiso previo a sus superiores, y que, asimismo, no tienen limitaciones a este derecho en otras cuestiones diferentes al ejercicio de su función militar, siempre que no se afecte la naturaleza de la organización dentro de la cual trabajan. En consecuencia, no basta configurar la limitación sino que es menester identificar la finalidad que la justifica;”.

Desde ese punto de vista, cabe indicar al igual que los señores Ministros que: “16.... La regla por la cual se justifica esta limitación se encuentra en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (en adelante LOC FFAA), cuyo texto señala: “El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos, a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso anterior o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas.”;

17. Que esta restricción sobre el genérico derecho de asociación se traduce en una prohibición de dos manifestaciones del mismo derecho: la pertenencia a partidos políticos y a sindicatos. El impedimento de involucrar a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Seguridad y Orden Público en la actividad política o sindical se explica porque ello afectaría la naturaleza de la organización militar y las características que la Constitución define en su artículo 101;”.

En este aspecto cabe detenerse, pues este tipo de asociación prohibida a saber: partidos políticos y sindicatos, también está recogida y vigente en el ordenamiento jurídico español y en especial en el artículo 14.3. de la Ley 9/2011, que dispone expresamente: “Las asociaciones de miembros de las Fuerzas

Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos.”.

Por ello, la diferencia radicaría en el reconocimiento de constituir asociaciones de funcionarios de las Fuerzas Armadas, que en el caso español se encuentra autorizado por ley desde 2011, tal como se ha expuesto y en el caso chileno no está permitido por ley desde 1994.

Sin embargo, en el caso chileno, esta prohibición no deja un margen de acción para la adscripción a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomiendan a las Fuerzas Armadas.

Razonan en el mismo sentido el fallo del Tribunal Constitucional: “19. Que, como ya vimos, la prohibición de estas dos manifestaciones del derecho de asociación constituye un principio de protección a la sociedad, y sólo así se explica. Las Fuerzas Armadas involucradas en política o realizando acciones de reivindicación sindical terminarían condicionando la deliberación democrática del Congreso, fracturando de ese modo el sistema democrático representativo y debilitando la autoridad de la estructura jerárquica de sus mandos. Por lo mismo, estas prohibiciones que pesan sobre los derechos individuales de sus integrantes en realidad constituyen muy razonables limitaciones;

20. Que, por lo demás, así se entiende en la generalidad de las democracias, en tanto que algunas Constituciones y la mayoría de los autores manifiestan la aceptación de esta prohibición. Sólo a título de ejemplo, la Constitución Española expresamente dispone en su artículo 28.1 la prohibición de sindicación de los funcionarios de las Fuerzas Armadas;

21. Que, sin embargo, más allá de la participación en partidos o sindicatos, todos los demás casos de compromiso asociativo deberán ponderarse casuísticamente -en relación a los límites constitucionales arriba mencionados-, con el objeto de precisar si constituyen el tipo de asociaciones que pueden restringirse por afectar la función de las Fuerzas Armadas;”.

En resumen, refuerza la tesis de la constitucionalidad de las limitaciones de este derecho de asociación a los militares en Chile, un único fallo de la Jurisdicción laboral respecto de la impugnación de la constitución de una asociación. En efecto, en dicha sentencia se sostiene claramente en sus considerandos 17, 18 y 19, la perfecta compatibilidad de esta restricción con los tratados internacionales y la Constitución política de la República, ya que es al legislador a quien se le ha entregado la competencia para limitar o restringir este derecho en el caso del personal militar o de policía.

Los argumentos del fallo se refieren expresamente a esta temática:

“DECIMO SEPTIMO: Que, por su parte, conforme, lo establecido en el artículo 9, N° 1 del Convenio 87, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y Convenio 151, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, en lo que atañe a la limitación de las garantías consagradas en los citados convenios, cabe tener presente, que la norma que ambos contienen, prevé que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía, luego la aplicación de tales normas podría acarrear vulneración a los derechos fundamentales como la libertad sindical, es que, la OIT a través de su Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, emitió pronunciamiento al respecto, señalando que, si bien en el artículo 9 del Convenio se autorizan excepciones a la aplicación de estas disposiciones en el caso de la policía y de las fuerzas armadas el Comité ha recordado que debería darse una definición restrictiva de los miembros de las fuerzas armadas que pueden ser excluidos de la aplicación del Convenio.

DECIMO OCTAVO: Que, en relación a lo razonado, en el motivo anterior, cabe concluir que **a la legislación nacional le corresponde determinar cuáles serán las restricciones que se impondrán a la aplicación de los convenios en cuestión respecto de las fuerzas armadas y la Policía**, de tal modo, que en el caso que nos convoca, la norma contenida en el artículo 1º inciso tercero de la Ley N° 19.296, no puede implicar la prohibición general de asociación para el personal respectivo, sin vulnerar el derecho fundamental que pertenece a todo trabajador de constituir una asociación en conformidad a la ley, luego, sostener lo contrario llevaría a trasgredir, además, la norma del artículo 5º, inciso segundo de la Constitución Política de la República. Es así que la citada disposición constitucional prevé “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Que, en el mismo orden de ideas, el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta fundamental, dispone “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

DECIMO NOVENO: Que, el sentido de tales disposiciones constitucionales, permiten sostener que, conforme el carácter excepcional del referido artículo 1º, inciso tercero de la Ley N° 19.196, ésta última norma debe interpretarse restrictivamente con respecto a la inaplicabilidad del mencionado texto legal, tratándose de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. Luego, sustentar una tesis contraria llevaría a afectar gravemente un derecho esencial, como lo es el derecho de asociación o de sindicalización, garantías que

sólo pueden limitarse o suspenderse, fundado en la protección de un bien jurídico superior.”.²⁵⁶

2.3. Determinaciones comparativas entre ambos ordenamientos.

Como se ha expuesto, inicialmente ambos sistemas parecían muy diferentes, pero del estudio particularizado han surgido matices que permiten establecer claras particularidades que muestran la forma en que la sociedad y las instituciones se desarrollan y adaptan a los cambios, manteniendo siempre sus esencias.

Desde ese punto de vista, la prohibición de constituir partidos políticos y sindicalizarse en ambos sistemas, dan cuenta de un límite al derecho de asociación que comparten, pues ello entrañaría romper con principios esenciales de la función militar.

Por otra parte, en materias no relativas al ejercicio de la función militar el personal de las Fuerzas Armadas actúa como un ciudadano más, sin otras limitaciones que las generales del orden jurídico, es decir, que dichas asociaciones no sean contrarias a la moral, buenas costumbres o la defensa nacional. Aspecto que ambos sistemas comparten, permitiendo la plena integración del militar a la sociedad civil.

En último término, ambos sistemas difieren en el derecho de constituir asociaciones de funcionarios en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

Tal como se ha expuesto este derecho se encuentra reconocido legalmente en España desde 2011 en el artículo 14 de la ley 9/2011 y jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional Español desde 2001.²⁵⁷

²⁵⁶ Sentencia Laboral RUC: 14- 4-0015422-9., en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

Sobre este último aspecto cabe señalar, al igual que HERBÓN COSTAS que “La STC 219/2001, de 31 de octubre, admitió la constitucionalidad del ejercicio por los militares del derecho fundamental de asociación profesional, cuya legitimidad había sido cuestionada históricamente, y sobre el que existían escasas referencias legales y jurisprudenciales, aparte de la expresamente contenida en el artículo 127.1 CE . Ni siquiera se refería expresa y específicamente a esta especie asociativa profesional el artículo 181 LROFAS, cuando prohibía al militar, junto con el ejercicio de la libertad sindical, el del derecho a asociarse con fines reivindicativos («asociaciones con finalidad reivindicativa»). Este concepto jurídico indeterminado, directamente enraizado en la experiencia de las Juntas de Defensa, estaba formalmente dirigido en las LROFAS a impedir la constitución de parasindicatos de militares, pero también permitía a la Administración la proscripción de otras manifestaciones del derecho fundamental amparado por el artículo 22 CE –como acertadamente señaló en el voto particular a la STC 219/2001, de 31 de octubre, el magistrado González Campos –, aunque no impedía, en principio, las de tipo «religioso, cultural, deportivo o social», por considerar legítimo su ejercicio el propio artículo 181 párrafo 2º LROFAS.”²⁵⁸

²⁵⁷La STC 219/2001, de 31 de diciembre, en su FJ 4º: « [...] su enunciado tampoco cumple otra exigencia establecida por este Tribunal: que la limitación que introduce del derecho fundamental sea cierta y previsible, pues en otro caso la restricción del derecho queda al arbitrio de quien ha de aplicar la Ley. Y a este fin cabe apreciar que los términos con los que el citado precepto enuncia la prohibición respecto a la segunda categoría son tan indefinidos e imprecisos que permiten, en detrimento del derecho de asociación que el art. 22 CE reconoce, subsumir sin dificultad dentro de las «asociaciones con finalidad reivindicativa» a muchas asociaciones creadas por miembros de las Fuerzas Armadas, como así se ha hecho respecto a la Hermandad que solicita el amparo». Véase sobre derecho de asociación de los militares españoles: FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 419-443.

²⁵⁸ HERBÓN COSTAS, J. J. Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?, Revista Española de Derecho Militar, N° 97, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, España, 2012, pp. 22-23. También en

En el caso chileno por el contrario, estamos desde un punto de vista normativo en una situación similar a la española anterior al año 2011, pero las particularidades de las sociedades y de los sistemas jurídicos podrán decantar la necesidad de regulación adicional en esta materia o el mantenimiento de los actuales esquemas normativos y regulatorios. En todo caso, no parece conveniente la regulación parcial o asilada de estas normas ya que, como en otros muchos casos, las generalidades y la ausencia de - consideración de las particularidades de la función militar no siempre comportan necesariamente un avance constitucional o legal.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO VII

EL DERECHO DE PETICIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR.

1. EL DERECHO DE PETICIÓN DEL MILITAR ESPAÑOL.

El artículo 16 de la Ley 9/2011, reconoce el derecho de petición del personal militar español en los siguientes términos:

“El militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En el artículo 28 se establecen y regulan las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas.”.

La norma antes indicada, dispone un tratamiento diferenciado de los diversos aspectos que podrían incidir en este derecho, circunscribiendo su esencia sólo al ejercicio individual y en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. Lo anterior deja fuera de su ámbito a aquellas peticiones, solicitudes quejas o sugerencias que tengan asignado por el ordenamiento jurídico un procedimiento distinto, finalmente excluyendo de plano las iniciativas y quejas en el ámbito de las

Fuerzas Armadas que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 28 de la misma Ley 9/2011 y el R.D. 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar («B.O.E.» 7 abril).

Según FERNÁNDEZ GARCÍA, “El derecho de petición de los miembros de las fuerzas e institutos armados constituye una de las pocas excepciones donde las restricciones a las que se encuentran sometidos estos profesionales en el ejercicio de sus DDFF aparecen previstas expresamente en el Texto Constitucional. Dice así el art. 29 CE: —1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley. 2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.”²⁵⁹

En este orden de ideas, cabe señalar que existe plena coherencia entre el texto constitucional español y la ley que regula los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, pues lo que establece el citado artículo 14 de la Ley 9/2011, no es sino la regulación a nivel legal de dicha limitación particular constitucional.

En este mismo sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, señala que “Así, a diferencia de otros DDFF, donde solo se incluye una habilitación al Legislador para limitar o excluir el derecho para los militares (ad ex. libertad sindical), o ni siquiera esto, viniendo las limitaciones de mano de la legislación sectorial de desarrollo, en esta ocasión es el propio texto fundamental el que restringe el derecho para los militares en dos aspectos: 1. La prohibición de las peticiones colectivas. 2. El

²⁵⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 511.

ejercicio del derecho con arreglo a su legislación específica. Adelantemos ya que el ejercicio del derecho de petición en el seno de las FAS conlleva una particular forma de llevarlo a cabo respecto a cuestiones relacionadas con el servicio: el conducto reglamentario.”^{260 261}

En consecuencia, desde la perspectiva del texto constitucional el militar español, podrá ejercer el derecho de petición en ámbitos diferentes al de las Fuerzas Armadas como cualquier ciudadano, de conformidad a la legislación general que regula ese derecho, es decir, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, siempre que lo haga individualmente, quedando vedada la posibilidad de su ejercicio en forma colectiva.

La pregunta que ha quedado expuesta es compleja: ¿Puede el militar ejercer el derecho de petición en forma colectiva en otras situaciones que no dicen relación con el ámbito de las Fuerzas Armadas?. Al parecer, tenemos dos respuestas posibles. La primera, sería la prohibición absoluta en todos los casos para el ejercicio de este derecho en forma colectiva, atendido el expreso tenor de la norma constitucional que establece un descriptor subjetivo y no en razón de la materia, al indicar: “Los miembros de las fuerzas”. Otra interpretación posible es aquella que sostiene FERNÁNDEZ GARCÍA, en el sentido que esta prohibición sólo les afectaría en aquellas materias relativas a las Fuerzas Armadas y no en otras que no guarden relación con la función militar.

²⁶⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 511-512.

²⁶¹ Respecto del derecho de petición de los militares antes de la Ley 9/2011, puede consultarse: GÓMEZ MARTÍNEZ, R. Derechos fundamentales y condición militar, cit., pp. 146-167.

Al respecto FERNÁNDEZ GARCÍA estima que: “En lo tocante a las especificidades propias del ámbito militar debemos comenzar por referirnos a la prohibición de peticiones colectivas. Consagrada expresamente en el art. 29.2 CE, se reitera en el art. 16 LODDFAS 2011. Para la Guardia Civil, la prohibición aparece en el art. 13 de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. La justificación de esta restricción impuesta por la misma Constitución se basa una vez más en los principios de disciplina y subordinación, tan necesarios para el cumplimiento de las altas misiones que el art. 8 CE asigna a las FAS.”²⁶² Agrega además, “Ahora bien, las especialidades del derecho de petición en el ámbito militar y, por ello, **la prohibición de peticiones colectivas solo se aplican a las peticiones afectantes a la relación militar del sujeto**; así, por ejemplo, peticiones relativas al servicio, reivindicaciones profesionales o relativas al desarrollo de la Ley de la Carrera Militar.”²⁶³

En esta materia, GONZALEZ NAVARRO Y ALENZA, estiman que ““Debe insistirse en que la imposibilidad de efectuar peticiones colectivas por parte de los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar se refiere únicamente a las peticiones en sentido estricto, no a otras solicitudes que suponen el ejercicio de otros derechos subjetivos en derecho. Así lo advirtió la STS de 12 diciembre de 1990, ponente: Rodríguez García (Ar. 1895), que, al ocuparse de la impugnación de una denegación por silencio de la solicitud del promotor, fundador y socio de la “Unión Democrática de Guardias Civiles” de la inscripción de ésta en el Registro de Asociaciones, tuvo que salir al paso de la pretendida equiparación de dicha solicitud, con el ejercicio del derecho de petición: “El Abogado del Estado insiste también en otro motivo de oposición al recurso que ya adujo ante la Audiencia Nacional. Que el escrito dirigido a la

²⁶² FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 514-515.

²⁶³ Ibid,p. 516.

Administración aparece firmado por el recurrente en nombre propio y, además, como mandatario verbal – según afirma – de otros miembros en activo de la Guardia Civil, hecho que, a su juicio, supone efectuar una petición colectiva prohibida por los artículos 29.2 de la Constitución y 15.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Tampoco este argumento es definitivo. No hay que confundir el derecho de petición a los órganos institucionales, que asiste a todos los españoles para impetrar decisiones de carácter político o de mera oportunidad, y se agota por su solo ejercicio – lo solicitado no tiene por qué ser necesariamente aceptado, Auto del Tribunal Constitucional 749/1985, de 30 de octubre -, con el ejercicio, valga la redundancia, por una persona o pluralidad pública, el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución que sólo puede quedar satisfecho mediante un pronunciamiento de la Administración o, en su caso, de los Tribunales que resuelva con arreglo a Derecho la reclamación reducida. Sólo en el primer supuesto, no en éste, cobra significado la restricción constitucional y legal de efectuar peticiones colectivas por parte de los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, en general, y de los miembros de la Guardia Civil, en particular, para salvaguardar la disciplina y la libertad de decisión de los poderes públicos – para preservar aquélla está también la exigencia de que las peticiones individuales de los mismos se produzca con arreglo a la legislación específica -, que en cambio no pueden verse afectadas cuando se impetra una decisión administrativa que debe producirse con sujeción al principio de legalidad.”. ²⁶⁴

A nuestro juicio, la norma constitucional y el artículo 16 de la ley 9/2011, son claros en el supuesto normativo subjetivo y sólo relevan el supuesto normativo en razón de la materia a las iniciativas y quejas del artículo 28 de la citada ley. Es

²⁶⁴ GONZALEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J. Derecho de petición: comentarios a Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, Civitas, Madrid, 2002, pp. 227-228.

decir, no existiría suficiente justificación para relevar de este requisito normativo al militar ya que el propio texto constitucional reguló en forma diferente ambos supuestos, permitiendo en el primero de ellos al ciudadano común ejercer el derecho de petición en forma individual y colectiva, dejando al militar en el segundo supuesto su ejercicio en forma individual. En este aspecto, puede apreciarse claramente el reconocimiento que describe la relación de especial sujeción del militar y bajo el prisma del Estado social y democrático de derecho, en que es reconocida y plasmada en el propio texto constitucional, como ha ocurrido con otros derechos como es el caso del artículo 28.1 de la Constitución Española referido a la limitación o excepción del derecho a sindicarse libremente.

En este mismo sentido, GONZÁLEZ NAVARRO y ALENZA señalan: “Para empezar las peticiones que deben regirse por la regulación especial restrictiva son las que tienen por objeto asuntos relacionados con la condición militar del peticionario. Las peticiones que formulen los militares sobre otros asuntos, en cuanto simples ciudadanos, se rigen por la normativa general del derecho de petición”.^{265 266}

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁶⁵ Ibid, p.208.

²⁶⁶ Al respecto sostiene GONZALEZ NAVARRO y ALENZA que “Las peticiones de los militares sometidas a su regulación específica son únicamente aquellas que tengan por objeto cuestiones de naturaleza militar o relacionadas con las Fuerzas Armadas o los Institutos armados sometidos a disciplina militar.

Ya las Constituciones de 1869 y 1876 sometían las peticiones de los miembros de una fuerza armada a “las leyes de su instituto en cuanto tenga relación con éste”. Y aunque esta especificación desapareció de los textos constitucionales posteriores – incluido el vigente – se ha mantenido en la legislación.”. Ibid,p. 224.

Agregan los autores, que ““Existe una cierta tendencia a equipar el objeto de las peticiones de los militares con los asuntos profesionales.²⁶⁷ Esta será, efectivamente, una materia propicia para las peticiones de los militares, sin olvidar que existen otras vías en la legislación militar, distintas del derecho de petición, para presentar quejas o propuestas en materia de personal.²⁶⁸ Sin embargo, el objeto al que pueden ir referidas las peticiones de los militares es amplio y puede consistir – con la independencia de que les afecten personalmente – en cuestiones distintas de la carrera o condición militar, siempre que estén relacionadas con las Fuerzas e Institutos armados sometidos a disciplina militar o – como dice el último inciso del precepto transcrito – se refieran a materia de la competencia de los Ministerios o Autoridades militares.

El resto de peticiones que los militares formule como simples ciudadanos quedan sometidos al régimen general del derecho de petición, salvo en lo relativo a su ejercicio colectivo – entendiendo como tal el que se ejercita por un colectivo de militares, no el que ejercita, a título individual, un militar con otro grupo de personas sobre asuntos no militares -, que, en cualquier caso, les queda vedado.²⁶⁹ ... O dicho de manera más precisa: las peticiones individuales de los militares cuyo objeto no guarde relación con las Fuerzas e Institutos armados sometidos a disciplina militar o que recaigan sobre materias ajenas a la competencia de los Ministerios (de Defensa o de Interior) o Autoridades militares

²⁶⁷ Ibid, p.282. Asimismo sostienen que “Las formalización de las peticiones de los militares presenta tres peculiaridades respecto de las peticiones generales, que tienen además carácter restrictivo: la necesidad de ejercicio individual del derecho de petición por la prohibición de su ejercicio colectivo, la necesidad de cursar la petición por el conducto reglamentario, y por el empleo de formas respetuosas en la expresión de la petición.”. Ibid, p. 226.

²⁶⁸ Ibid,p.283.

²⁶⁹ Ibid,p.284.

se rigen por la LODEPE y no por la normativa especial del derecho de petición de los militares.”²⁷⁰

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, no serían consideradas como parte del derecho de petición.

Al respecto GONZALEZ NAVARRO y ALENZA plantean en el mismo orden de ideas que ““Estas quejas se configuran como alternativas a la vía de recurso y no son, por tanto, manifestación del derecho de petición en sentido estricto. Su presentación queda supeditada a que no se hubiera “presentado anteriormente recurso con el mismo objeto”. Pero además, si las quejas presentadas se consideran “insuficientemente atendidas”, se podrá interponer – dice el apartado 3 del art. 161 – el recurso que procesa de conformidad con lo previsto en el artículo 159 de esta Ley”. Existe en estas quejas una coincidencia con el derecho de petición en cuanto a su objeto. La diferencia está – de acuerdo con la distinción efectuada con carácter general entre los recursos administrativos y el ejercicio del derecho de petición. Si la queja es alternativa a los recursos administrativos es, necesariamente, porque se basa en la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo afectado, que no concurre cuando se ejercita el derecho de petición.”²⁷¹

²⁷⁰ Ibid,pp. 225-226.

²⁷¹ Ibid, pp. 213-214. Agregan además los autores que ““Se me escapan cuáles puedan ser las ventajas de las quejas previstas como alternativas a los recursos, como no sea la de satisfacer las pretensiones fundadas de los militares por una vía menos traumática que la del recurso administrativo (si es que ésta puede considerarse traumática). En cambio, las desventajas del sistema son evidentes. Para el militar afectado la queja no atendida no hace sino retrasar la ulterior impugnación en vía de recurso, e incluso puede hacerla peligrar si se confía y deja transcurrir los plazos de impugnación, ya que la queja no interrumpe los plazos del recurso

Finalmente, en el ámbito militar las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas tendrían el tratamiento especial que deriva de la Constitución y que en este caso se encuentra regulado en el artículo 28 de la Ley 9/2011, de la siguiente forma:

“1. El militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que se establece en este artículo y en su desarrollo reglamentario, sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular.²⁷²

administrativo. Para la Administración militar la presentación de la queja puede generar cierta inseguridad, puesto que la vía del recurso administrativo seguirá abierta para el militar no satisfecho o que considere insuficientemente atendida su queja.

En consecuencia, este sistema de las quejas, distinto del derecho de petición y alternativo – pero no sustitutorio – de los recursos administrativos debiera ser desechado por la confusión que introduce en el sistema de recursos y dotar de inseguridad al régimen de personal de las Fuerzas Armadas.”. Ibid, p.214.

²⁷² Señalan GONZALEZ NAVARRO y ALENZA sobre el particular que ““El conducto reglamentario es otra especialidad de las peticiones de los militares de carácter restrictivo, dado que impide la formulación directa de la petición al órgano o mando al que va dirigida y exige su presentación ante el superior inmediato en la cadena de mando”.Ibid.p.228. Agregan además que “Doctrinalmente se ha cuestionado la justificación actual y la adecuación a la Constitución de la exigencia del conducto reglamentario. Pero la jurisprudencia, hasta el momento, ha admitido sin reparos las sanciones impuestas por la presentación de peticiones prescindiendo del conducto reglamentario. En el caso, por ejemplo, de la STS de 20 de diciembre de 1999, Sada de lo militar, ponente: Aparicio Gallego (Art. 462 de 2000) en el que, con ocasión de una sanción impuesta por no seguir el conducto reglamentario, se planteó si el escrito de queja presentado por un Guardia Civil al Delegado del Gobierno de Ceuta constituía o no ejercicio del derecho de petición. “... el escrito presentado por el guardia civil G.-P. no guarda relación alguna con el ejercicio del derecho de petición, y, por otra parte, no fue presentado en la forma que debiera haberlo sido, en el caso de ser realmente su actuación la expresión correcta del ejercicio de tal derecho. Efectivamente, la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, Reguladora del Derecho de Petición que consagra a nivel constitucional el artículo 29 de nuestra Lex Máxima, considera que tal derecho está constituido por la facultad que

2. Las iniciativas y propuestas, que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, se podrán presentar por cada militar en su unidad ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designados a tal efecto, quienes las trasladarán al jefe de unidad.

El jefe de unidad atenderá y resolverá, en lo que esté en el ámbito de sus competencias, las cuestiones planteadas o las remitirá, con el informe que proceda, al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente.

El Mando o Jefatura de Personal acusará recibo, analizará las propuestas en los órganos que se determinen y resolverá, en el ámbito de sus competencias, o

corresponde a los españoles para dirigirse a los poderes públicos en solicitud de actos o decisiones sobre materia de su competencia, y, evidentemente, el escrito de una pretendida denuncia dirigido al Delegado del Gobierno de Ceuta en relación con una posible infracción del cumplimiento de sus obligaciones por el subteniente comandante de un puesto de la Guardia Civil, ni es materia de la competencia del Delegado del Gobierno de Ceuta, ni tampoco puede constituir objetivamente contenido del ejercicio del derecho de petición, siendo, en cambio, el ejercicio del derecho de la puesta en conocimiento de los superiores jerárquicos del propio interesado de una actuación que consideró no conforme a derecho y que debía haber sido objeto de un parte por escrito” Añade la sentencia lo siguiente: “Por otro lado, el Decreto 93/1962, de 18 de enero, regulador del ejercicio de petición por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, establece, en su artículo 4, que los peticionarios presentarán el escrito por conducto del jefe o autoridad militar a quien reglamentariamente en cada caso corresponda, debiendo ser tramitado por el conducto reglamentario. Ello coincide con lo establecido en relación con la presentación de escritos y recursos de los artículos 199 y 202 de las Reales Ordenanzas aprobadas por Ley 85/1978, razones por los cuales, al no tratarse realmente del ejercicio del derecho de petición y no haberse dado al escrito el conducto reglamentario correspondiente, la pretensión casacional ha de estimarse totalmente decaída, debiendo tenerse en cuenta, también, que la queja que pretendiera poner en conocimiento de sus superiores, la debió haber comunicado de buen modo y por conducto regular, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37 de las ya citadas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.”La exigencia del conducto reglamentario se relaja o, sencillamente, se elimina en la mayoría de las peticiones especiales y figuras afines previstas en la legislación militar analizadas anteriormente (apartado VII.2.C) de este mismo comentario).” Ibid, pp..229- 230.

las enviará a la Subsecretaría de Defensa. Anualmente se proporcionará información sobre el contenido de las propuestas y el resultado de su estudio.

3. Los miembros de las Fuerzas Armadas podrán presentar quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida siguiendo el conducto regular en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas y haciéndolo de buen modo, verbalmente o por escrito. Si no se considerasen suficientemente atendidas podrán presentarse directamente y por escrito, remitiendo copia al jefe de su unidad, ante los mandos u órganos directivos que se determinen reglamentariamente, los cuales acusarán recibo e iniciarán, en su caso, el procedimiento que corresponda. En caso de rechazar la queja lo harán en escrito motivado.

4. Lo previsto en este artículo será sin perjuicio del ejercicio de los derechos y acciones que legalmente correspondan a los miembros de las Fuerzas Armadas.”

Normativa legal que se encuentra complementada con el R.D. 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar («B.O.E.» 7 abril).²⁷³

²⁷³ En el texto antes de las disposiciones generales de este Real Decreto se deja claramente establecido su marco de actuación: “El artículo 29 de la Constitución reconoce que todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la Ley, añadiendo en su segundo apartado que los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

Al amparo de dicho derecho fundamental de petición, el artículo 28 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, reconoce que el militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular y del ejercicio de los derechos y acciones que legalmente corresponden a los miembros de las Fuerzas Armadas.

2. EL DERECHO DE PETICIÓN DEL MILITAR CHILENO.

Al igual que en el caso español, la Constitución Chilena reconoce en el artículo 19 numeral 14 a todas las personas, “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.”. Esta regulación difiere del modelo español porque es de carácter general y universal sin un apartado segundo que permita la limitación o modulación de este derecho a un

Esta posibilidad que reconoce la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de formular iniciativas y quejas por parte del personal militar es una nueva vía para la participación de los miembros de las Fuerzas Armadas en la configuración de su régimen de personal y condiciones de vida; propiciando de esta manera la participación y colaboración del militar a título individual preservando su independencia de criterio y libertad de expresión.

Se trata por tanto, de un nuevo mecanismo, que se suma a las otras alternativas reconocidas en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, en lo que a la participación del personal militar en la configuración del régimen de personal se refiere.

Este real decreto, por tanto, tiene por objeto definir el procedimiento para la tramitación y resolución de dichas iniciativas y quejas.

Por otra parte, dentro del mencionado procedimiento, se establece una clara diferencia para la tramitación de las iniciativas y de las quejas. De hecho, en las iniciativas se configura un régimen específico que incluye la posibilidad de que dichas iniciativas se estudien, llegado el caso, y por razones de competencia y con la finalidad de aportar información para que el órgano competente pueda resolver adecuadamente, por un grupo de trabajo constituido «ad hoc» que las estudiará, analizará y valorará.

En lo que se refiere a las quejas, y conforme a lo que se establece en el artículo 28.3 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, se crea un procedimiento de dos instancias: la primera, en la que se tramitarán las quejas siguiendo el conducto regular en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, y la segunda, para aquellas quejas que se considerasen que no han sido lo suficientemente atendidas ante los órganos que se determinan en esta disposición.”. en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3673

colectivo subjetivo específico como es el caso de los militares, según lo dispone el artículo 29 numeral 2 de la Constitución Española.

En este marco general, sólo sería posible introducir limitaciones a este derecho en el marco de lo establecido también de manera general, en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Chilena, que dispone: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución **regulen** o complementen las garantías que ésta establece **o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza**, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

Estas dos normas, han generado a propósito de dictámenes emanados de la Contraloría General de la República, dos tesis claramente definidas.

La doctrina de la Contraloría General - estima que atendidos los términos en que está establecido el derecho se puede recurrir a ese órgano sin recurrir previamente a los procedimientos y órganos establecidos en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, prescindiendo de la básica institución castrense del conducto regular. Aspecto esencial de la disciplina, jerarquía y rodaje militar. En cuanto a una segunda tesis, el derecho de petición debiera ejercerse en lo relativo a la función militar de conformidad a los procedimientos legales y reglamentarios que se encuentran establecidos en cada materia, respetando el conducto regular.

En cuanto a la primera doctrina de la Contraloría²⁷⁴, conforme con el criterio sostenido en el dictamen N° 63.446, de 2014, ha señalado “que la decisión de castigar a los empleados por recurrir ante la mencionada sede regional de esta Entidad Fiscalizadora, importa desconocer lo dispuesto en el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, exigencia que, en los antecedentes tenidos a la vista, aparece que fue observada por el ocurrente.”²⁷⁵

²⁷⁴ Se encuentra plenamente reflejada en los dictámenes: 60.449/2005, 18.096/2011, 63.446/2014 y 70.857/2015, en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

²⁷⁵ Dictamen N° 63.446, de fecha 18 de agosto de 2014: “Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor Roberto Andrés Ramos Bazo, funcionario de Carabineros de Chile, solicitando que se revise su ascenso a Cabo 1°, dispuesto en el año 2004, toda vez que, a su juicio, aquél debió ordenarse con anterioridad a esa anualidad.

Requerido su informe, la mencionada entidad indicó, en síntesis, que en la época a que se refiere el interesado, éste no satisfacía las exigencias necesarias para ser promovido.

Como cuestión previa, cabe anotar que en el evento de acogerse la petición de que se trata, ello implicaría para la jefatura pertinente de esa institución, el deber de invalidar la resolución mediante la cual se decretó dicho ascenso, potestad que, acorde con lo establecido en el artículo 53, inciso primero, de la ley N° 19.880, sólo puede ejercerse dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del respectivo acto administrativo, plazo que, según el criterio contenido en el dictamen N° 18.353, de 2009, de este origen, entre otros, es de caducidad y no de prescripción, de modo que no puede interrumpirse ni suspenderse por la interposición de reclamos durante su vigencia.

De esta manera, de haberse configurado algún vicio que permitiese dejar sin efecto el ascenso del señor Ramos Bazo, su solicitud en tal sentido es extemporánea, pues han transcurrido los aludidos dos años.

Este mismo criterio, ha sido aplicado en un segundo dictamen²⁷⁶, en que un funcionario del Ejército, solicita la invalidación de la medida disciplinaria de tres días de arresto que se le sancionó por no respetar el conducto regular, al haber realizado una presentación ante la Contraloría Regional del Biobío, sin agotar previamente las pertinentes instancias internas de reclamación.

En ese caso, la argumentación expuesta por el órgano contralor es similar y se funda en el dictamen N° 63.446, de 2014, ya citado.

Por otra parte, en lo que dice relación con determinar si correspondió que hubiese sido sancionado por no respetar el conducto regular, es dable señalar que el artículo 53 del decreto N° 900, de 1967, del ex Ministerio del Interior, Reglamento de Disciplina, define dicho procedimiento como aquel al que deben atenerse los funcionarios para dirigirse a sus superiores y llegar hasta la más alta jefatura institucional, con el objeto de exponer sus reclamos o apelaciones.

En este sentido, es menester manifestar que la decisión de castigar a los empleados que al efectuar un requerimiento a un superior, no dan cumplimiento a un procedimiento interno -como es el conducto regular-, importa desconocer lo dispuesto en el artículo 19, N° 14, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, exigencia que, en los antecedentes tenidos a la vista, consta haber sido observada por el ocurrente.

Por consiguiente, cabe concluir que la determinación de (...) en orden a sancionar al señor Roberto Andrés Ramos Bazo, con dos días de arresto, por no respetar el indicado conducto regular, afecta la mencionada garantía constitucional, de modo que la autoridad pertinente de esa institución policial, en virtud de lo previsto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, deberá invalidar la resolución mediante la cual se impuso tal medida.”

<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

²⁷⁶Dictámen N° 70.857, de 4 de septiembre de 2015, en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

Señala expresamente la Contraloría que: “Al respecto, es dable señalar, con arreglo a lo prescrito en el artículo 4º, inciso primero, del decreto N° 1.445, de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, que el conducto regular consiste en el procedimiento al que deben atenerse los funcionarios para dirigirse a sus superiores directos, jerárquicamente escalonados, con el objeto de exponer sus reclamos. En este sentido, es menester manifestar, conforme con el criterio sostenido en el dictamen N° 63.446, de 2014, de este origen, que la decisión de castigar a los empleados por recurrir ante la mencionada sede regional de esta Entidad Fiscalizadora, importa desconocer lo dispuesto en el artículo 19 N° 14, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, exigencia que, en los antecedentes tenidos a la vista, aparece que fue observada por el ocurrente.

Por consiguiente, cabe concluir que la determinación en orden a sancionar, con tres días de arresto, por no cumplir con el indicado conducto regular, al efectuar una solicitud ante la Contraloría Regional del Biobío, afecta la aludida garantía constitucional, de modo que la jefatura pertinente de esa institución castrense, en virtud de lo previsto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, deberá invalidar la resolución mediante la cual se impuso tal medida.”²⁷⁷

En este estado de la materia, cabe señalar inicialmente algunos aspectos que, al parecer no fueron considerados en el análisis contralor, que permiten justamente dar con uno de los aspectos esenciales tratados en esta tesis.

²⁷⁷ Ibid.

En primer término, de acuerdo al tenor de los dictámenes, es posible entender que el derecho de petición del militar está sometido solamente al régimen de sujeción general en el que están todas las personas, sin distinción alguna. Por ello, este derecho no podría ser objeto de una limitación, restricción o regulación basada en la existencia de una cláusula implícita de sujeción especial del militar. En efecto, parece coherente, inicialmente, sostener esta argumentación, a mayor abundamiento, si como en el caso español la autorización deviene del propio texto constitucional (29.2 C.E.), lo que en la Constitución Chilena no ocurre, tal como ya se ha expuesto.

Si bien esta sujeción especial subjetiva, implícita en razón de la condición de militar, no podría encontrar sustento en nuestro texto constitucional, cabe señalar que una restricción o limitación en razón de la función militar sí sería admisible.

En esta forma, la pregunta sería ¿es posible identificar una condicionante de sujeción especial en razón de la función o la materia, que permita jurídicamente limitar o modular el ejercicio de este derecho?.

Creo que la respuesta pudiese ser afirmativa. En efecto, la Constitución Chilena establece las características esenciales de la función militar en su artículo 101, al disponer que: “Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.”²⁷⁸

²⁷⁸ Hoy sólo dependen del Ministerio de Defensa las Fuerzas Armadas, Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

Aquí aparece la primera dificultad de armonización con la doctrina contralora. ¿Cómo armonizar el ejercicio de un derecho de petición en términos amplios sin romper los principios de jerarquía y disciplina, al no respetar los procedimientos especiales legales y reglamentarios internos?.

Resulta difícil coincidir, en que el respeto irrestricto del ejercicio libre del derecho de petición no abrogue totalmente estos principios. Al parecer en este caso la ponderación del derecho y la potestad, cedió totalmente hacia el derecho en la interpretación contralora, anulando totalmente el ejercicio de competencias legítimas y constitucionalmente justificadas de las Fuerzas Armadas.

Otro aspecto que refuerza lo expuesto, es el artículo 1° de la Ley N°18.948/1990 “Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas”, que señala expresamente: “Las Fuerzas Armadas, 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. La consecución de los fines anteriores es permanente y descansa en un adecuado nivel de alistamiento del personal y del material y en el cumplimiento del juramento de servicio a la patria y defensa de sus valores fundamentales. Derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva, estableciendo que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determinen los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas Instituciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle.”²⁷⁹

²⁷⁹ En <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30318>

Por lo expuesto, la segunda tesis en esta materia ofrece, desde un contexto de justificación, mayores argumentos al resultado de una ponderación entre el ejercicio de un derecho fundamental y los principios institucionales que rigen la esencia misma de una institución u órgano Estatal.

Esto es, parece más adecuado sostener que para la preservación de la jerarquía y disciplina, al interior de las Fuerzas Armadas, resulta plenamente compatible con el orden constitucional, que los organismos y el personal de las Fuerzas Armadas, así como de sus institutos de formación profesional, se ajusten a sus normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en las leyes y en la legislación respectiva. Lo cual se encuentra plenamente justificado por las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional.

3. LOS PROCEDIMIENTOS MILITARES Y EL CONDUCTO REGULAR, COMO FORMA DE EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN ASUNTOS DEL SERVICIO O RELATIVOS A LA FUNCIÓN MILITAR DE LAS FUERZAS ARMADAS.

Tal como se viene sosteniendo, la necesidad de que se consideren ciertos aspectos de la función militar, la estructura organizacional y las particularidades de las Fuerzas Armadas, hacen del todo imprescindible tratar los aspectos esenciales que justifican la existencia del conducto regular en las instituciones castrenses.

Como se ha expuesto inicialmente, en cuanto al derecho de petición, deben distinguirse dos situaciones diversas, la primera referida a aquellas materias o

asuntos no relacionados con el servicio o con la función militar, en las cuales el personal militar no tiene una regulación jurídica procedimental especial.

Por otra parte, en asuntos o materias de servicio o que tengan relación con las especiales características de la función militar, el personal debe dar aplicación a los mecanismos procedimentales previstos en la ley y la reglamentación vigente dando cumplimiento al conducto regular, como instrumento o fiel expresión de la forma de ejercer su derecho de petición, hacia el interior de las instituciones castrenses.

Esta distinción procedimental, tiene plena justificación en nuestro orden constitucional en el artículo 101 de la Carta Fundamental, al establecer que son esencialmente obedientes y no deliberantes, además, son profesionales, jerarquizadas y disciplinarias. Estas especiales características, determinadas por la propia función constitucional de defensa nacional, crean una modulación especial en el ejercicio de ciertos derechos constitucionales, tal como ocurre en materia de libre circulación y desplazamiento o libertad religiosa, requiriéndose autorizaciones para salir al extranjero o el establecimiento de un sistema de asistencia religiosa en el segundo.

El fin de prevalencia del conducto regular y la utilización de los procedimientos institucionales, para el ejercicio de las reclamaciones y peticiones, fortalece la estructura organizacional jerárquica, permite la prevalencia del orden y la disciplina militar, reafirmando la autoridad de los mandos, evitando al tiempo la generación de situaciones que impidan el debido cumplimiento de la función militar.

Es decir, si el personal militar no ha efectuado su reclamación por conducto regular, no ha solicitado o requerido la intervención de la administración militar para la resolución de su reclamo o petición, no existe denegación u omisión de aquella que constituye el elemento esencial para que ese organismo contralor pueda acoger a trámite una presentación de un particular funcionario.²⁸⁰

Cabe señalar que la preservación de valores fundamentales como la disciplina, constituyentes de la esencia de los cuerpos armados, es un imperativo. Las exigencias de la condición militar que supone al personal, incluso entrega su vida, si fuese necesario, en cumplimiento de su deber de servicio a la patria, hacen necesario que frente a situaciones extremas como el combate, el mantenimiento de la disciplina, la cual se diluye totalmente junto a la jerarquía, al no existir el conducto regular.

3.1. **Concepto de conducto regular.**

El Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas dispone en su artículo 4 que: "Se entenderá por "conducto regular" la serie de autoridades directas, jerárquicamente escalonadas, que forman el camino normal que deben seguir las órdenes, desde el superior que las dicta hasta quienes deben ejecutarlas, las noticias, reclamaciones, etc., que marchan en sentido inverso y, en general, todas las tramitaciones de asuntos relativos al servicio o interés de las Fuerzas Armadas.

El "conducto regular" es un medio de las funciones militares y podrá, en circunstancias calificadas de urgencia que lo precisen, prescindirse de utilizarlo totalmente; en estos casos deberá darse cuenta a los superiores directos

²⁸⁰ Dictamen 24.841/74.

correspondientes, tan pronto sea posible, de las circunstancias que motivaron tal prescindencia.

Si un superior no cursa o no autoriza el conducto regular solicitado en términos convenientes, en un lapso no superior a tres días, el inferior podrá insistir hasta dos veces ante el mismo superior. Esta facultad se ejercerá no antes de 24 horas, ni más allá de tres días de no cursado o rechazado el conducto regular.

Si se mantuviese la negativa, el inferior tendrá derecho a presentarse al superior ante el cual le fue denegado el conducto regular”.²⁸¹

Como puede apreciarse de la norma transcrita, el conducto regular se constituye en la forma o procedimiento a través de la cual se transmiten las órdenes, noticias, situaciones, inquietudes y decisiones que afecten al personal y, consecuentemente, a la institución de la que forman parte, materializando el derecho fundamental de petición constitucional, en el ámbito militar. Por ello, atendida la naturaleza y estructura jerarquizada y disciplinaria de las Fuerzas Armadas, su acatamiento resulta indispensable para el cumplimiento de las misiones específicas que le están asignadas por el ordenamiento jurídico vigente, consecuente con lo cual su vulneración genera una falta a la disciplina establecida en el artículo 76 N° 25, del citado reglamento.

Quizás para cualquier persona, podría parecer excesivo sancionar a un funcionario de la administración del Estado, por no respetar el conducto regular ante una queja o una petición, pero en la administración parece más que razonable, según haré presente a continuación.

Esa misma persona, pensaría ¿es inadecuado respetar el conducto regular un una zona de operaciones, cuando una unidad de combate está bajo fuego

²⁸¹ Decreto Supremo N° 1.445, del Ministerio de Defensa, de 1951, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1017601>

enemigo?. Lo que pasa, es que un órgano de la administración civil como la Contraloría, integrado por funcionarios civiles y para materias civiles, cuando resuelve casos militares nunca se plantea previamente la pregunta ¿Por qué existirá esta institución?. ¿no existirá alguna razón por la cual se creó en esta administración tan especial que existe sólo por una razón: la defensa nacional?.

Efectivamente, el ejercicio de la disciplina y el mando militar en una situación de guerra, donde no cabe duda de la plena aplicabilidad de los principios de competencia, oportunidad y eficacia, por cuanto se trata que cada autoridad militar, en el ámbito de actuación que le es propio, tome conocimiento de la situación que afecta al personal y proceda a su solución o a la debida canalización de la misma a instancias superiores.

De esta forma, se está dando verdadera aplicación a las regulaciones internas que reconocen al conducto regular, como un medio dispuesto para que los más diversos casos sean previamente conocidos y debidamente tratados por niveles correspondientes con oportunidad y eficacia, agotando así los esfuerzos institucionales en los asuntos y materias que son del servicio, con el objeto que aquellos sean atendidos y, de ser factible, solucionados o debidamente encausados, sin afectar las operaciones o misiones que les son propias a las Fuerzas Armadas.

Esto también aparece más claro, cuando se hace mención a la adscripción voluntaria al estatuto militar. El personal militar que ingresa a las plantas y dotaciones, tiene pleno conocimiento de la función que va a cumplir, es una actividad que demanda un deber de servicio, con el estándar más alto en la función pública, pues exige el cumplimiento del juramento de servicio a la patria y defensa de sus valores fundamentales, según lo dispone el artículo 1 de la ley 18.948/1990.

Quizás sea este aspecto, el juramento de rendir la vida si fuese necesario, - lo que identifica lo militar. Por ello, el propio Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas ya citado, establece expresamente, en su artículo 21: “El militar que tuviere orden absoluta de conservar su puesto a toda costa, lo hará”.

Considerando todo lo expuesto, vemos como se inserta en este contexto militar el conducto regular. En efecto, el artículo 3 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas dispone: “A todo militar se le permite reclamar, de acuerdo con las prescripciones de este Reglamento, toda vez que lo haga ante quien corresponda, por conducto regular, y guardando las formas de respeto debido a sus superiores.”.

Esto no es ajeno para cualquier administrativista, se trata de otro ejemplo de agotamiento de vía administrativa interna o principio de especialidad. Una vez que ha concluido o agotada la vía interna de este procedimiento de acuerdo a lo establecido en la ley o reglamentación institucional, nada obsta a que el funcionario pueda recurrir a la Contraloría General de la República o incluso a la vía judicial.

Con todo, y como se desprende de la misma regulación del artículo 4 del Reglamento de disciplina, este deber militar no es absoluto, por cuanto admite excepciones que están determinadas por las circunstancias calificadas de urgencia en que la propia disposición que lo establece habilita al personal para prescindir del cumplimiento del conducto regular, debiendo no obstante, dar cuenta posterior a los superiores directos correspondientes, tan pronto sea posible, de los imperativos que motivaron la prescindencia.

En definitiva, con todas esas razones, el conducto regular ya no resulta tan contrario al derecho de petición. Más aún, en su favor se halla lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto Supremo N° 86, del Ministerio de Defensa Nacional, de 22

de febrero de 2006, que promulga la “Ordenanza General del Ejército de Chile”²⁸², cuerpo que también contiene disposiciones referidas a deberes militares y que también se refiere expresamente al conducto regular: “Otra característica del Ejército es la de ser una institución jerarquizada. Ello significa que el cumplimiento de la función militar se asocia a una distribución piramidal de las responsabilidades inherentes al mando, que son garantía para la existencia de controles internos que se ejecutan a lo largo de toda la línea de mando, circunstancia que no inhibe el ejercicio fiscalizador que establece la constitución y las leyes. El concepto de conducto regular es una expresión indispensable de la jerarquía militar, entre cuyas características se encuentran el legítimo derecho de sus integrantes de formular sus requerimientos u observaciones a la autoridad con las atribuciones reglamentarias para resolver cada situación”.²⁸³

3.2. Valoraciones en torno al conducto regular.

Consecuente con lo expuesto, se advierte que la vigencia del conducto regular no supone que tal deber militar constituya en sí mismo, un impedimento para que el personal formule reclamos o peticiones que estime necesarios ante organismos extrainstitucionales como la Contraloría General de la República. Por el contrario, el debido ejercicio del conducto regular demanda, fundamentalmente, que en forma previa a efectuar esas peticiones, utilice el conducto regular que le es propio, utilizando los procedimientos legales y reglamentarios pertinentes, dando la debida comunicación y/o informe de la situación al respectivo mando, a fin que dispongan en el ámbito de sus competencias, las medidas apropiadas para resolver la situación que ha llegado a su conocimiento, sin que tal proceder pueda

²⁸² http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/Archivos/OG_Ejercito.pdf

²⁸³ http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/Archivos/OG_Ejercito.pdf

significar un impedimento al ejercicio posterior del derecho de petición que le asiste al personal para recurrir al órgano contralor.

4. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS ENTRE AMBOS ORDENAMIENTOS.

Por lo ya adelantado, el derecho de petición en ambos ordenamientos jurídicos es reconocido a nivel constitucional, sin perjuicio de la normativa específica legal y reglamentaria que lo regula.

De esta forma, la real vigencia del ejercicio de este derecho en ambos países se encuentra condicionada por la naturaleza de la función militar y la preservación de la jerarquía y disciplina como principios esencia y de estructura organizacional de las Fuerzas Armadas.

En el caso chileno, según se ha señalado, la doctrina actual de la Contraloría General de la República, ha extendido el ejercicio del derecho de petición no dando aplicación al conducto regular institucional.

En relación a esta tesis contralora, no cabe negar que el órgano contralor pudiese revisar sus pronunciamientos, considerando los aspectos, funcionales, históricos y de contexto que permiten la existencia del conducto regular, en el marco de actuación de las instituciones armadas.

Desde esa perspectiva, cabe mencionar el Dictamen N° 953, de 6 de abril de 2012, en que la Contraloría General ha sostenido respecto de la situación disciplinaria de una funcionaria que había solicitado conducto regular y se la había negado por quién había cometido los hechos denunciados por ella, que “el proceder de la interesada, conforme con el criterio contenido en el citado dictamen

Nº 59.750, de 2011, constituye una modalidad de ejercer el aludido derecho de petición”.

En consecuencia, si el propio órgano contralor le reconoce al conducto regular, el carácter de una modalidad para ejercer el derecho de petición, podemos perfectamente argumentar que es precisamente esta modalidad la que debe emplearse en las instituciones de las Fuerzas Armadas para su ejercicio en materias relativas al Servicio, manteniéndose plenamente el criterio contralor para todas aquellas materias que no tengan relación con las Fuerzas Armadas o la función militar. Esta sería la necesaria armonización que falta en esta interpretación, a fin de conciliar el ejercicio de este derecho constitucional por el personal militar y los principios esenciales de jerarquía y disciplina, que rigen a las Fuerzas Armadas y su función de defensa nacional.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO DEL MILITAR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La libertad de expresión o de opinión, así como la de información, han recorrido un largo camino, casi conjuntamente con la evolución humana y el reconocimiento de los derechos fundamentales, que han perfilado su contenido y límites.

Desde aquellos días en que la libertad de imprenta fue la bandera de lucha, hasta la determinación del núcleo esencial de la libertad de expresión, constituyen hitos que han permitido al ser humano ampliar su esfera de conocimiento y de relación entre las personas.

Si bien es cierto, que el sustrato político y social determinará la extensión de este derecho, pues en sociedades más abiertas y democráticas se ejercerá sin censura previa, en cambio en otras comunidades humanas sus restricciones lo harán casi inexistente.

Estos aspectos preliminares o introductorios, son esenciales para entender el contenido y alcance de ese derecho en el ámbito militar. La existencia de límites, diferentes a los aplicables a cualquier ciudadano común, tiene su mayor exponente en el ámbito castrense.

En efecto, la Constitución Española en su artículo 20 dispone que se reconozcan y protejan los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Incluyendo, la producción y creación literaria, artística, científica, técnica y la libertad de cátedra.²⁸⁴

Asegurando así el derecho de toda persona, a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, entregando a la ley la regulación del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

En cuanto a los límites, claramente la Constitución expresa que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. No obstante, estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos por la propia Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En este orden de ideas, la sociedad española ha optado por un modelo de control posterior al ejercicio, proscribiendo la censura previa y permitiendo limitaciones a este derecho en la medida que presente una colisión con otros derechos fundamentales reconocidos en el texto fundamental o en las leyes que los desarrollen.

²⁸⁴ Cabe señalar además, que “La libertad de opinión comprende dos tipos de derechos fundamentales: la libertad de pensamiento, en sentido estricto, y la libertad de expresión, o de comunicación y exteriorización del citado pensamiento. Ciertos estudiosos niegan la validez de la distinción anterior, ya que entienden que la primera se refiere al ámbito interno de la persona, que es jurídicamente irrelevante y de muy difícil protección, ya que en realidad no puede prohibirse ni perseguirse.”. ALÍA PLANA, M. El militar y la libertad de expresión, en www.derechomilitar.info, p.10.

Este modelo y el contenido del artículo 20 de la CE, podrían llevar a pensar que la aplicación al mundo militar debiese realizarse en idéntica forma, pero ello no es así normativamente, ni en la práctica cotidiana de las instituciones castrenses.

1.1. El derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De diversas sentencias del Tribunal Constitucional²⁸⁵ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸⁶, la jurisprudencia del TS, subraya cómo el derecho a la

²⁸⁵ Debemos recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 371/1993, de 13 de diciembre, tras afirmar que "no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares", añade, con razonamiento extrapolable al caso de autos, y, por ende, a los miembros de la Guardia Civil, que "la protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado", para concluir que "no puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de [a] las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones levemente irrespetuosas, en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares".

²⁸⁶ "La anterior doctrina, , "es la que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en particular su apartado 2º en el sentido de que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública. En la STEDH de 08.06.1976 caso Engel y otros, tras

libertad de expresión encuentra límites en la disciplina como principio fundamental de los cuerpos armados. De este modo, unívocamente compartida la doctrina, se constituye en un hito referencial de actuación en la materia.

Cabe precisar, que los puntos básicos de esta reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre las libertades del artículo 20.1 a) de la Constitución Española, son los siguientes:

sostener que la libertad de expresión garantizada por el Convenio es aplicable a los militares, se dice que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos, doctrina que se reitera en las Sentencias de 25.03.1985 caso Barthol y 25.11.1997 caso Grigoriades c. Grecia y se actualiza en la de fecha 20.05.2003 ".

En su Decisión de 20 de mayo de 2003, la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso "Camacho López Escobar contra España" afirma con razonamiento que resulta aplicable, "mutatis mutandis", a los miembros del Instituto Armado que "en opinión del Tribunal, al abrazar una carrera militar, el demandante se sometió por propia voluntad al sistema de disciplina militar. Este sistema implica, por su naturaleza, la posibilidad de imponer, a ciertos derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas, unos límites que no pueden ser impuestos a los civiles", tras lo que recuerda que "el artículo 10 del Convenio no garantiza una libertad de expresión sin ninguna restricción. Se trata de determinar si la sanción impuesta al demandante era proporcional al fin legítimo perseguido y, por tanto, <<necesaria en una sociedad democrática. Para pronunciarse sobre esta cuestión tendrá en cuenta el contenido de las declaraciones, el valor esencial de la disciplina de las fuerzas armadas y el estatuto particular del demandante El Tribunal señala que conviene tener en cuenta el equilibrio a mantener entre los distintos intereses en juego. Gracias a su contacto directo y constante con la realidad del país, los jueces y tribunales de un Estado están mejor situados que el Juez internacional para precisar donde se encuentra, en un momento dado, el equilibrio justo a mantener. Es por ello que gozan de cierto margen de apreciación para juzgar la necesidad de una injerencia en la materia, incluso si este margen corre parejo con un control europeo sobre las normas pertinentes como sobre las decisiones que las aplican. Sentencia Schöpfer contra Suiza de 20 mayo 1998)". STS 8871/2011, pp- 33-37.

- a) La libertad de expresión, conectada íntimamente a la dignidad de la persona, protege un valor esencial: la existencia de una opinión pública, que a su vez, es condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia, por ello que el derecho a expresarse libremente no sea sólo un derecho de libertad, sino que tiene una innegable dimensión institucional.²⁸⁷
- b) No obstante, esa libertad, que, como resulta de lo dicho, es aplicable a todas las personas, - no es absoluta o ilimitada. Su ejercicio está sujeto, tanto a los límites constitucionalmente expresos como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos.²⁸⁸ Algunos de esos límites son generales y comunes a todos los ciudadanos. Pero, también hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan. Tal es el caso de los militares, pues el cumplimiento de las misiones que les encomienda el artículo 8.1 de la Constitución Española, requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida, según resulta de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Como consecuencia de ello, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas.^{289 290}

²⁸⁷ STC números 6/1981, 20/1990 , 85/1992 y las dictadas en cuantas ocasiones ha tratado este derecho.

²⁸⁸ Según expresó el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 371/1993.

²⁸⁹ STC 371/1993, cit..

²⁹⁰ En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, tras recordar que la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del Convenio Europeo de 1950 es

1.2. El ejercicio de la libertad de expresión del militar.²⁹¹

En el ámbito de las fuerzas armadas, el precepto del artículo 20 de la CE se desarrolla en el artículo 12 de la ley orgánica 9/2011 de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, intitulado “Libertad de expresión y de información” de la siguiente forma:

1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.
2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas.

aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes, que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar.

²⁹¹ En materia de libertad de expresión del militar en España, con anterioridad a la ley orgánica 9/2011, pueden consultarse los siguientes estudios y trabajos: SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., La Libertad de Expresión del Militar Profesional, tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid, 1990, en [http://books.google.cl/books/about/La Libertad de expresi%C3%B3n del militar pr.html?id=xlpUNAAACAAJ&redir_esc=y](http://books.google.cl/books/about/La_Libertad_de_expresi%C3%B3n_del_militar_pr.html?id=xlpUNAAACAAJ&redir_esc=y) , ALÍA PLANA, M. El militar y la libertad de expresión, en www.derechomilitar.info , NEVADO MORENO, P., La Función Pública Militar, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 100-105. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., Derechos Fundamentales y Condición Militar, cit., pp. 169-204. ALLÍ TURRILLAS, J., La Profesión Militar, INAP, Madrid, 2000, pp. 275-281.

3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión, estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina.

El extenso tratamiento normativo, lleva a pensar que alguna diferencia debe existir con el tratamiento civil o general de este derecho, respecto de su aplicación al colectivo militar. Aquí el legislador no recurrió al simple expediente de remitir a las leyes regulatorias generales de la libertad de expresión para el ciudadano común, tal como lo ha materializado por ejemplo en el derecho a la libertad religiosa, remitiéndose a la ley 7/1980 de libertad religiosa, sino que por el contrario, ha develado las directrices esenciales del mundo castrense: función de seguridad y defensa nacional y disciplina militar.

Cabe admitir que el legislador - reconoce este derecho inicialmente en los términos establecidos constitucionalmente, por ello no se podrán invocar para su restricción o limitación otros criterios diferentes a los indicados en el artículo 12 de la ley 9/2011. Es decir, en aquello que no quede comprendido en la seguridad y defensa nacional, ni afecte la disciplina, puede ejercerse libremente la libertad de expresión con los límites constitucionales generales y bajo el concepto de responsabilidad del que lo ejerce.

Lo anterior - es perfectamente válido para situaciones de normalidad o tiempo de paz, pero subsiste la duda razonable respecto a su afectación en caso de operaciones militares humanitarias o guerra, por la naturaleza y condicionantes fácticas que ellas mismas imponen.

Existe claramente una diferencia - entre el soldado en un cuartel de una comuna o población y aquel que se encuentra desplegado en una operación militar o de ayuda humanitaria. De este modo, para entender el exacto contenido y alcance de este derecho, en el ámbito militar, deberá ponderarse con los deberes

que le han sido impuestos al personal militar y su correlación o equilibrio con otros derechos fundamentales.

Si bien existe claridad en supuestos en los cuales no puede entenderse que existe libertad de expresión, como ocurre con los insultos, injurias y calumnias a un superior. Existen otros, en los cuales la línea divisoria es más tenue y difícil de trazar.

1.3. Límites a la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Supremo.

En esta materia el Tribunal Supremo, ha sido enfático en señalar que existen limitaciones claras a la libertad de expresión, cuando ella traspasa los límites del respeto y la disciplina, no pudiendo permitir que delitos como la injuria y la calumnia puedan estar protegidos por el ejercicio de este derecho. De igual manera, también ha proscrito de protección a otras situaciones que no llegan a constituir delito, pero que infringen claramente la disciplina y las reglas de conducta militar.

A continuación, de manera ejemplificar de lo ya descrito, se exponen dos sentencias recaídas en materia de críticas a un superior y de insultos entre personal militar, en las cuales el TS devela límites al ejercicio de este derecho constitucional.

1.3.1. Las críticas y expresiones inadecuadas en el trato a un superior militar.

En la STS 8871/2011, de 30 de noviembre²⁹², el TS conociendo de una Casación Penal, respecto de la condena a un Capitán de la Guardia Civil, quien mediante un documento escrito recurre a expresiones inadecuadas respecto a un superior, conducta que se estimó como delito de insulto a un superior, previsto y sancionado en el artículo 101 del Código Penal Militar español, tiene oportunidad de reiterar su doctrina que en la extensión del derecho a la libertad de expresión no se encuentran comprendidos los insultos.

Señala el Tribunal Supremo en su sentencia que “es asimismo incuestionable que varias de las expresiones y frases del escrito de 5 de noviembre de 2008 son significadamente ofensivas por injuriosas: "tengo la certeza, al igual que infinidad de personas del orbe entero, que si en lugar del escalafón hubiese hablado la justicia, la verdad, la decencia, así como su currículum vitae real y verdadero, con todo respeto, me permito decir que no se hubiese producido tal ascenso"; "ser conocedor de las acciones que pergeñadas por un minúsculo grupo de impresentables, usted realizó contra mi familia, contra mi persona ..."; "... en este Cuerpo de la Guardia Civil ... aunque albergue en su seno algún que otro caco"; "para disgusto de usted y de algún delincuente uniformado más"; "yo, modestia aparte, y a diferencia de ustedes, tengo mucho crédito personal"; y "de lo que estoy muy contento es que ustedes y yo vivamos en dos mundos distintos. Dos mundos separados por una línea. La línea que separa lo justo de lo injusto. La línea que separa el honor del deshonor. La línea que

²⁹² Roj: STS 8871/2011, Id Cendoj: 28079150012011100175.

separa lo noble de lo innoble. La línea que separa la honra de la deshonra. En definitiva, la línea que separa lo legal de lo ilegal".²⁹³

Cuando el tribunal califica dichas expresiones como abiertamente injuriosas, hace una diferencia esencial al entender que ellas están del todo reñidas con la disciplina y el trato que corresponde entre militares y no pueden entenderse comprendidas en la libertad de expresión, como las críticas a un superior.²⁹⁴

Consecuente con lo ya expuesto, el Tribunal Supremo argumenta claramente en su fundamento jurídico decimoquinto que "en cuanto a la pretensión de que las expresiones y frases de que se trata se encuentran amparadas por el derecho esencial a la libertad de expresión, hemos dicho en nuestras sentencias de 3 de marzo y 13 de septiembre de 2010 y 25 de enero de 2011 que "el derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 de nuestra Constitución, al constituir una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un Estado de Derecho, se

²⁹³ STS 8871/2011, p. 31, cit.

²⁹⁴ En esta materia resulta ilustrativo el siguiente análisis del Tribunal Supremo: "Y en cuanto a la pretensión de que la utilización en el escrito de 5 de noviembre de 2008 de determinadas fórmulas o expresiones con que, en el trato social, y, más en concreto, en las relaciones entre militares, se cumple con las normas de comportamiento con que, usualmente, se muestra atención o respeto a alguien, y, en concreto, a un superior, es lo cierto que en el presente caso tales fórmulas reverenciales o sociales no privan, en modo alguno, a las expresiones y frases que se vierten en el cuerpo del escrito redactado, suscrito y remitido por el hoy recurrente de su significado objetivamente calumnioso e injurioso, pues el hecho de comenzar y terminar un escrito en el que se lleva a cabo una serie de imputaciones de hechos objetivamente delictivos y se profieren invectivas, menosprecios e insultos de significado objetivamente afrentoso e injurioso utilizando determinadas frases que gozan de un valor o significado social convenido para nada puede modificar el propio o inmanente significado de las expresiones o frases que, por su tenor literal, se consideran calumniosas e injuriosas. STS 8871/2011, pp .32-33.

constituye en uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática cumpliendo una función institucional de garantía para la formación de una opinión pública libre. Pero, como sucede con el conjunto de los derechos fundamentales, este derecho constitucional no es absoluto y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 del Convenio, y en particular su apartado 2º, establece que la libertad de expresión puede ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, por lo que es evidente que tanto en su condición de miembros de un Instituto Armado, en sus funciones militares, como de miembros de los cuerpos de seguridad en todo caso, la ley puede establecer determinadas limitaciones a la libertad de expresión de los Guardias Civiles, que salvaguarden el contenido esencial de dicho derecho fundamental. En este sentido, en nuestra sentencia de 26 de julio de 2010, siguiendo las de 17 de julio de 2006 y 11 de mayo de 2010, hemos sentado que "el expresado derecho a la libre manifestación y por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien que con las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos que se derivan de lo dispuesto en el art. 20.4 CE., más las específicas propias previstas para el ámbito castrense en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en su Régimen Disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios consustanciales a la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna ...".²⁹⁵

La cuestión planteada en el caso de autos, se refiere precisamente al ejercicio por un militar miembro de la Guardia Civil de su derecho a expresarse libremente y determinar si el recurrente traspasó los límites al ejercicio de dicho derecho, al que se encuentran sometidos los miembros del Instituto Armado, vulnerando, en consecuencia, la disciplina militar, porque en el escrito que remitió

²⁹⁵ STS 8871/2011, p.33.

a un superior jerárquico se realizan determinadas manifestaciones consideradas calumniosas e injuriosas hacia la persona de este.

En este caso particular el Tribunal Supremo sostiene, poniendo ahora en relación los medios que representan las restricciones a la libertad de expresión del recurrente y los fines u objetivos consistentes en el mantenimiento de la disciplina y la subordinación jerárquica, que son junto a la dignidad personal del superior, los bienes jurídicos directamente afectados en este caso, - que con su actuación, “aquel desbordó, con mucho, el marco normativo aplicable al legítimo ejercicio de su derecho a expresarse libremente, y que la restricción era legítima, idónea y proporcionalmente justificada para preservar el dicho esencial valor de la disciplina, que veda a todo militar emitir expresiones o realizar actos que comporten faltar al respeto y consideración debidos a sus superiores, desacreditándolos o llevando a cabo comentarios despectivos, de menosprecio o desmerecedores hacia sus personas o su actuación.”

De este modo concluye, que las expresiones y frases vertidas en su escrito de 5 de noviembre de 2008 por el recurrente comportan, en su mera literalidad, y más aún contextualizadas, un claro y evidente menosprecio del prestigio, consideración y crédito personal, y también profesional del destinatario de las mismas, superior jerárquico, a la sazón de aquel, constituyendo una palmaria falta de respeto a la persona a quien se dirigen, de quienes se predicen, además para mayor escarnio dada su condición de miembro de un Cuerpo de Seguridad, comportamientos delictivos con conocimiento de su falsedad, es decir, a sabiendas de su inveracidad.²⁹⁶

La doctrina acuñada, en cuanto a la existencia de limitaciones a este derecho fundamental a la libertad de expresión, especialmente en el caso de

²⁹⁶ STS 8871/2011, p.33, cit.

fundarse en la disciplina de estos cuerpos armados, también ha sido reiterada en otras sentencias del TS.²⁹⁷

²⁹⁷ Sobre este aspecto el TS había tenido ocasión de pronunciarse sobre si un recurrente formuló o vertió ciertas expresiones en ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido y modulado para los miembros de la Guardia Civil por el artículo 7 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y vigente al momento de ocurrencia de los hechos:

FJ SEXTO : “La Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil, de 22 de Octubre de 2.007 , aborda la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados para todos los ciudadanos, dando cumplimiento conjunto a las previsiones constitucionales que los reconocen y garantizan, a la vez que determinan que para diferentes grupos o sectores de los servidores públicos se pueden establecer limitaciones o condiciones en su ejercicio. Condiciones que vienen justificadas por las responsabilidades que se les asignan y que, en todo caso, están definidas y proporcionadas a la naturaleza y a la trascendencia que el mantenimiento de la seguridad pública exige de los responsables de su garantía, como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley.

En este sentido el artículo 7 de la referida Ley establece expresamente que los Guardias Civiles tienen derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos por la Constitución, con los límites que establece su régimen disciplinario, el secreto profesional, y el respeto a la dignidad de las personas, las instituciones y los poderes públicos. En asuntos de servicio o relacionados con la Institución en el ejercicio de estos derechos se encontrará sujeto a los límites derivados de la observancia de la disciplina, así como a los deberes de neutralidad política y sindical, y de reserva.

En consecuencia, tanto en su condición de miembro del Instituto armado, al que le afectaban en el momento del hecho las limitaciones propias de las Fuerzas Armadas, según reiteradamente ha venido señalando nuestra doctrina jurisprudencial, como en su condición de miembro de las Fuerzas de Seguridad en la que, como más beneficiosa, se le podría aplicar retroactivamente la nueva Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, resulta en todo caso indudable que la libertad de expresión del recurrente se encuentra sujeta a los límites derivados de la observancia de la disciplina, por lo que no ampara en ningún caso manifestaciones como las realizadas por el sancionado que afectan de modo manifiesto al servicio debido y, por ende, a la seguridad pública, como se ha razonado con anterioridad.”. Roj: STS 1823/2010, Id Cendoj: 28079150012010100049.

1.3.2. La disciplina como límite a la libertad de expresión.

En la sentencia STS 1016/2012, de 9 de febrero,²⁹⁸ nuevamente el TS deja claramente establecido el límite para el ejercicio a la libertad de expresión, en la disciplina militar como principio y deber rector de los cuerpos armados.

Este caso, se refiere a hechos ocurridos con fecha 20 de octubre de 2009, sobre las 18:00 horas, en que una cabo y soldado que mantenían diferencias previas "se encontraron, en compañía de otro personal de tropa y del profesor de gimnasia de uno de los cursos, D. Ignacio , en las instalaciones del gimnasio de la Academia; cruzaron miradas y en un momento determinado, la soldado artillero D^a Rosaura dijo refiriéndose a la Cabo D^a Modesta que era una "zorra" una "puta" y que "menos mal que la habían bajado a San Francisco"; inmediatamente la Cabo Modesta se abalanza sobre la soldado, a la que agarra por el pelo y tira al suelo. El personal allí presente intenta separarlas consiguiéndolo directamente el profesor Ignacio y el Cabo D. Prudencio. Si bien la agresión por parte de la Cabo fue inmediata a las expresiones proferidas por la Artillero y tuvo una duración muy escasa, aquélla llegó a arrancar un mechón de pelo de unos 3 cm. de la cabeza de la Artillero ".²⁹⁹

En esta situación el TS estima, que el recto entendimiento de la disciplina militar postula una actitud de respeto mutuo, absolutamente incompatible con los malos tratos de obra, entre los miembros de la estructura castrense ligados por una relación de mando y subordinación; el segundo es que la dignidad e integridad física del ciudadano que viste el uniforme militar se encuentran tanto más necesitados de protección, incluida la protección jurídico-penal, cuanto que la imprescindible jerarquía propia de los Ejércitos y la necesidad de que en el mismo

²⁹⁸ Roj: STS 1016/2012, Id Cendoj: 28079150012012100015.

²⁹⁹ STS 1016/2012, p.2, cit.

se impongan pautas rigurosas de comportamiento pueden generar situaciones en que aquellos dos valores de rango constitucional, la dignidad y la integridad física, sean más vulnerables de lo que puedan serlo en la vida civil".³⁰⁰

1.3.3. La ponderación para el justo equilibrio derecho – potestad.

Lo difícil que resulta encontrar mediante de la ponderación, de los intereses generales del Estado y el respecto a los derechos fundamentales, es ya conocido por cualquier intérprete o aplicador del derecho. En el caso de la libertad de expresión aún más, pues constituye un paradigma de la sociedad democrática libre y del Estado de Derecho.

Lo importante es resaltar que el ejercicio interpretativo y de ponderación realizado por el Tribunal Supremo, ha permitido encontrar algunos puntos de apoyo para sentar límites al derecho, que no le vulneran en su esencia y permiten preservar valores o principios fundamentales del orden militar, sin los cuales no podría realizarse esa función castrense.

Manifiestar expresamente que el respeto y la disciplina, como valores fundamentales prevalentes y que su infracción por el personal militar, no puede ser amparado por el derecho constitucional a la libertad de expresión, fija una regla clara de actuación como límite en plena concordancia con la ley 9/2011 y el resto de ordenamiento jurídico.

Desde esa perspectiva, ha quedado de manifiesto que no fue necesario recurrir a la categoría de las relaciones especiales de sujeción, para justificar la prevalencia de los deberes y valores castrenses. La correcta interpretación y

³⁰⁰ STS 1016/2012, pp. 3-4, cit.

ponderación del derecho y las potestades o de deberes ha sido suficiente, pasando así de esa doctrina autojustificante sujecional, a la de los límites constitucionales a los derechos fundamentales en su ejercicio, más acorde a nuestros tiempos.

En este sentido el Tribunal Supremo dejó sentada una clara doctrina en la materia, ante la larga espera de la dictación de la ley de derechos y deberes del militar en España, que fue precedida de claras sentencias en pro de la libertad de expresión, tal como ocurrió en 2005, en que dicho tribunal - anula el arresto dictado en 2005 contra el sargento Francisco Martín por criticar las condiciones laborales de los controladores aéreos del Ejército.

En este caso el Tribunal Supremo ha reconocido, que su sentencia está destinada a sentar un precedente fundamental para las Fuerzas Armadas, el derecho a la libertad de expresión de un militar, - que fue sancionado en 2005 por informar de las condiciones laborales de los controladores aéreos del Ejército. En ese caso, como presidente de la Sociedad para el Desarrollo del Control del Tránsito Aéreo (Sodecta), dicho sargento remitió, en diciembre de 2004, una carta al presidente del Colegio de Pilotos de la Aviación Comercial, advirtiéndole de una serie de aspectos del trabajo de los controladores aéreos militares, que Sodecta consideraba injustos y preocupantes. Esta misiva fue considerada por el general jefe del Mando Aéreo General, Gonzalo Ramos Jácome, una falta grave, al haber incumplido el sargento Martín «las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio», y le impuso un mes y 20 días de arresto, en una sanción confirmada por el jefe del Estado Mayor del Aire y que el afectado tuvo que cumplir.

Tras más de tres años de recursos y reclamaciones, la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo ha dado la razón al entonces presidente de Sodecta y hoy vicepresidente de la Asociación Unificada de Militares Españoles (Aume).

La sentencia, dictada el día 9 de octubre de 2008, considera que el sargento Martín hizo «una mera reclamación laboral carente de relevancia disciplinaria», y señala que, en cualquier caso, «la carta fue remitida por el recurrente, no en su condición de militar, sino como presidente de una asociación legalmente reconocida». El tribunal entiende, además, que el afectado no divulgó ninguna información que «pudiera afectar a la seguridad aérea o defensa nacional».³⁰¹

1.4. La libertad de expresión, en el marco de la ley 9/2011.

En cuanto a los límites, claramente la Constitución española en su artículo 20, expresa que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, no obstante estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos por la propia Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

A partir de esa perspectiva normativa, se distinguen claramente dos tipos de limitaciones. Las generales al igual que todo ciudadano común, derivadas de la protección o colisión con el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia y aquellas especiales, originadas en los preceptos particulares de las leyes que los desarrollen.

Es precisamente este marco constitucional, el que ha permitido el desarrollo de los derechos a la libertad de expresión e información por ley orgánica 9/2011, estableciendo su alcance y límites en el ámbito de las Fuerzas Armadas.

Esta ley, permite superar definitivamente los problemas derivados de la ley 85/78 de 28 de diciembre, que contenía el texto de las Reales Ordenanzas para

³⁰¹ STS 9 Octubre 2008.

las Fuerzas Armadas y que regulaba este derecho en su artículo 178. En efecto, la citada normativa preconstitucional, generó severas críticas de inconstitucionalidad de forma, pues la regulación de derechos fundamentales, de acuerdo a la CE de 1978, debiese ser por ley orgánica, lo que en este caso no ocurría, privando de esta garantía al personal militar.

Diversas razones históricas pueden señalarse para justificar la entrega de esta competencia de regulación al gobierno. Entre ellas, claramente el mantener un control más estricto y directo sobre los cuerpos armados. Hoy por el contrario, se vuelve a la vía idónea de regulación, la cual es la común y general para todas las personas: la ley orgánica.

Desde esa perspectiva, el grado de legitimación de la regulación y limitaciones a los derechos fundamentales, entre ellos la libertad de expresión del militar, adquiere un nivel superior al previamente existente, lo cual ya sería suficiente para concluir los efectos benéficos de la ley orgánica 9/2011.

Sin perjuicio de lo expuesto, en cuanto al fondo, la nueva regulación definitivamente junto con reconocer el derecho a la libertad de expresión del militar, le fija el ámbito máximo de limitación que puede ser objeto, lo cual también constituye una nueva garantía.

Actualmente, la ley 9/2011 de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 12, dispone que el militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, estableciendo seguidamente sólo los siguientes límites especiales para el personal militar:

1. Límites derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.

2. Límites para el cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical. En consecuencia, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas.
3. Límites impuestos por la disciplina, pues en los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a las restricciones que les imponga dicho deber esencial.

Estos límites derivados de la función militar, son los que el constituyente y el legislador acepta como necesarios y posibles, en un Estado democrático de Derecho, no pudiendo generarse otros implícitos o diferentes a los ya descritos en el texto de la ley 9/2011.

En este caso, la ponderación del equilibrio relacional derecho- potestad ha sido realizada por el legislador, estableciendo una regla para su aplicación. Desde esa perspectiva, no caben extender a otros límites auto justificativos como las relaciones especiales de sujeción, la prevalencia de los deberes militares para el correcto ejercicio de la función. Además de no ser necesario recurrir en este caso a ella, pierde todo sentido su empleo, pues ya el legislador fijó los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no fundados ya en el estatus especial, sino en la naturaleza e importancia de la función militar en el orden constitucional.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO CHILENO.

Inicialmente cabe señalar, que la libertad de expresión en Chile se encuentra reconocida como derecho fundamental en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, al disponer que se asegura a todas las personas el derecho a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.³⁰²

Es de apreciar del Texto Constitucional, que el reconocimiento de la libertad de emitir opinión sin censura previa en Chile, a diferencia del caso español, requiere para su limitación solamente ley de quórum calificado y no de ley orgánica constitucional, con ello formalmente el nivel de protección constitucional es menor,

³⁰² El artículo 19 N° 12 de la Constitución chilena establece: “ La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.”.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.”.

pues si bien requiere un quórum superior al de ley común para su aprobación, este no es el más alto que permite el sistema legislativo.

Un segundo aspecto diferencial es el relativo a la ausencia de regulación legislativa especial en esta materia, para el personal de las fuerzas armadas, por ello las especificidades deberán encontrarse en la protección penal o disciplinaria de los bienes jurídicos defensa y seguridad nacional.

Por tanto, si bien el militar estaría sometido a un doble ámbito de regulación, la general común a todo ciudadano y la particular que rige para ese colectivo militar, las limitaciones no estarían contempladas en un cuerpo jurídico único y de nivel de ley orgánica, como en el caso español.

2.1. Ausencia de regulación específica.

La normativa chilena que regula esta materia, fundamentalmente está contenida en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas cuyo texto se encuentra en el Decreto Supremo N°1.445, de 14 de diciembre de 1951. Sin embargo, debe precisarse que este reglamento sólo se aplica al Ejército y a la Fuerza Aérea, pues la Armada tiene su propio reglamento de disciplina, aprobado por Decreto Supremo N° 1.232, de 21 de octubre de 1996.

Ley 18.948/89, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas o el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997 que contiene el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, como se ha dicho, no contemplan una regulación específica de este derecho, no obstante ellas reafirman y regulan aspectos esenciales que inciden en éste, tales como la disciplina y las características básicas de la función militar.

Una precisión ulterior al respecto es que, aun cuando lo anterior puede aplicarse plenamente al Ejército y a la Fuerza Aérea, en el caso particular de la Armada existe una regulación de deberes específica contenida en su ordenanza.

Por otra parte, el Ejército posee una ordenanza general que si bien carece de articulado regulatorio y por ello no hay normas específicas de regulación de derechos y deberes, su texto contiene y desarrolla los principios y valores que informan la conducta militar, así como directrices sobre la función militar y su relación con la sociedad civil.

2.2. Límites derivados de los deberes militares.

El primer ejemplo que clásicamente se emplea para explicar dichos límites, se refiere al artículo 2º del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas en adelante, RD.

El citado artículo expresa que todo militar debe manifestarse siempre conforme con el sueldo que recibe y el empleo que ejerce.

Esta norma reglamentaria deja de manifiesto que no existe posibilidad de manifestar una opinión diferente pues constituye una infracción disciplinaria.

Otro ejemplo manifiesto, lo encontramos cuando dicho RD dispone que todo inferior que habla mal de un superior comete falta grave, si tuviere quejas de él las hará presente a quien corresponda y por ningún motivo dará mal ejemplo con sus murmuraciones. Corresponde a todo superior contener y reprimir con severidad tales faltas.

Un último ejemplo, lo constituye la reclamación de derechos, lo que se encuentra regulado en el artículo 3° del RD, que dispone que a todo militar se le permite reclamar de acuerdo con las prescripciones de ese Reglamento, siempre que lo haga ante quien corresponda, por conducto regular, y guardando las formas de respeto debido a sus superiores.³⁰³

La citada reglamentación, tiene a su vez fundamento normativo en el artículo 1° de la Ley 18.948/89, que remite a los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas instituciones la infracción a deberes u obligaciones, las cuales están en plena concordancia con su carácter de cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados, de conformidad a la disposición del artículo 2° de la ley 18.948/89.

Teniendo en cuenta las citadas previsiones, queda de manifiesto que el personal militar chileno tiene reconocido el legítimo ejercicio al derecho a la libertad de expresión, siempre que se adscriba a los procedimientos y reglas que se establecen para la conducta militar y se dé pleno cumplimiento al principio rector de la ordenación castrense: la disciplina. Lo anterior de conformidad a la normativa especial que regula la conducta militar.

En este caso, al igual que en el modelo español, sustantivamente los límites a este derecho no difieren fundamentalmente. Las diferencias se planteas en el marco de las garantías formales, en cuanto a su establecimiento en normas de jerarquía normativa superior como lo es la ley orgánica, según ya se ha señalado con anterioridad.

³⁰³ Artículo 4 RD."Se entenderá por conducto regular la serie de autoridades directas, jerárquicamente escalonadas, que forman el camino normal que deben seguir las órdenes, desde el superior que las dicta hasta quienes deben ejecutarlas; las noticias, reclamaciones, etc., que marchan en sentido inverso y, en general, todas las tramitaciones de asuntos al servicio o interés de las Fuerzas Armadas."

2.3. La libertad de expresión y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un caso paradigmático, en materia de libertad de expresión del militar chileno, lo constituyó la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Palamara Iribarne Vs. Chile”, 22 de Noviembre de 2005.³⁰⁴

Este caso comienza con una demanda de declaración de responsabilidad del Estado de Chile por la violación de la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho de propiedad, consagrados en los artículos 13 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los hechos expuestos en la demanda se refieren a la prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, titulado “Ética y Servicios de Inteligencia”, **“en el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos”**; la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio. Según lo indicado por la Comisión “el señor Palamara Iribarne, oficial retirado de la Armada chilena, se desempeñaba

³⁰⁴ Corte Interamericana de derechos Humanos, Sentencia “Palamara Iribarne Vs. Chile”, 22/11/2005, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. En esta materia también puede consultarse el trabajo de DÍAZ TOLOSA, R. “Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 34 N° 1, 2007, pp. 139 – 151.

en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas”. La comisión indicó que al señor Palamara Iribarne “lo sometieron a un proceso por dos delitos de desobediencia y fue condenado por ello”, y “dio una conferencia de prensa producto de la cual fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato”.³⁰⁵

Cabe señalar, que el Sr. Palamara fue efectivamente condenado en Chile por la justicia penal y recurrió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para solicitar la reparación por los perjuicios causados.

La Corte decidió acoger la demanda y declarar que el Estado es responsable por la violación de los artículos 7, 8.1, 8.2, 8.2.b), 8.2.c), 8.2.d), 8.2.f), 8.2.g), 8.5, 13 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, todos en conexión con los artículos 2 y 1.1 de la misma, y del artículo 21 de dicho tratado, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne. Seguidamente la Corte dispone la reparación del daño material³⁰⁶, inmaterial³⁰⁷ y otras formas de reparación.

³⁰⁵ Sentencia “Palamara Iribarne V.s Chile”, cit, pp. 1 y 2.

³⁰⁶ “238. La Corte determinará en este acápite lo correspondiente al daño material, para lo cual fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que han sido declaradas en la presente Sentencia, tomando en cuenta las circunstancias del caso, la prueba ofrecida, su jurisprudencia y los alegatos relevantes presentados por la Comisión, los representantes y el Estado.” “242. Debido a que no surge del acervo probatorio un valor uniforme del libro que acredite fehacientemente un precio único y tomando en cuenta las especiales características del derecho de autor, que el libro no había llegado a cotizarse en librerías y comercios de Chile, que no puede calcularse los eventuales beneficios que hubiera obtenido si se hubiera distribuido y que los costos de la edición cancelados fueron los señalados en el párrafo anterior, la Corte fija, en equidad, la cantidad total de US\$ 11.000,00 (once mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda chilena que comprende tanto los ingresos dejados de percibir como los gastos realizados. Dicha compensación deberá ser entregada, en el plazo de un año, al señor Palamara Iribarne, quien entregará a la señora Anne Ellen Stewart Orlandini la parte que corresponda para sufragar los gastos realizadas por ella.”

“243. El señor Palamara Iribarne y la señora Anne Ellen Stewart Orlandini incurrieron en una serie de gastos como consecuencia del sometimiento del señor Palamara Iribarne a los procesos penales militares, así como de la orden de abandonar, aproximadamente en el plazo de una semana, la casa fiscal en donde residían junto a sus tres hijos (*supra* párr. 63.105). Tanto el señor Palamara Iribarne como su esposa y sus tres hijos se tuvieron que mudar para otra ciudad, por lo cual realizaron gastos de mudanza. En consecuencia, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 4.000,00 (cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda chilena. Dicha compensación deberá ser entregada, en el plazo de un año, al señor Palamara Iribarne, quien entregará a la señora Anne Ellen Stewart Orlandini la parte que corresponda para compensar los gastos realizados por ella.”. SCIDH, “Palamara Iribarne V.s Chile”, cit, pp. 98-99.

³⁰⁷ “246. Para fijar una indemnización compensatoria del daño inmaterial, el Tribunal toma en cuenta que las violaciones a la libertad de pensamiento y de expresión realizadas por el Estado, la privación del uso y goce de sus derechos de autor sobre el libro “Ética y Servicios de Inteligencia”, las faltas de garantías procesales a las que se vio sometido por ser juzgado por tribunales militares en los procesos penales militares seguidos en su contra, las distintas privaciones arbitrarias a su libertad y la falta de protección judicial efectiva dificultaron las relaciones familiares, debido a que, como consecuencia de los hechos, sus integrantes se vieron obligados a separarse.”. “247. En este sentido, tiene particular relevancia el hecho de que el señor Palamara Iribarne, por ejercer su derecho a expresar libremente sus ideas y opiniones, se vio sometido a la jurisdicción penal militar y, durante toda la tramitación de los procesos que fueron instaurados en su contra, no fue escuchado ni atendido por ninguna autoridad judicial ordinaria que fuera independiente e imparcial. El hecho de ser un civil sometido a una jurisdicción que le era ajena para ser juzgado por la comisión de delitos que afectan los intereses de la misma institución que tenía que juzgarlo, generó en el señor Palamara Iribarne un sentimiento de indefensión e impotencia ante las actuaciones de las autoridades militares. El señor Palamara Iribarne sabía que los miembros de los tribunales militares formaban parte de la misma institución que denunciaba los supuestos hechos ilícitos, investigaba, recababa y valoraba la prueba en su contra y, a la vez lo juzgaba, así como que dichos miembros se encontraban subordinados por la cadena de mando a las mismas autoridades militares que censuraron su libro y que, con posterioridad, interpusieron denuncias en su contra por la comisión de otros delitos.”.

“248. Teniendo en cuenta los distintos aspectos del daño inmaterial ocasionado, la Corte fija, en equidad, la cantidad de US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda chilena, la cual deberá pagar el Estado al señor Palamara Iribarne por concepto de indemnización del daño inmaterial, en el plazo de un año.”. SCIDH, “Palamara Iribarne V.s Chile”, cit, pp. 99-100.

En cuanto a estas últimas, cabe señalar que la Corte ordenó al Estado de Chile que permitiera la publicación del libro y la restitución de sus ejemplares y otro material al señor Palamara Iribarne. Asimismo, dispuso que debido a la importancia que reviste la versión electrónica de una obra para poder ser actualizada y modificada por su autor, la Corte establece que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que, en caso de no contar con el soporte electrónico del libro, rescate toda la información proveniente de la versión impresa y la digite en una versión electrónica, lo cual deberá realizar en el plazo de seis meses.

También como lo ha dispuesto en otros casos, como medida de satisfacción, el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esa sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma. El fallo se deberá publicar íntegramente en el sitio web oficial del Estado. Para estas publicaciones se fijó el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la sentencia.³⁰⁸

Respecto de las Sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Palamara Iribarne, la Corte ha determinado que los procesos penales que se llevaron a cabo en la jurisdicción penal militar en contra del señor Palamara Iribarne no revestían la garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarias en un Estado democrático para respetar el derecho al juez natural y el debido proceso. Dadas las características del presente caso, la Corte entiende que el Estado debe dejar sin efecto, en el plazo de seis meses, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Palamara Iribarne.

³⁰⁸ SCIDH, “Palamara Iribarne V.s Chile”, cit, p.101.

Finalmente como obligación general del Estado, se dispone la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de desacato. Si bien la Corte valora la reforma del Código Penal establecida mediante la publicación de la Ley No. 20.048 el 31 de agosto de 2005, por la cual se derogaron y modificaron algunas normas que hacían referencia al delito de desacato. Con respecto al ordenamiento interno que continúa regulando dicho delito, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión posterior. Para ello el Estado debe tener especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana, de conformidad con los criterios establecidos en el fallo.³⁰⁹

2.4. Consideraciones respecto de la doctrina de la Corte interamericana de Derechos humanos.

A manera de reflexión sobre este caso, es oportuno extraer las valoraciones que se pueden tener en cuenta para analizar si un libro puede afectar la función militar. La respuesta queda absolutamente abierta, pues dependerá de la evolución del pensamiento de cada sociedad y cada país.

Se ha dicho que ciclos sociales superiores a cincuenta años, generan cambios reales en la percepción de la sociedad, esta ponderación de los hechos, derechos y deberes, ha sido acelerada por la vigencia del derecho internacional de los

³⁰⁹ SCIDH, “Palamara Iribarne V.s Chile”, cit, p.102.

derechos humanos, obligando a los estados firmantes a hacer real y efectiva su vigencia.

Cabe puntualizar, en este caso toda la cadena de acontecimientos que se inicia con la solicitud de autorización, conforme a la propia normativa interna institucional y que las decisiones administrativas adoptadas por la institución, fueron a su vez confirmadas por cada una de las instancias jurisdiccionales, sin observar reparo alguno en el fondo o en la forma de ellas.

Por ello, es factible volver a una reflexión inicial, la adecuación no sólo debe ser normativa, entregando un ámbito de validez formal a la ley, sino también debe existir un cumplimiento efectivo de ello, lo cual en esta ocasión viene por la valoración del caso conforme a estándares internacionales y por una corte supra nacional. Este desarrollo y evolución no es ajeno al mundo europeo, que a través de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha modificado sustanciales aspectos interpretativos en la materia, a la espera que los estados a través de su legislación recojan estas directrices, tal como lo constatamos al analizar el derecho a la libertad de expresión en el caso español.

2.5. La Ordenanza General del Ejército de Chile, un avance sustantivo para el establecimiento de reglas para compatibilizar la conducta militar y los derechos fundamentales.

Un avance sustantivo en esta materia, lo constituye la dictación de la nueva Ordenanza General del Ejército de Chile.³¹⁰

³¹⁰ Aprobado por Decreto Supremo MDN. SSG. Depto. II/1 N° 6030/86, del año 2006. Puede consultarse en http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/PDF_s/O%20G%20Ejercito.pdf , en adelante OGE.

En una solemne ceremonia en el Palacio de la Moneda, el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, efectuó la firma del decreto que promulgaba esta Ordenanza General del Ejército de Chile. Este documento busca constituirse en la matriz conceptual que fije los ejes en torno a los cuales se articula el accionar del Ejército como institución del Estado. Asimismo, es una descripción del Ejército, orientada a su mejor conocimiento por parte de los ciudadanos de Chile.³¹¹

Cabe señalar que la historia nos señala que las Ordenanzas Generales del Ejército Español que llegaron a Chile, son esencialmente las dictadas por Carlos III de España en 1768, y son las mismas que rigieron durante la Independencia hasta el término de la Guerra contra la Confederación Perú Boliviana, en que el Presidente José Joaquín Prieto, dicta con fecha 25 de Abril de 1839, el Decreto que promulga la “Ordenanza General para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de los Ejércitos de la República y publicada en 1840. Cabe destacar que esa ordenanza de 1839, ha estado vigente con sus respectivas actualizaciones, hasta el año 1925. Desde ese entonces, se habían dictado un conjunto de disposiciones de carácter constitucional, legal y administrativo y no existía una Ordenanza General para el Ejército.

Al término de la referida ceremonia, el Presidente de la República declaró que “Esta Ordenanza no sólo responde a una antigua tradición, sino que es una puesta al día de las nuevas actividades institucionales y de las relaciones cívico-militares, además de convertirse en un ordenamiento de nuestra Constitución Política del Estado”.³¹²

Efectivamente ese cuerpo normativo aborda desde una perspectiva principialista, aspectos tales como el conducto regular, canal procedimental

³¹¹ http://www.ejercito.cl/detalle_noticia.php?noticia=2741

³¹² http://www.ejercito.cl/detalle_noticia.php?noticia=2741

esencial para el ejercicio de las libertades de expresión y de opinión, señalando que: “El concepto de “conducto regular” es una expresión indispensable de la jerarquía militar, entre cuyas características se encuentra el legítimo derecho de sus integrantes de formular sus requerimientos u observaciones a la autoridad con las atribuciones reglamentarias para resolver en cada situación.”³¹³

El Ejército combina, de esta manera, la disciplina y la jerarquía con la aplicación del discernimiento individual, así como también el buen criterio en el momento de tomar las decisiones y el ejercicio del derecho del subalterno de exponer su propio discernimiento, como parte del mismo proceso en que estas decisiones son adoptadas.³¹⁴ Desde ese punto de vista, el conducto regular se convierte en el procedimiento que contempla la normativa de las instituciones castrenses, para ejercer el derecho a emitir opinión, dando cuerpo y garantía procedimental a la libertad de expresión.

Finalmente, la Ordenanza General del Ejército al referirse a la cultura militar, en su expresión cívico-social, se refiere a la vigencia de la democracia como medio elegido para la satisfacción del bien común general, dentro de un orden político que asegura el respeto a los derechos humanos, el Estado de Derecho, la justicia, la libertad de pensamiento y expresión, el pluralismo ideológico y la concordia entre los ciudadanos. De esta manera, al interior del mundo militar se produce una simbiosis básica de existencia y convivencia, que permite el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de opinión, con las particularidades propias de la función militar, permitiendo un equilibrio entre los

³¹³ OGE, cit., en http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/PDF_s/O%20G%20Ejercito.pdf, p. 31.

³¹⁴ OGE, cit., en http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/PDF_s/O%20G%20Ejercito.pdf, p. 32.

deberes y los derechos del militar, como persona y ciudadano en un Estado de Derecho.³¹⁵

2.6. Límites generales derivados de la función de Defensa y Seguridad Nacional.

Las especiales funciones de las Fuerzas Armadas, tiene aparejado una multiplicidad de restricciones, que requieren necesariamente para su funcionamiento y justifican su existencia.

Una de ellas, está claramente establecida en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 18.948/89, en cuanto a que el personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos a organizaciones sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el inciso 1º de ese artículo, que dispone su carácter obediente, no deliberante, jerarquizado y disciplinado.

Esta restricción es reiterada en el artículo 28 del RD, que prohíbe a todo militar mezclarse en política, pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esa índole.

Todas estas disposiciones tienden a mantener el deber de neutralidad política y sindical, principio basal que explicita el carácter apolítico, no deliberante y profesional de estos cuerpos armados, constituyéndose en límites a su libertad de expresión. Dado que este tipo de manifestaciones inciden en otros derechos

³¹⁵ OGE, cit., en http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/PDF_s/O%20G%20Ejercito.pdf, pp. 83 -84.

fundamentales, ellas serán tratadas conjuntamente con el derecho de asociación del militar.

3. DEDUCCIONES COMPARATIVAS CRÍTICAS SOBRE LOS AVANCES EN LA REGULACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL MILITAR.

Uno de los aspectos más complejos a exponer es el que en este momento debo abordar. Lo aclaro previamente, pues el centro del debate doctrinario está radicado en el siguiente aspecto: sujeción especial o limitación a derechos fundamentales con motivo de la función militar, en el marco de una sujeción general.

Los parámetros y ópticas de análisis son variados y extensos, por ello a fin de poner algún orden en ese caos conceptual y valorativo, estableceré algunos márgenes previos para acotar el tema a exponer.

Una primera visión, permite exponer un derecho a la libertad de expresión totalmente sometido a una sujeción especial, con deberes de obediencia tan estrictos que devienen en conceptos tales como obediencia ciega y la imposibilidad de evitar el cumplimiento de órdenes incluso ilegales o que comportaran delitos. Esta forma de entender el derecho y la relación del militar con su cadena de mando, superada hoy en los ordenamientos jurídicos actuales y que dejó trágicas secuelas en la segunda guerra mundial, permitieron a través de dolorosos acontecimientos entender la necesidad que existiera un nivel de reflexión en el personal militar, para el cumplimiento de las órdenes.

Lo anterior también, aparejado a la evolución de la estrategia militar y la conducción de las operaciones, permiten entender que el cumplimiento de

órdenes en forma literal no siempre conlleva el éxito de la operación. El cambio de paradigma en la conducción táctica hacia la conducción por misión, dejando que las unidades tengan autonomía en la elección de los medios y variantes necesarias para su cumplimiento, requieren que el personal militar tenga la capacidad de entender la misión y dentro de los márgenes que hoy le exige el derecho internacional humanitario, el derecho de la guerra y la legalidad internacional para cumplir su objetivo militar operacional.

Estos avances en las concepciones propias del arte de la guerra, de la evolución de la civilización occidental, del derecho de la guerra y del derecho internacional de los derechos humanos, permiten que aparezcan nuevas visiones en la comprensión y regulación del sentido y alcance del derecho a la libertad de expresión.

Sin este desarrollo evolutivo, no se entenderían normas tales como el artículo 20 del Reglamento de Disciplina Para las Fuerzas Armadas de Chile, que dispone textualmente: "Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de contraorden. Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden o parezca que ésta se ha obtenido con engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda a la perpetración de un delito."

En este caso puede suspenderse la orden dando cuenta informada al superior, expresando las razones de ello.

Otro ejemplo, aún más profundo de esta transformación lo encontramos en la normativa de las Fuerzas Armadas Alemanas³¹⁶ en las cuales el binomio ciudadano- soldado es mucho más amplia y sólo limitada por la función en casos especialísimos, pues cuentan con la protección general en materia de derechos de la Ley Fundamental.³¹⁷

El caso español, en actual etapa de adecuación producto de la nueva ley de derechos fundamentales del militar, ha tomado como parámetro los avances de la jurisprudencia europea de derechos humanos y por otra parte la doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional.

La actual normativa, partiendo del principio fundamental de existencia de este derecho para este colectivo militar, regula sus alcances y limitaciones, las cuales están íntimamente vinculadas con las funciones de defensa y seguridad nacional.

Tal como vimos en este capítulo, al analizar la normativa española, ella adopta conservadoramente un camino de progreso y renovación en la materia, sin apartarse de los moldes clásicos ni llegar al tratamiento del modelo alemán o

³¹⁶ Sobre esta materia el reglamento de conducta militar alemán indica: "La **libertad de opinión** (art. 5, 1ª parte de la 1ª frase del apdo. 1 de la GG), por los deberes de servir fielmente (art. 7 de la SG) y de defender el orden fundamental de libertad y democracia (art. 8 de la SG), de ser reservado en las manifestaciones como superior (art. 10, apdo. 6 de la SG), de **compañerismo** (art. 12 de la SG), de **sigilo** (art. 14 de la SG), por los deberes en relación con la **actividad política** (art. 15, apdos. 1, 2 y 4 de la SG); por los deberes de **disciplina** y de conducta digna de respeto (art. 17, apdos. 1 y 2 de la SG), y por el deber del oficial y del suboficial de abstenerse de realizar actividades dirigidas contra el orden fundamental de libertad y democracia, incluso después del cese en el servicio activo (art. 17, apdo. 3 y art. 23, apdo. 2, núm. 2 de la SG)." Reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf, p.49.

³¹⁷ Los militares tienen **derechos fundamentales** (artículos 1 al 19 de la Ley Fundamental [GG]). Tienen el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 38 de la GG).

norteamericano. Este último, con importantes cambios en relación a la política de libertad de expresión respecto de la condición homosexual, producto de la derogación de la normativa que sancionaba con separación administrativa del empleo a quienes se expresaran o manifestaran por tal condición.³¹⁸

Finalmente, en España hoy ha tomado importancia la discusión en relación al empleo de nuevas tecnologías y libertad de expresión. En efecto, producto de la discusión de la nueva ley de régimen disciplinario para las Fuerzas Armadas, se plantea la posibilidad de sancionar a militares que difundan críticas por las redes sociales.

Así, indica un diario nacional que “como muestra de adaptación a los nuevos tiempos, el proyecto cita expresamente el correo electrónico y las redes sociales entre los medios a través de los cuales se pueden “expresar públicamente opiniones que, relacionadas estrictamente con el servicio de las Fuerzas Armadas, no se ajusten a los límites derivados de la disciplina” y sean merecedoras de castigo. La equiparación del correo electrónico —protegido por el

³¹⁸ El secretario de Defensa de EE.UU., León Panetta, agradeció a los miembros militares gays y lesbianas por su servicio, ya que el Pentágono se prepara para conmemorar junio como el mes del orgullo gay con un saludo oficial. En un signo notable de un cambio cultural en los militares de EE.UU., Panetta dijo que con la derogación del año pasado de la norma "No preguntar, no decir" la ley que prohíbe a los gays servir abiertamente en la defensa. Los gays y las lesbianas militares pueden ahora estar orgulloso de usar el uniforme. Asimismo, Panetta dijo que los líderes militares habían concluido que la derogación no había afectado a la moral o la disposición. Un informe del panetta con las evaluaciones de las ramas del servicio militar individuales dijo que el 1 de mayo no habían visto ningún efecto negativo. <http://abcnews.go.com/US/wireStory/pentagon-mark-gay-pride-month-16575641?page=2>. También esta materia puede consultarse la declaración del presidente Barack Obama en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/06/01/presidential-proclamation-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-pride-mon>

secreto de las comunicaciones— con un foro público resulta como mínimo sorprendente en este caso.”³¹⁹

El equilibrio derecho – deber ha de ser perfecto, pues la sanción aparejada a la infracción de deberes, solamente puede establecerse para proteger el debido ejercicio de la función militar. Por ello, quedará aún más para comentar según la aplicación de la nueva ley 8/2014, de disciplina militar, pero ello ya será tema para otra investigación.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³¹⁹ http://politica.elpais.com/politica/2012/07/23/actualidad/1343068683_311448.html



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO IX

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES GENERALES: LIBERTAD RELIGIOSA Y ASISTENCIA RELIGIOSA.

El primer aspecto a precisar, reside en el tratamiento que los textos constitucionales en su generalidad otorgan de la libertad religiosa para todas las personas, apareciendo la noción de asistencia religiosa como un derecho de acceso o de prestación efectiva estatal, para aquellas que se encuentran sometidas a situaciones especiales en que el ejercicio de ese derecho presenta cierta dificultad, como ocurre con los enfermos en centros hospitalarios, los presos y los militares, constituyéndose en definitiva esta institución, en la garantía efectiva para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa para esas personas.

Sin embargo, el aspecto conceptual esencial muestra además, que la libertad religiosa se enmarca en un derecho fundamental más general aún: la libertad de conciencia o pensamiento. Efectivamente las constituciones incorporan la libertad de conciencia como aquel derecho que permite la libertad de culto y de creencias, dando vida a la protección normativa del pensamiento libre.

Desde esa perspectiva, teniendo presente la equivalencia entre las expresiones libertad de pensamiento y libertad ideológica con la de libertad de conciencia, es preciso señalar que la libertad religiosa es la especie del género libertad de conciencia y, por tanto, está contenida conceptualmente en ella. Cabe indicar que las creencias o convicciones pueden tener un contenido religioso o no,

por ello la libertad religiosa en sentido estricto sólo comprenderá las primeras. No obstante, tal como veremos más adelante, también en la libertad religiosa podemos encontrar un contenido negativo. En efecto, esto se refleja en el derecho a no profesar ninguna religión.³²⁰

Este aspecto que es complejo de abordar y que sin duda excede al derecho de libertad religiosa, dice relación a los derechos de las personas sin fe, o dicho en forma simple el derecho a no profesar fe alguna.

En este punto, al igual que LLAMAZARES FERNANDEZ, debe incluirse este derecho también en el contenido de libertad religiosa. Señala este autor que “es verdad que el derecho de libertad religiosa es derecho para tener fe religiosa y para no tenerla; lo que ha hecho pensar a algunos que, como incluido en la no fe religiosa, también estaría comprendido en el derecho de libertad religiosa el derecho a tener convicciones o creencias no religiosas e incluso antirreligiosas (ateísmo), invirtiendo así la relación lógica: desde este punto de vista, el género sería justamente la libertad religiosa y la libertad de conciencia (ideológica o de

³²⁰ En este mismo sentido véase LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad, Civitas, Madrid, 1997, p.16. Agrega el autor que: “Como ha quedado dicho, toda cosmovisión o sistema de ideas y creencias puede ser religiosa o no religiosa (teológica o no): el género es el sistema de ideas y creencias y la especie su carácter teológico o no. Recuérdese que el término creencia, según el Diccionario de la Real Academia, en su primera acepción alude a “dar por cierta una cosa que no está comprobada o demostrada” y, sólo en segundo lugar, a la “fe en los dogmas de una religión”. Ibid.

Agrega este mismo autor, que “la regulación de la libertad de conciencia es el Derecho común en la materia, en tanto que la regulación de la libertad religiosa, en lo que se aparte de ese Derecho común, es Derecho especial, como Derecho especial son la regulación de la libertad sindical, de la libertad de asociación política, etcétera.”. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Derecho de la libertad de conciencia I, ob. cit., p.16.

pensamiento) la especie; la regulación de la libertad religiosa, el Derecho común y la regulación de la libertad de conciencia, el Derecho especial.”.³²¹

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido en Sentencia 2563/2002, de 2 de junio de 2004, al señalar que la CE reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades. En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, insita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. La libertad religiosa "garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual", y asimismo, "junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, "en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso", tales como los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

³²¹ No obstante el autor cree que esta discusión es artificiosa, señalando que: "Lo incluido en el derecho de libertad religiosa es el derecho a no tener creencias religiosas, pero nada más; no a tener otras convicciones y otro sistema de ideas y creencias. Lo incluido en el derecho de libertad religiosa, aparte del derecho a tener creencias religiosas es la pura negatividad: a no tener creencias religiosas y a no ser obligado a tenerlas; pero no a poder tener unas u otras ideas y creencias no religiosas que es parte del contenido del derecho de libertad de conciencia (ideológica o de pensamiento), en el que ambas alternativas tiene contenido positivo". LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Derecho de la libertad de conciencia I, ob. cit., p.16.

Lo anterior, puede también ser perfectamente válido para el caso chileno. La Constitución Política del Estado de Chile, asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 16 "La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".³²²

Asimismo, el artículo 6 la ley 19.638/1999 que establece normas sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, señala como parte de la libertad religiosa la de profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba, lo cual se da la mano con el contenido extensivo, que ya mencionaba en el caso español, que incluiría el derecho a no profesar ninguna religión.

Además, la regulación jurídica vigente es perfectamente coherente y muy similar - en ambos ordenamiento jurídicos, chileno y español, en que este último contempla su regulación en el artículo 16 de la Constitución española³²³ y la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.³²⁴

³²² Sobre libertad de conciencia en el caso chileno, véase NOGUEIRA ALCALÁ, H. "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 13 - 41, 2006. También en formato digital en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200002&script=sci_arttext.

³²³ Artículo 16 CE.

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

³²⁴ La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

Artículo segundo.

Establecida la precisión conceptual de la protección constitucional de la libertad religiosa y su extensión, el estudio de la asistencia religiosa debe realizarse entendiendo ésta como la garantía de la libertad religiosa de aquellos sujetos que “se encuentran en condiciones de especial dificultad, para el ejercicio de su derecho fundamental de libertad religiosa”.³²⁵

En este extremo, en efecto, la asistencia religiosa del personal de las fuerzas armadas, se constituye en salvaguarda y modalidad de ejercicio de la libertad religiosa, dadas las especiales características de su función y restricción a sus derechos del personal militar.

Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

³²⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación, Civitas, Madrid, 1999, p. 531.

1.1. La Asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas.

El desarrollo de las operaciones de combate en el caso de guerra o incluso en la simple vida ordinaria de la milicia al interior de los cuarteles, somete a un régimen especial a los integrantes de los cuerpos armados de la defensa nacional, que no les permite una movilidad o desarrollo de sus actividades, con la libertad propia de cualquier ciudadano civil.

Históricamente, la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas comienza al constituirse cuerpos armados regulares, fundamentalmente para asegurar la victoria a través de actos de culto o acrecentar el valor combativo frente al adversario. Ello no obsta a que cuerpos irregulares, en especial mercenarios, comprendan en sus filas agentes religiosos. Pero, modernamente, la asistencia religiosa está unida a la aparición del Estado Social de Derecho. El Estado toma un rol nuevo. Debe “quitar obstáculos” al ejercicio de los derechos constitucionales y “promover, facilitar” su ejercicio. Desde la Constitución Italiana de 1948 estas fórmulas se contienen en numerosos bloques constitucionales.³²⁶

Cabe señalar, que “a pesar de garantizarse en la mayoría de los países la asistencia religiosa, no se puede afirmar, sin embargo, que exista un concepto unívoco por el que se pueda definir la misma. En la mayoría de los supuestos, ni en los textos normativos ni por la doctrina se hace referencia a dicho concepto, ya que en las normas jurídicas se establecen, únicamente, los mecanismos para su

³²⁶ PRECHT PIZARRO, J. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, en Boletín Jurídico, Centro de Libertad Religiosa – Derecho UC, año III - N° 7-mayo- 2008, p. 29.

aplicación, mientras que en los estudios realizados sobre la materia es difícil encontrar una noción sobre esta figura”.³²⁷

1.2. Los modelos y técnicas de aplicación de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Según CONTRERAS MAZARIO, “conforme al ordenamiento jurídico-militar vigente, la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas puede ser aplicada a través de las siguientes técnicas: integración orgánica, relación contractual, libre acceso y aplicación externa.

Se establece de este modo, un sistema plural en el que las distintas técnicas no están relacionadas entre sí por criterio de prelación alguno, configurándose a los poderes públicos unilateralmente o mediante concertación con las confesiones religiosas, la facultad para elegir la más adecuada a cada circunstancia histórica, confesión religiosa o centro militar. Bien entendido, que el establecimiento de sistemas distintos y paralelos habrá de respetar, en todo caso, el principio constitucional de no discriminación.”³²⁸

Por otra parte, es de advertir que fundamentalmente estas técnicas se pueden reconducir a la existencia de dos modelos de asistencia religiosa, a saber el de integración orgánica y el de libre acceso o permisos.

³²⁷ CONTRERAS MAZARIO, J. M. Régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1989, p. 19.

³²⁸ CONTRERAS MAZARIO, ob.cit., p.569.

1.3. El modelo de integración orgánica.

En este modelo, los capellanes castrenses son incorporados en las estructuras propias de las Fuerzas Armadas, en empleos estables, remunerados con fondos provenientes de sus presupuestos institucionales. Este modelo admite dos variantes, sea que se considere a los Capellanes como militares, (modelo de integración plena), sea que se los entienda como empleados civiles o empleados agregados a las Fuerzas Armadas (modelo de integración flexible). Este modelo es propio de un régimen de unión Iglesia – Estado o de Iglesia Oficial, pero es compatible en un régimen de separación o de pluralismo religioso, en tanto confesiones no tradicionales reciban en paridad otros modelos eficientes para las prestaciones de asistencia religiosa.³²⁹

Dicho modelo, señala CONTRERAS en igual sentido, “se caracteriza primordialmente por que el personal religioso pertenece a la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas. Esta integración puede hacerse reconocimiento a dicho personal bien como “personal asimilado”, bien como “personal equilibrado” al militar. Aunque a primera vista parece tratarse de términos sinónimos, no es así. Cuando se emplea la expresión “personal asimilado” se hace referencia a relaciones entre sujetos que no son iguales, pero que presentan una asimilación en derechos. Así pues, el personal religioso no sería propiamente militar y sólo, para el ejercicio de dicho servicio, gozaría de dicha configuración. Por el contrario, cuando se habla de “personal equiparado” se hace referencia a sujetos intercambiables, de forma que el personal religioso lo sería también militar”.³³⁰

³²⁹ En este aspecto véase el completo desarrollo efectuado por el profesor PRECHT PIZARRO, La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas ..., art. cit., pp. 30 -31.

³³⁰ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p. 459. Asimismo, agrega el autor que: “Debemos comenzar señalando que se trata de la única confesión que, hasta la actualidad, tiene acordado con el Estado español el reconocimiento de la asistencia religiosa a los militares católicos.” “Precisamente con la creación de estos Cuerpos eclesiásticos” surge el modelo de la integración orgánica, al ser

1.3.1. La variante de la integración orgánica: la contratación de personal.

La variante técnica de aplicación, en esta misma modalidad de integración orgánica, la constituye la contratación de personal para la prestación de este servicio. En esta opción “se trata del segundo modelo de aplicación de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas, consistente en la existencia de una relación contractual entre el ministro del culto y la Administración militar. Aparece así el “ministro de culto contratado” . A pesar de la terminología, este ministro del culto desempeñará, a nuestro modo de ver, las mismas funciones parroquiales y asistenciales que los capellanes militares. Pero, por el contrario, no serán iguales ni su configuración dentro de las Fuerzas Armadas, ni sus características, ni su forma de designación. En definitiva, no pertenecerá orgánicamente a las Fuerzas Armadas, manteniendo con éstas una relación exclusivamente contractual”.³³¹

incorporados sus ministros dentro de la estructura militar y detentar cargos y rangos militares”. Ob. cit., p. 460. “Sin embargo, resulta evidente que del hecho de la existencia de estos Cuerpos dentro de la organización de las Fuerzas Armadas como un Servicio de las mismas, formando parte sus miembros de la estructura de Escalas y grados del Ejército, pueden deducirse las siguientes características:

En cuanto a su integración dentro de las Fuerzas Armadas, ésta se manifiesta, claramente, en la existencia de un Servicio religioso integrante de la organización militar. Pero, además, este Servicio no es considerado ni como servicio civil de la Administración militar ni como servicio auxiliar, sino como servicio interno y propio de las Fuerzas Armadas, y como consecuencia de lo anterior, se produce, asimismo, la integración del personal al servicio del mismo asimilándoles a los militares. Ello supone, en primer lugar, el desempeño de un rango o grado militar y, en segundo lugar, la pertenencia a dicho Cuerpo. Todo lo anterior se traduce en su consideración como personal al servicio del Estado, corriendo, por tanto, sus emolumentos a cargo del mismo. Gozan, igualmente, de todos los derechos reconocidos a los militares y deberán cumplir con todas las obligaciones a los militares y deberán cumplir con todas las obligaciones que el cargo y el grado les impongan, en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad (cfr. art. 12 RR.OO.)”. Ob. cit., pp. 461-462.

³³¹ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p. 463.

1.4. El modelo de libre acceso y el de permisos.

Otros modelos son el modelo de libre acceso y el modelo de permisos, para recibir asistencia religiosa al exterior. Mediante el modelo de libertad de acceso, “la persona encargada de prestar la asistencia tiene permitido el acceso al recinto militar” y finalmente el de libertad de salida, el cual permite a los sujetos abandonar temporalmente el centro en el que están internos para practicar el culto”.³³²

1.4.1. La variante técnica del libre acceso.

Para implementar la primera variante de este modelo, se requiere de ministros de culto que voluntariamente presten la asistencia, se trata del supuesto del “ministro autorizado”. Este desempeñará funciones parroquiales y pastorales entre los miembros de las Fuerzas Armadas pertenecientes a su confesión, pero sin pertenecer a la Administración militar, ni recibir remuneración alguna por sus servicios.³³³

³³² Ibid, p.32.

³³³ Según CONTRERAS, “la legislación vigente no recoge la exigencia de un acuerdo de cooperación para el establecimiento de esta técnica, al igual que sucedía con la “relación contractual”. En consecuencia, podrá regularse aún en ausencia de dichos acuerdos. Cabe distinguir, por lo tanto, los siguientes subsistemas.

En primer lugar, como sistema principal de alcance general aplicable en todos los centros militares y respecto de todas las confesiones religiosas. En este caso, dicho sistema podrá sustituirse por

1.4.2. La variante técnica del modelo de permisos.

Para implementar la segunda variante, libertad de salida, se requiere autorizar al personal militar salir de su recinto de acuartelamiento y conforme a los horarios y medidas dispuestas por el comandante de la unidad. Sobre este caso “debe tenerse igualmente presente que junto a estos tres modelos de aplicación interna

otro secundario para una o varias confesiones, cuando así se establezca en los acuerdos de cooperación celebrados con las mismas.

En segundo lugar, como sistema específico respecto de todos los centros militares, pero en relación tan sólo con una o varias confesiones. Dicho subsistema podrá establecerse mediante acuerdo de cooperación, lo que limitaría su ámbito de aplicación a las “confesiones inscritas y de notorio arraigo”. No obstante, este límite puede ser superado por la adopción de una norma unilateral del Estado, en que se establezca tal sistema para una o varias confesiones como resultado del establecimiento de relaciones de cooperación no plasmadas en un acuerdo formal en el sentido del art. 7 de la LOLR.

Por último, el sistema de “libre acceso” podrá utilizarse con carácter especialísimo cuando, no existiendo en los Centros y Unidades militares ministros del culto de una determinada confesión, los fieles de la misma soliciten su presencia para la realización de actos de culto. Cabe distinguir dentro de esta tercera posibilidad dos opciones distintas. Así, podrá utilizarse la libertad de acceso de un ministro del culto solicitado por los sujetos dependientes, bien para la totalidad de los actos de culto, con independencia de la periodicidad de los mismos, bien para un acto de culto en concreto, habiendo de ser autorizado de nuevo en este caso para acceder a la dirección de un acto de culto distinto del que motivó la primera autorización.

En este sistema, la presencia en los Centros de Unidades del ministro de culto, habrá de ser autorizada en todo caso por los mandos militares. Como ya hemos visto, dicha autorización podrá tener alcance general o particular, dependiendo de los casos concretos. La existencia de esta autorización permite que se pueda seguir hablando de la asistencia religiosa como servicio perteneciente a la estructura de la Administración militar, no por la presencia de los ministros del culto a la misma, sino porque el servicio se reglamenta y practica en las dependencias militares.

Así pues, el personal religioso autorizado prestará sus servicios de manera puramente voluntaria y sometido a la previa autorización de la autoridad militar competente. No se les podrá considerar, por tanto, “personal laboral”, por lo que su relación con la Administración será nula, excepción hecha de la ya mencionada previa autorización. En consecuencia, sus emolumentos no habrán de ser garantizados por los poderes públicos, con independencia de que pueda establecerse, cuando así se considere necesario, el oportuno sistema de gratificaciones”. CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., pp. 467-469.

de la asistencia religiosa existe un cuarto modelo que tiene por finalidad garantizar que, para los casos en que no esté previsto ninguno de los antes enunciados, los militares puedan atender a sus obligaciones religiosas a través del desplazamiento ante el ministro de culto de su confesión a aquel lugar. A tal efecto, se establece la obligación para los Mandos del Ejército de facilitar el cumplimiento de los deberes religiosos, “proporcionando, sin perturbar el régimen de vida de Unidades, Centros u Organismos, el tiempo necesario para la asistencia a actos de culto”.³³⁴

1.5. Particularidades en la aplicación de los modelos y técnicas de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Entre las particularidades de implementación de los diferentes modelos, cabe señalar que en el caso de la integración orgánica, PRECHT PIZARRO afirma que debe existir necesariamente un acuerdo, entre la Administración militar y la confesión a la que el destinatario de la asistencia y el prestador de la asistencia pertenecen, difiere solamente en que este pueda materializarse en forma expresa, tácita o presunta, como lo señala el autor.³³⁵

El formalismo de la administración y de la administración militar, en especial requieren que los términos y condiciones de esta convención se manifiesten por escrito. Asimismo, el principio de laicidad del Estado y su reconocimiento constitucional, materializado por la separación de los órdenes espiritual y temporal, requieren de norma expresa a nivel constitucional o concordataria preexistente, como una excepción al principio de igualdad religiosa.

Efectivamente, en el ordenamiento jurídico español y chileno, los regímenes concordatarios vigentes con la Santa Sede, mantienen vigentes figuras relevantes

³³⁴ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p.469.

³³⁵ PRECHT PIZARRO, J., La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas ..., art. cit., pp. 30 -31.

de integración orgánica como el Obispado Castrense, pero ellas no podrían mantenerse en cada uno de esos órdenes si no existiesen dichos acuerdos.

Por otra parte, también se requerirá acuerdo para la implementación del sistema de libre acceso, pues deben regularse la forma y en especial el procedimiento que se empleará, compatibilizando las obligaciones de servicio, con el derecho a la asistencia religiosa del personal.

Desde esta perspectiva normativa, si bien la materia fundamental de la asistencia es de carácter espiritual, en el modelo de integración orgánica plena requiere el ejercicio de potestades públicas y el ejercicio de función pública y para ello necesariamente requerimos la vigencia del principio de legalidad formal habilitante. Me parece que volver al antiguo recurso de las potestades implícitas o tácitas en la administración, no constituye un expediente que pueda dar suficiente cobertura constitucional a su existencia.

Finalmente sostiene PRECHT, que en el sistema de libertad de acceso, no es necesario un acuerdo, pero la confesión o entidad religiosa deberá acreditar que es una entidad religiosa y que el agente prestador es su representante o su ministro de culto, lo cual hoy se recoge en el modelo de asistencia religiosa chileno. En cambio, el modelo de libertad de salida sólo implica colocar en el estatuto del personal militar tal derecho, aspecto que no se encuentra regulado expresamente en los estatutos militares chileno y español, quedando entregado al régimen de permisos generales del personal militar condicionado a las limitaciones impuestas por las obligaciones del servicio, calificadas por la autoridad militar que ejerce mando sobre sus subordinados.

Difiero con el profesor PRECHT en un aspecto formal de su planteamiento, pues en el caso chileno al igual que el español, se requiere que las distintas instituciones de la defensa nacional previamente conozcan y establezcan los

parámetros en que la prestación de la asistencia religiosa se llevará a efecto con la confesión o entidad religiosa.

En efecto, el propio régimen interno y las necesidades del servicio hacen necesario que el ministro de culto que efectuará dicha asistencia se someta a ciertas reglas de orden interno que deben ser vinculantes para él porque su confesión se las establece como obligatoria en virtud de los términos establecidos en un convenio asistencial. Sin ello, podría generarse situaciones complejas de orden disciplinario o incluso penal militar para el asistido por incumplimiento de órdenes o reglamentos. Diferente es el caso en que esta asistencia se realice fuera de un recinto militar, en cuyo caso opera el régimen de los permisos o autorizaciones.

Con independencia del modelo a adoptar, la implementación de la asistencia religiosa en los cuerpos armados supone el ejercicio del culto en los recintos y unidades militares o el reconocimiento al personal de las Fuerzas Armadas del tiempo suficiente para practicar, fuera de los establecimientos militares, sus ritos religiosos.³³⁶

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³³⁶ En este mismo sentido CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p. 263, quien señala: “Esta técnica precisa para su prestación que las autoridades militares establezcan un tiempo mínimo para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan acudir a cumplir con sus deberes religiosos en las parroquias o recintos religiosos más cercanos. Por su parte, los soldados o militares que así lo deseen, deberán hacer manifestación expresa, en primer lugar, de su religión o creencia y, en segundo lugar, de su voluntad de acudir a cumplir con sus deberes religiosos en los recintos religiosos locales, teniendo obligación de regresar a los recintos o unidades militares una vez finalizado bien el tiempo concedido, bien el culto”.

2. LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS.

Cabe señalar inicialmente que “el sistema histórico español en materia de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se basa en la acción pastoral de la Iglesia católica, vinculado, en un principio, a un sistema regalista y, posteriormente, al principio de confesionalidad del Estado. En consecuencia, se configura como un servicio eclesial reconocido en exclusividad a la Iglesia católica que, apoyado en el binomio unidad religiosa-unidad nacional, se transforma en un servicio de utilidad pública y, por tanto, en una función propia del Estado, lo que justifica la utilización de la técnica de “integración orgánica”. Este sistema se caracteriza por la prevalencia de las relaciones institucionalizadas entre el Estado y la Iglesia Católica; institucionalización que llevó incluso a determinar la remisión a las normas del ordenamiento canónico en esta materia.” ^{337 338}

³³⁷ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., pp. 562-563. Agrega el autor que: “El modelo en cuestión se ve modificado únicamente durante la I y II Repúblicas, en que, por aplicación del principio de no confesionalidad, se disuelven los Cuerpos eclesiásticos castrenses integrados en la estructura militar.

A excepción de estas dos transformaciones radicales, las variaciones del sistema constitucional español en materia religiosa no tuvieron consecuencias en el tema de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas. Si bien el principio de confesionalidad se mantuvo durante todo el siglo XIX, se produjo también una alternancia entre los principios de tolerancia e intolerancia con las confesiones no católicas. Ello permitió la apertura hacia el pluralismo en la regulación de determinadas instituciones, pero no llegó a incidir sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, que salvo en pequeñas modificaciones de su organización, se mantuvo con idénticos caracteres durante este período.”. CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p. 563.

³³⁸ Sobre el origen y evolución histórica de la institución véase: BRAVO CASTRILLO, F. J. La asistencia religiosa en las fuerzas armadas, derecho del militar creyente, publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, *Bibliotheca Salmanticensis*, estudios 334, 2012. CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., pp. 269-348.

Sin embargo, señala el mismo autor, “a partir de 1978, con la promulgación de la Constitución española, pero sobre todo a partir de la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, la asistencia religiosa en centros públicos ha sufrido una importante transformación cualitativa, pasando de ser un servicio eclesial a configurarse como una garantía positiva. Así, se transforma en un deber jurídico de los poderes públicos cuya finalidad es garantizar la aplicación real y efectiva del derecho de libertad religiosa.”^{339 340}

Conforme a lo ya indicado, esta dualidad al interior del mundo castrense también está presente en el derecho individual a la asistencia religiosa y el deber del poder público, representado como administración militar de permitir y velar por que se cumpla efectivamente el ejercicio de este derecho.³⁴¹

³³⁹ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p. 564.

³⁴⁰ Agrega el autor respecto del contenido de libertad religiosa que: “Por su parte, la LOLR atribuye dos naturalezas jurídicas, distintas pero concurrentes, a la asistencia religiosa en centros públicos, a saber: como derecho subjetivo y como garantía positiva.

Así, en su art. 2.1.b) proclama el derecho individual “a recibir asistencia religiosa de su propia confesión”, por lo que se produce una ampliación respecto del Texto Constitucional, que en su art. 16.1 se limita a reconocer el derecho de libertad religiosa. Sin embargo, dicha ampliación no puede ser interpretada como contradictoria con los preceptos constitucionales, ya que el derecho a la asistencia religiosa ha de considerarse parte integrante del contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

En segundo lugar, en su art. 2.3 declara que “para la aplicación real y efectiva de estos derechos (los reconocidos en la Ley), los poderes públicos adoptarán los medios necesarios para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos”, consagrándose así su configuración como garantía positiva.”. CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p.565.

³⁴¹ En este sentido CONTRERAS, realiza una síntesis de ambos conceptos que resume claramente este aspecto: “La titularidad activa y pasiva de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas viene determinada por su configuración como derecho-deber.

La titularidad activa recae, por tanto, en los individuos dependientes de la estructura militar, incluyéndose en esta categoría tanto los militares (de carrera, soldados y marinería), como los funcionarios civiles y personal contratado al servicio de la Administración militar, cuando el

Desde el año 2011, la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, en su artículo 9 contempla la Libertad religiosa en los siguientes términos: “El militar tiene derecho a la libertad religiosa que se protegerá y respetará de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.”.

De esta forma, no innova respecto del tratamiento de los cuerpos normativos dictados con anterioridad a su vigencia, conforme a la Constitución y a la citada ley orgánica.

desempeño de sus funciones motive la existencia de una relación de dependencia o sujeción respecto del centro en el que prestan sus servicios. Quedan excluidos, sin embargo, del ámbito de aplicación del derecho de asistencia religiosa, las esposas, hijos y demás familiares de los sujetos dependientes, a pesar de su mención expresa en el art. II, Anexo I del AAR. Dicha mención debe interpretarse como sometimiento a una jurisdicción eclesiástica especial y no como reconocimiento en su favor del derecho de asistencia religiosa en centros militares, por carecer los mismos del requisito de dependencia o sujeción respecto de dichos centros.

La titularidad pasiva corresponde a los poderes públicos conforme al art. 9.2 de la Constitución. En el caso de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, el deber de garantizar y promover su ejercicio efectivo corresponde a las autoridades militares competentes, incluyendo bajo esta denominación tanto a los Jefes y Mandos militares responsables de centros y unidades militares como a las autoridades civiles integradas en la Administración militar.

Por último, las confesiones religiosas y los ministros del culto se configuran como instrumentos mediatos e inmediatos respectivamente, necesarios para el ejercicio efectivo de la asistencia religiosa, sin que en ningún caso pueda confundirse ni asimilarse su participación en la prestación de la misma con la titularidad activa de este derecho.”. CONTRERAS MAZARIO, ob.cit., pp. 566-567.

2.1. La asistencia religiosa y el modelo de integración orgánica del personal militar católico de las Fuerzas Armadas.

Como se ha dicho precedentemente, el régimen jurídico aplicable continúa al amparo de la Ley 39/2007 de la carrera militar, que establece en su disposición adicional octava el Servicio de Asistencia Religiosa, disponiendo que el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento. Agrega dicha disposición legal, que la asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se ejerce por medio del Arzobispado Castrense, en los términos del acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, prestándose por los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir³⁴², y por el Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas.³⁴³

Los sacerdotes integrados en el Servicio de Asistencia Religiosa, que son capellanes castrenses en los términos que establece el citado acuerdo con la Santa Sede, se registrarán por lo previsto en él, por la legislación canónica

³⁴² Los miembros de los Cuerpos Eclesiásticos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, declarados a extinguir, continuarán en los cuerpos de procedencia, con los mismos derechos y obligaciones, siéndoles de aplicación la situación de reserva regulada en el artículo 113 de la ley 39/2007.

³⁴³ REAL DECRETO 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento (B.O.E. del 21 de septiembre), y Real Decreto 212/2003, de 21 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento.

correspondiente y por esta disposición.³⁴⁴ Asimismo, para la atención religioso-pastoral se podrán establecer convenios con diócesis y órdenes religiosas para incorporar, a propuesta del Arzobispo Castrense, sacerdotes colaboradores.³⁴⁵

2.2. La asistencia religiosa para el personal militar de otras confesiones no católicas.

Para el caso de los militares evangélicos, judíos o musulmanes se establece que podrán recibir asistencia religiosa de su propia confesión, si lo desean, de conformidad con lo determinado en los correspondientes acuerdos de cooperación establecidos entre el Estado español y la Federación de Entidades

³⁴⁴ Complementa lo dispuesto en la ley 39/2007, lo dispuesto en el REAL DECRETO 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento (B.O.E. del 21 de septiembre), artículos 5 a 7.

Artículo 5.º La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por el Arzobispado Castrense en los términos del Acuerdo suscrito entre el Estado español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.

Artículo 6.º El personal adscrito al Arzobispado Castrense tendrá como cometido la asistencia religioso-espiritual a quienes, perteneciendo a las Fuerzas Armadas o vinculados a las mismas, se relacionan en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede y en las normas que regulan el Arzobispado Castrense de España. En la realización de dichos cometidos dispondrán de plena libertad para el ejercicio de su ministerio.

Con independencia de lo anterior, dicho personal podrá colaborar, a requerimiento de las Autoridades y Mandos Militares, en tareas de carácter asistencial y de promoción cultural y humana.

Artículo 7.º 1. Los sacerdotes que se incorporen al Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas, quedarán vinculados, a efectos orgánicos, por una relación de servicios profesionales de carácter permanente o no permanente en los términos previstos en el presente Real Decreto.

³⁴⁵ Orden 376/2000, de 20 de diciembre, por la que se dictan normas sobre los sacerdotes y religiosos colaboradores del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas.

Religiosas Evangélicas de España, Federación de Comunidades Israelitas de España y Comisión Islámica de España.

Por último, los demás militares profesionales podrán recibir, si lo desean, asistencia religiosa de ministros de culto de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en los términos previstos en el ordenamiento y en su caso, de conformidad con lo que se establezca en los correspondientes acuerdos de cooperación entre el Estado español y dichas entidades.

2.3. Criterios rectores del Servicio de Asistencia Religiosa para las Fuerzas Armadas en España.

En cuanto al régimen jurídico del personal del Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas, que se encuentra adscrito a la Subsecretaría de Defensa, se rige por los siguientes criterios:

- a) La relación de servicios profesionales se constituye con personal vinculado con carácter permanente o temporal, que no adquiere condición militar.
- b) La duración máxima de la relación de servicios con carácter temporal es de ocho años. Para acceder con carácter permanente es necesario superar las pruebas que se determinen reglamentariamente y haber prestado servicio con carácter temporal durante, al menos, tres años.
- c) El régimen de asignación de puestos y la consiguiente movilidad es el del personal de las Fuerzas Armadas, con las debidas adaptaciones.

- d) Las situaciones administrativas se regulan de forma similar a las de los funcionarios de la Administración General del Estado en lo que les sea aplicable.
- e) El régimen retributivo y de apoyo a la movilidad se establecen de forma similar al del personal de las Fuerzas Armadas con las adaptaciones obligadas por la naturaleza de la relación de servicios.
- f) El régimen disciplinario es el aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado con las modificaciones necesarias para atender a las características del ámbito en que ejercen su función y a la naturaleza de ésta.
- g) El personal perteneciente al Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas podrá optar por recibir la prestación de asistencia sanitaria a través del régimen especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, de la forma que se establezca reglamentariamente.³⁴⁶

³⁴⁶ Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento art. 13:

1. Los sacerdotes del Arzobispado Castrense que se incorporen al Servicio, tanto con carácter permanente como no permanente, serán afiliados al Régimen General de la Seguridad Social.

2. A estos efectos quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena en la siguiente forma:

a) La acción protectora será la correspondiente al Régimen General con las exclusiones de Protección a la familia y desempleo.

b) La base y el tipo de cotización para todas las contingencias y situaciones incluidas en la acción protectora serán los previstos en la legislación vigente para los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social,

c) Los derechos y obligaciones establecidos para los empresarios en el Régimen General de la Seguridad Social serán asumidos por el Ministerio de Defensa.

2.4. Valoraciones respecto de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en España.

2.4.1. Consideraciones sobre los aspectos normativos.

La ley de derechos y deberes del personal militar³⁴⁷ puede entenderse que deja un tratamiento amplio y de continuidad normativa del régimen jurídico existente a la fecha de su vigencia. Pero como también se ha expresado, existe una interpretación diversa y abierta, en cuanto remite al régimen común de cualquier ciudadano.

Puede considerarse como un argumento a favor de esta última tesis, la disposición derogatoria única de la Ley 9/2011 sobre de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, por la cual queda derogada, en tanto en cuanto no lo estuviera ya por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, no estableciéndose nuevas disposiciones sobre esta materia en las actuales Reales Ordenanzas contenidas en RD 96/2009, de 7 de febrero, como las que se contenían en los antiguos artículo 177 de la Ley 85/78, citada.³⁴⁸

3. Cuando en el ejercicio de sus funciones requieran asistencia sanitaria podrán recibir dicha asistencia en las instalaciones hospitalarias del Ministerio de Defensa en igualdad de condiciones que el personal militar.

³⁴⁷ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas.

³⁴⁸ Este artículo 177 señala que: Todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad.

2.4.2. Consideraciones sobre la aplicación del régimen jurídico.

Esta opción normativa del legislador, no permite dar solución a una multiplicidad de situaciones que se presentan en la vida cotidiana de las unidades militares.

Aspectos tales como los límites a este derecho, nuevamente están ausentes de su tratamiento normativo expreso. Sobre este aspecto, cabe señalar que: “además del límite general del orden público, el ejercicio de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas como derecho, encuentra dos límites específicos que se derivan de la propia institución militar y que son concebidos en el ordenamiento jurídico-militar como valores superiores: la disciplina y la seguridad. Si bien estos límites han de ser interpretados restrictivamente, dicha interpretación no puede en ningún caso conducir a la declaración de su inexistencia, puesto que la institución de la asistencia religiosa en centros públicos, tiende a garantizar el nivel de derechos reconocidos a los sujetos, y no a la creación de situaciones de privilegio o favor respecto de determinados ámbitos personales.”³⁴⁹

³⁴⁹ CONTRERAS MAZARIO, ob. cit., p.568. Agrega el autor, que además “ello se pone especialmente de manifiesto en el carácter obligatorio de la asistencia a determinados actos que si bien son definidos por la normativa vigente como estrictamente militares, incorporan en su desarrollo actos religiosos. Así, la obligación de cumplir la disciplina militar entra en contradicción directa con el derecho a no recibir asistencia religiosa contraria a las propias convicciones o creencias.

De esta forma se conculcan abiertamente derechos constitucionalmente reconocidos, por aplicación de un principio (la disciplina militar) que no tiene cobertura constitucional expresa. Amén de la inconstitucionalidad intrínseca a un acto de esta naturaleza, que siendo estrictamente militar incorpora elementos religiosos, con la consiguiente valoración positiva del hecho religioso en sí mismo considerado, lo que supone una violación del principio constitucional de neutralidad.

Por otra parte, nuevamente queda plantearse la interrogante si el legislador remitió el ejercicio de este derecho al régimen legal general aplicable a todas las personas en la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa, no existirían modulaciones, particularidades o normas de excepción para el caso de las Fuerzas Armadas.

La respuesta a esta interrogante puede ser muy compleja. Una de ellas podría perfectamente ser que el sistema de asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas no debe tener ninguna diferencia a cualquier otro que permita su ejercicio el Estado, a saber, cárceles y hospitales. Otra interpretación más conciliadora, permitiría entender que su remisión es al sistema normativo creado al amparo de la Ley Orgánica de libertad religiosa y con ello permitir la vigencia del ordenamiento jurídico actual que rige la materia.

Un segundo aspecto, más esencial aún es que el artículo 9 de la Ley Orgánica 9/2011, regula la libertad religiosa y no la libertad de conciencia, con lo cual aparece nuevamente la ausencia de tratamiento de quienes no profesan ninguna religión.

En este punto, coincidiendo con CONTRERAS “los no creyentes ven parcialmente reconocido su derecho a no recibir asistencia religiosa ni a participar en actos de culto, excepto por lo que se refiere a los actos estrictamente militares que incluyen en su desarrollo ritos religiosos, y en los que la asistencia es obligatoria para todos los miembros de un centro o unidad militar.

No obstante, el lugar que ocupan dentro del ámbito militar la disciplina y la seguridad, puede dar lugar a un difícil equilibrio entre los derechos del individuo y los intereses de la institución, llegando incluso a situaciones que se encuentran en el límite de la constitucionalidad.”. Ibid.

Por el contrario, y a pesar del reconocimiento en la legislación militar vigente del derecho de libertad de pensamiento, no encontramos en la misma ninguna institución que pueda cumplir, respecto de este derecho, una función similar a la desarrollada por la asistencia religiosa, en relación con el derecho de libertad religiosa.

Apreciamos así, al igual que CONTRERAS, una valoración del hecho religioso en sí mismo considerado, valoración que ha de ser objeto de crítica por cuanto supone una quiebra del principio constitucional de neutralidad.³⁵⁰

2.4.3. La solución jurisprudencial y casuística supliendo la normatividad.

En el caso de ejercicio de este derecho a la libertad religiosa y la debida compatibilidad con las obligaciones y deberes militares, han sido nuevamente los tribunales de justicia los llamados a dilucidar el conflicto, frente a la ausencia de norma legal expresa que lo regule. No obstante la Ley 9/2011, ha quedado sin desarrollo el tema de los límites al derecho, por ello podemos pensar sin ninguna duda, que no existirían otros que los que existiesen para cualquier ciudadano común, pero ello no es así.

Por ello, el equilibrio entre los deberes militares y el principio rector de la disciplina, nuevamente - colisiona en diferentes situaciones normales o cotidianas del servicio, dejando al margen las extraordinarias. Uno de los casos de en que se debió determinar jurisprudencialmente una regla, para el equilibrio entre deber y derecho, fue al analizar lo que ocurría en la realización de ceremonias religiosas militares o actos de contenido religioso, lo que ha debido ser resuelto caso a caso como ocurrió en la STC 177/1996, de 11 de Noviembre.

³⁵⁰ CONTRERAS MAZARIO, ob.cit.,pp.573-574.

2.4.4. Regla jurisprudencial para la ausencia de ley reguladora.

Los hechos que dieron origen a esta sentencia, se refieren al V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, por el cual el Excmo. Sr. General Jefe de la Región Militar de Levante convocó, mediante Orden General Extraordinaria de 22 de noviembre de 1993, unos actos de homenaje de las Fuerzas Armadas de guarnición en Valencia para los días 19 y 20 de noviembre de aquel año, de los que tuvo conocimiento el recurrente el 18 anterior. Entre dichos actos, figuraba una parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados, designada, en el año 1810, Capitana Generala y Generalísima de los Ejércitos.³⁵¹

Al sargento recurrente le correspondía, durante todo el mes de noviembre, formar parte de la Compañía de Honores de la Base Militar de Marines, que resultó seleccionada, para realizar estos actos de homenaje. En los ensayos previos a la parada, se percató de la naturaleza de los mismos y en su opinión, su carácter religioso, por lo que solicitó por escrito al coronel jefe de su Regimiento, ser relevado de la comisión de servicio, alegando razones de conciencia. Subsidiariamente pidió autorización para abandonar la formación cuando se rindiesen honores a la Virgen. La misma mañana en que debía realizarse la parada, se recibieron en la Oficina de Mando del coronel, veinticuatro solicitudes de otros tantos suboficiales interesando el relevo por idénticos motivos. Así las cosas, el coronel, que previamente y de forma verbal, había manifestado que la asistencia a la parada era voluntaria, ordenó que los designados asistieran al acto y rindieran honores.³⁵²

³⁵¹ STC 177/96, I Antecedentes, 2 a), p.3.

³⁵² STC 177/96, I Antecedentes, 2 a), pp. 3-4.

El día 19, una vez iniciada la parada, el sargento permaneció en formación durante los honores a su excelencia el general jefe de la Región Militar de Levante y a la bandera de España (momentos iniciales de la secuencia de actos) y, cuando se disponían a rendir honores a la Virgen, solicitó permiso para abandonar la formación sin obtener respuesta. Acto seguido, saludó y salió de la formación esperando a que terminase ese acto concreto, incorporándose una vez finalizado el mismo. Posteriormente, en el momento de introducir la imagen de la Virgen en la iglesia de la Capitanía General, volvió a solicitar permiso para abandonar la formación, lo que le fue denegado. No obstante, salió de la misma, y esperó a su unidad en los autobuses que aguardaban para transportarlos a la base. Al día siguiente, acudió con su unidad al acuartelamiento de Capitanía General, donde se interesó por la secuencia de los actos a celebrar, entre los que figuraban el de rendir honores a la Virgen y un desfile ante la misma. Por la tensión y el estado anímico en el que se encontraba, decidió abandonar la formación hasta que finalizaron los referidos actos.³⁵³

Por los anteriores hechos, el sargento fue sancionado como autor de una falta leve a treinta días de arresto domiciliario. Con posterioridad, se le incoó un expediente disciplinario, en el que se proponía una sanción de sesenta días de arresto por la falta grave de «llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar, susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas» y otra de noventa días de arresto, como autor de una falta grave consistente en «la falta de subordinación, cuando no constituya delito», lo que comporta un total de cinco meses de arresto. Además de la indicada vía administrativa, se incoó un procedimiento penal militar, por presunto delito de desobediencia, que culminó por Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1995, acordando el sobreseimiento total y definitivo del sumario.³⁵⁴

³⁵³ STC 177/96, I Antecedentes, 2 a), p.4.

³⁵⁴ STC 177/96, I Antecedentes, 2 a), p.4.

En este caso, el Tribunal Constitucional dejó expresa constancia de su opinión al señalar expresamente que “resulta así que, aunque la autoridad militar debió atender a la solicitud del recurrente de ser relevado del servicio y que, al no hacerlo así, vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa, esa vulneración no se realizó, a juicio de los órganos judiciales, mediante una conducta merecedora de sanción penal. Esta circunstancia, vinculada a la naturaleza subsidiaria del proceso de amparo constitucional, condiciona inevitablemente el contenido del fallo de esta Sentencia, que por tal motivo, aún reconociendo que los hechos denunciados por el recurrente, han vulnerado su derecho a la libertad religiosa, ha de desestimar el recurso de amparo por cuanto la indicada vulneración no entraña necesariamente la responsabilidad penal que solicita en su querrela.”.³⁵⁵

En el caso de estudio, la sala de lo militar del Tribunal Supremo, por auto de 16 de febrero de 1998, acogió el recurso de casación interpuesto en impugnación parcial de la sentencia dictada por el Tribunal Militar Central, el 12 de marzo de 1997, en el recurso contencioso disciplinario militar, ordinario núm. 109/95, casando y anulando dicha sentencia en la parte por la que desestima la pretensión del Sargento Primero D. F. E. H. S. de ser indemnizado por los daños morales que le causara la sanción de dos meses de arresto que por la misma sentencia fue anulada, declarando, en su lugar, el derecho del recurrente a tal indemnización, cuya cuantificación deberá ser establecida libremente por el Tribunal Militar Central en trámite de ejecución de sentencia, atendiendo a las circunstancias personales y familiares que en el recurrente concurren.³⁵⁶

En la actualidad, este tipo de actos y ceremonias sigue normado en la ORDEN MINISTERIAL 100/1994, de 14 de octubre, sobre regulación de los actos

³⁵⁵ STC 177/96 II Fundamentos Jurídicos 11 y 12.

³⁵⁶ STS 79/97, de 3 de febrero de 1998.

religiosos en ceremonias militares, Publicada en el B.O.M.D. N^o. 205, de 20 de octubre de 1994, disposición que es anterior a la ley 9/2011.³⁵⁷

3. LA ASISTENCIA RELIGIOSA A LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE.

3.1. Determinaciones generales.

Nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 N^o 6, asegura a todas las personas, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones.³⁵⁸

³⁵⁷ ORDEN MINISTERIAL 100/1994, de 14 de octubre.

³⁵⁸ Disposiciones garantísticas, tales como la chilena, las encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que en su artículo 18, establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia." Y en la Constitución Española, que garantiza la libertad de creencias y religiosa en su artículo 16, que dispone: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

La dimensión de ejercicio colectivo de este derecho a la libertad religiosa, cuyo contenido lo encontramos claramente en la garantía de manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos, plantea la posibilidad de manifestarlos en dicha forma, y aunque la manifestación de todas las creencias tiene un contenido que va más allá de un carácter religioso, en todos los casos puede perfectamente darse una dimensión individual o colectiva.^{359 360} Este

Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia Católica y las demás confesiones”.

³⁵⁹ “Elemento esencial de la actividad religiosa es el hombre, que en su obrar tiende individual u colectivamente hacia la divinidad, como un ser superior con el que intencionalmente entra en relación, en cumplimiento de las exigencias que percibe en sí mismo o que le enseña e impone la revelación divina.

Esta actitud y obrar religioso individual o colectivo tiene una trascendencia social que el Estado debe reconocer, garantizar y tutelar como un valor de la persona humana, en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, que debe tratar igual a todas las personas cuando se encuentren ante idénticos presupuestos de hecho y de derecho, esto es, profesar y practicar una religión en virtud del derecho de libertad religiosa, sin que esta igualdad importe, lógicamente, identidad de reglamentación o de relaciones coordinadas con el Estado, por ser diferentes las situaciones jurídicas de las diferentes religiones, confesiones o comunidades religiosas”. CANTÍN, L. V., *Naturaleza, Contenido y Extensión del Derecho de Libertad Religiosa*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 48- 9.

³⁶⁰ Habitualmente se ha asimilado en nuestro medio el concepto de creencia al concepto de “creencia religiosa”. Siguiendo a LLAMAZARES deberíamos distinguir las opiniones de las ideas en cuanto a su fundamentación, la que en la simple opinión será siempre incompleta y por ello provisoria.

Por otra parte, señala PRECHT que “La Constitución no asegura la libre manifestación de la sola creencia religiosa, sino “de todas” las creencias. En consecuencia, también las creencias no religiosas, así por ejemplo el agnosticismo, el ateísmo, el indiferentismo, el sincretismo, el ecologismo, el pacifismo, el humanismo a-religioso o anti-religioso, pueden manifestarse libremente.

aspecto queda de manifiesto en el orden constitucional chileno cuando la Constitución asegura a todas las personas sus derechos, sea que los ejerzan en la primera o en la segunda forma.

Visto desde la perspectiva general antes indicada, todo militar chileno tiene derecho a la libertad religiosa y su ejercicio, tanto individual como colectivo.³⁶¹ Las

Pueden asimismo manifestarse todas las creencias religiosas con entera libertad y aquí caben no sólo las tradiciones religiosas principales tales como el cristianismo, el judaísmo, el islamismo, el hinduismo, el budismo, sino que deben incluirse dentro de las creencias religiosas otras manifestaciones no tradicionales e incluso los nuevos movimientos religiosos.” . Agrega, asimismo el profesor PRECHT que: “No todas las religiones tienen expresiones culturales. La palabra “culto” no está referida a la entidad religiosa, sino a una actividad: la manifestación cultural. ..

La moral, como concepto jurídico o normativo, se subsume, a nuestro jurídico en el concepto de moralidad pública.” PRECHT PIZARRO, J., “La libertad religiosa en la Constitución Chilena de 1980”, en 20 años de la Constitución de Chilena 1981 – 2001, Enrique Navarro Beltrán, editor, Facultad de Derecho Universidad Finis Térrae, Editorial Jurídica Ediar- Conosur Ltda., Chile, 2001, pp. 231- 33.

³⁶¹ Ley 19.638/1999, artículo 6º. La libertad religiosa y de culto, con la correspondiente autonomía e inmunidad de coacción, significan para toda persona, a lo menos, las facultades de:

a) Profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; o cambiar o abandonar la que profesaba;

b) Practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; recibir a su muerte una sepultura digna, sin discriminación por razones religiosas; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos;

c) Recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre.

La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud, de Justicia y de Defensa Nacional, respectivamente;

condiciones especiales del ejercicio de este derecho se regulan bajo la garantía del derecho a la asistencia religiosa, entendido como aquel que tiene individualmente una persona a recibir atención espiritual, o su variante colectiva, en cuanto reconocimiento a las entidades religiosas del derecho a prestar asistencia religiosa cuando ella es requerida.³⁶²

En este mismo sentido, señala Martínez Blanco que la asistencia religiosa puede considerarse desde el punto de vista del Derecho Canónico intraeclesial, ya que se entiende por asistencia religiosa el conjunto de actividades y servicios que las confesiones religiosas prestan a sus miembros para la satisfacción de sus fines religiosos.³⁶³

3.2. La ordenación jurídica de la asistencia religiosa.

El ordenamiento jurídico chileno a nivel legal contempla su regulación normativa en materia de libertad y asistencia religiosa, en la ley 19.638/1999 que

d) Recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio; elegir para sí y los padres para los menores no emancipados y los guardadores para los incapaces bajo su tuición y cuidado, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y

e) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el ordenamiento jurídico general y con esta ley.

³⁶² “Para los defensores de esta teoría, la asistencia religiosa consistiría en el reconocimiento por parte del Estado de un servicio pastoral-parroquial que las confesiones religiosas deben satisfacer en beneficio de sus fieles, que por encontrarse en situaciones especiales, se ven impedidos de cumplir con sus obligaciones religiosas. En este sentido, la doctrina italiana ha configurado los servicios de asistencia religiosa como actividades de la Iglesia reconocidos en una particular posición del ordenamiento de Estado”. CONTRERAS MAZARIO, ob.cit., pp. 22- 23.

³⁶³ MARTÍNEZ BLANCO, A, ob. cit., p. 297.

“Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas”, llamada impropia­mente “ley de culto” o “ley de iglesias”.³⁶⁴

Esta ley en su artículo 1º dispone que el Estado garantice la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República. Asimismo, en su artículo 2 contempla que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley. Culminando con la garantía del estado establecida en su artículo 3, que las personas, confesiones y entidades religiosas desarrollen libremente sus actividades.

En cuanto al derecho a la asistencia religiosa, este se encuentra contenido en el artículo 6 letra c) de ese cuerpo legal, al establecerlo como la facultad de toda persona de recibir asistencia religiosa de su propia confesión donde quiera que se encuentre. La forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros de culto, para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, cárceles y lugares de detención y los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de orden y seguridad, serán reguladas mediante reglamentos que dictará el

³⁶⁴ Sobre el contenido y alcance de esta ley véase: HUIDOBRO SALAS, R., Derechos colectivos de carácter religioso (análisis en la ley sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, en Revista de Derecho Público, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, N° 70, 2008, pp. 175-194. SALINAS ARANEDA, C., Una primera lectura de la ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX, Valparaíso, Chile, 1999, pp.299-341.

Presidente de la República, a través de los Ministros de Salud³⁶⁵, de Justicia³⁶⁶ y Defensa Nacional, respectivamente.

En nuestra opinión, estos textos normativos reglamentarios exceden el marco legal habilitante entregado por la ley de iglesias, ya que sólo les correspondía establecer la forma y condiciones de acceso de pastores y sacerdotes y no regular el derecho a la asistencia religiosa, en cambio la Contraloría General de la República, órgano administrativo con competencia para

³⁶⁵ Decreto Supremo N° 351, del Ministerio de Salud, de 12 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial N° 36.799, de 28 de octubre de 2000, que aprueba el Reglamento sobre asistencia Religiosa en Recintos Hospitalarios del País.

Las disposiciones reglamentarias pertinentes de ambos cuerpos normativos son las siguientes:

“ARTICULO 9°. Serán reconocidas como entidades religiosas, para efectos del presente reglamento, con derecho a dar asistencia a los pacientes de los establecimientos hospitalarios del país, a las entidades integradas por personas naturales que profesan la misma fe”.

“ARTICULO 10°. Las entidades religiosas que deseen atender a los pacientes de su culto en un determinado hospital o clínica, deberán registrarse previamente en la instancia administrativa que el respectivo centro fije para este efecto e inscribir asimismo los sacerdotes, ministros o pastores de su culto que efectuarán esta labor en el establecimiento, proporcionando los datos que permita identificarlos.

El establecimiento podrá entregar a dichos religiosos una credencial y exigir su uso durante la permanencia de estas personas en el recinto”.

³⁶⁶ Decreto Supremo N° 703, del Ministerio de Justicia, de 13 de julio de 2002, publicado en el Diario Oficial N° 37.369, de 27 de septiembre de 2002.

“ARTICULO 4°. Las entidades religiosas que deseen prestar asistencia religiosa a los internos, deberán concurrir a Gendarmería de Chile y presentar los documentos que acrediten debidamente su existencia, tales como la vigencia de su personalidad jurídica, el hecho de encontrarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público del Ministerio de Justicia o de corresponder a alguna de aquellas a que se refiere el artículo 20° de la ley 19.638 que hayan sido reconocidas y se encuentren prestando servicios religiosos en Gendarmería de Chile, entre otros medios legales idóneos”.

el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, parece pensar lo contrario.³⁶⁷

En este caso, al menos, la Contraloría ha dado una interpretación amplia, en cuanto a entender que el derecho a prestar asistencia religiosa, puede ser ejercido tanto por entidades religiosas personificadas como por aquellas que no lo son.³⁶⁸

³⁶⁷ D.1.324/02. “Dto 351/2000 salud, se ajustó a derecho al regular la forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto que prestan asistencia religiosa en establecimientos hospitalarios públicos o privados a los pacientes internados en ellos. Además, en el examen previo de legalidad se analizaron aspectos como el objeto de la regularización, naturaleza jurídica de los hospitales respecto de los cuales rige, y a las personas que se aplica, en concordancia con art/19 num/6 de la Constitución Política que asegura a todas las personas la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de cultos y con la ley 19.638 sobre libertad religiosa y de culto. Finalmente, no se aportan nuevos antecedentes que justifiquen reiterar el análisis de esa normativa.”

D. 34.472/01. “Se ajusta a derecho art/9 del Dto 351/2000, de Salud, que dispone que serán reconocidas como entidades religiosas, para este texto, reglamento que establece la forma y condiciones del acceso de pastores, sacerdotes y ministros del culto para otorgar asistencia religiosa en recintos hospitalarios, con derecho a dar asistencia a los pacientes de dichos recintos, las entidades integradas por personas naturales que profesan la misma fe, ello porque el derecho a recibir asistencia religiosa es una manifestación de la garantía constitucional del art.19 N° 6 de la Constitución, además, atendido los artículos 1 y 19 números 13 y 15 de la carta fundamental y 4 y 6 letra c) de la ley 19.638, no corresponde que dicha asistencia religiosa sea condicionada a que quien la preste cuente con personalidad jurídica, enseguida, el art.10 de dicho decreto regula un aspecto de administración interna de los establecimientos hospitalarios, cual es la identificación tanto de la persona natural que prestara la asistencia religiosa como de la iglesia o confesión a la que pertenece, antes que la asistencia se efectuó, de modo que no significa el establecimiento de un registro de entidades religiosas paralelo al previsto en la ley 19.638, ni conlleva una facultad registral entregada a un servicio público, excediendo la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica.”

³⁶⁸ D. 35.981/01 “No procede regular esa asistencia sobre la base de entender que sólo pueden prestarla aquellas entidades que cuenten con personalidad jurídica, ya que ello vulnera la garantía

3.3. El reglamento de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas chilenas.

En relación a la asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas, cabe señalar que se dictó el Decreto Supremo N° 155, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Guerra, de 2017, que establece el Reglamento de Asistencia Religiosa en Establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública.

Dicho cuerpo normativo, fue dictado en conformidad a lo dispuesto en el artículo 19, N° 6 de la Constitución Política de la República, lo establecido en el artículo 8° de la Ley N° 18.948/1989, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, la Ley N° 2.463/ 1911, que crea el Servicio Religioso del Ejército y la Armada, y por mandato de la Ley N° 19.638/1999 sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, en particular lo dispuesto en el artículo 6° letra c).

Los fundamentos que ameritaron su existencia reglamentaria, también se encuentran precisamente en la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19, N° 6, inciso primero, que asegura la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Por ello y pensando en las especiales características de este colectivo militar, se consideró

del artículo 19 N° 6 de la Constitución, en relación con los artículos 1 y 19 números 13 y 15 del mismo texto supremo y 4 y 6 letra c) de la ley 19.638. Además, como la asistencia religiosa es una manifestación de la libertad religiosa y de culto, que la Carta Fundamental garantiza sin más limitaciones que la moral, las buenas costumbres y el orden público, no corresponde reglamentar administrativamente aspectos relativos al contenido de dicha asistencia.”

que la asistencia religiosa al personal de las ramas de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, deberá realizarse de una manera compatible con los fines de cada Institución, establecidos en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y en la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, debiendo observarse particularmente su condición de cuerpos armados, esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.

En cuanto a su contenido, el citado decreto supremo contempla en su Título I, el derecho a la asistencia religiosa. Disponiendo en su artículo 1º, que ese Reglamento regula la forma y condiciones en que las Iglesias y Organizaciones Religiosas, a través de Pastores, Sacerdotes y Ministros del Culto tendrán acceso a los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, para otorgar asistencia Religiosa y Espiritual de su propia confesión, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6º letra c) de la Ley Nº 19.638.

Asimismo, agrega que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Nº 19.638, las normas del presente reglamento se aplicarán sin perjuicio de la vigencia de los Reglamentos relativos a los Servicios Religiosos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública.³⁶⁹

En su artículo 2, conceptualiza el derecho señalando que se entenderá por Asistencia Religiosa, además del culto propiamente tal, la promoción de la vida moral y espiritual del personal de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, para la realización humana y vocacional del personal, tanto en lo individual como en lo familiar. Asimismo, implica el acompañamiento y apoyo espiritual que se desarrolla en la celebración de ceremonias propias del respectivo credo. También podrá implicar la asesoría al mando institucional, cuando éste lo

³⁶⁹ Ley Nº 2.463/ 1911, que crea el Servicio Religioso del Ejército y la Armada.

requiera, en lo concerniente a la asistencia religiosa del personal de la fe correspondiente.

En cuanto a su extensión, señala el mismo artículo 2 que la asistencia religiosa y espiritual comprende, entre otras:³⁷⁰

- a) Reuniones de formación en los valores del Culto;
- b) Guía en el estudio sistemático de textos religiosos, en forma personal y colectiva;
- c) Diálogos de asistencia pastoral;
- d) Acompañamiento en situaciones significativas de índole personal o familiar;
- e) Acción social en beneficio de los funcionarios y sus familias;
- f) Participación en actividades como coros, cursos laborales y actividades culturales, en las que el enfoque particular tenga una matriz religiosa.

Un aspecto esencial, que aborda el Reglamento es la vertiente tanto subjetiva como objetiva e incluso la negativa de libertad religiosa al establecer en

³⁷⁰ Un caso especial de asistencia religiosa se refiere en el artículo 4 del DS 155/2007, a las personas atendidas en establecimientos hospitalarios de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, sean o no miembros de dichas instituciones, podrán recibir asistencia religiosa de un pastor, sacerdote o ministro de culto de su respectivo credo, cuando lo solicitaran o cuando lo pidieran su cónyuge o sus parientes más cercanos si el estado del enfermo le impidiere hacerlo personalmente. En tales casos los pastores, sacerdotes y ministros de culto se coordinarán con la dirección del establecimiento hospitalario conforme a las normas de funcionamiento del mismo, no siendo aplicable el régimen general establecido para la asistencia religiosa en recintos hospitalarios contenido en Decreto Supremo N° 351, del Ministerio de Salud, de 12 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial N° 36.799, de 28 de octubre de 2000, que aprueba el Reglamento sobre asistencia Religiosa en Recintos Hospitalarios del País.

su artículo 3 que “todos los miembros de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, cualquiera sea su sexo, edad, rango y condición, tienen derecho a profesar y practicar la creencia religiosa que libremente elijan en los términos establecidos en la Constitución Política de la República y en la ley o a no profesar ni practicar ninguna”, este avance sustancial en dicha materia de libertad religiosa y más precisamente en relación a la libertad de pensamiento, garantiza expresamente el ejercicio de este derecho, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito castrense español, que no se encuentra reconocido expresamente.

En el Título II del reglamento, se trata del procedimiento. El artículo 6 señala que: “las Entidades Religiosas prestarán Asistencia Religiosa a quienes profesen su misma religión en los establecimientos de las instituciones de las Fuerzas Armadas, por intermedio de los Pastores, Sacerdotes y Ministros de Culto acreditados de conformidad a la ley y al presente reglamento y tramitarán la autorización para ello ante el respectivo Comandante en Jefe de cada Institución, ante el General Director de Carabineros y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, según corresponda”.³⁷¹

Las Entidades Religiosas que deseen prestar asistencia religiosa deberán concurrir a la Institución pertinente y presentar los documentos que acrediten debidamente su existencia, tales como la vigencia de su personalidad jurídica, el hecho de encontrarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público del Ministerio de Justicia o de corresponder a alguna de aquellas a que se refiere el artículo 20 de la Ley 19.638/1999 que hayan sido reconocidas por su régimen propio de derecho público previo, entre otros medios legales idóneos. Sin perjuicio de lo expuesto, las Entidades Religiosas podrán acreditar

³⁷¹ El plazo para resolver esta autorización señalada en el inciso anterior, se regirá por lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes y 64 de la Ley N° 19.880 que establecen las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado de Chile.

excepcionalmente para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el presente reglamento, y de manera fundada a religiosos o laicos que no hayan recibido el ministerio de Pastor, Sacerdote o Ministro de Culto.³⁷²

El artículo 7 del Reglamento complementa lo anterior, señalando que las Entidades Religiosas comunicarán el nombre completo y cédula de identidad de él o los ministros de culto, pastores y sacerdotes respecto de los cuales se solicita la autorización para brindar asistencia religiosa y él o los establecimientos de la respectiva Institución en los cuales se solicita prestar asistencia religiosa o espiritual. Las Entidades Religiosas, conforme sus procedimientos estatutarios, podrán revocar el mandato a sus Pastores, Sacerdotes y Ministros de Culto, en los casos que dichos instrumentos contemplen.³⁷³

³⁷² Las resoluciones que se dicten por alguna rama de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, denegando el acceso de determinada Entidad Religiosa, o la que rechace el acceso a determinado Pastor, Sacerdote o Ministro de Culto, o la que revoque el acceso que se hubiere concedido a uno u otro, deberán ser fundadas y por infracciones a las normas señaladas en los artículos 10º y 11º del presente reglamento. Estas resoluciones serán susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley Nº 19.880 de Bases de procedimientos administrativos, cit. (artículo 8 del Reglamento de Asistencia Religiosa contenido en el DS. 155/2007).

³⁷³ El artículo 10 del DS 155/2007, señala que las Entidades a que se refiere la Ley Nº 19.638 y que prestarán Asistencia Religiosa a través de sus Pastores, Sacerdotes o Ministros de Culto autorizados, podrán ejercer su labor espiritual con independencia en el ámbito propio de su credo pero deberán respetar, en el cumplimiento de sus actividades las normas básicas de las instituciones y de los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública respectivas.

En el artículo 12, se exige que las Entidades Religiosas que, a través de sus Pastores, Sacerdotes y Ministros de Culto realicen labores de Asistencia Religiosa y Espiritual en los establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, deberán acreditar la nacionalidad chilena de éstos, quedando facultadas, en casos excepcionales, las autoridades indicadas en el artículo 9º de este reglamento para autorizar el ingreso a los mismos de aquellos que sean

Estas entidades religiosas, que no forman parte del servicio religioso de las Fuerzas Armadas, que es católico y que mantiene el sistema tradicional de integración orgánica, tienen en el reglamento un procedimiento para el nombramiento de un Capellán nacional por confesión, los cuales no tendrán el carácter de funcionarios públicos, cuando el nombramiento recaiga en personas ajenas a la institución armada que los designe.³⁷⁴

El Reglamento entrega en el artículo 9 a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director

extranjeros. Finalmente, en el artículo 13 se establece la prohibición que los Pastores, Sacerdotes y Ministro de Culto autorizados deleguen sus funciones en otras personas, a menos que la Iglesia correspondiente designe al delegado como su representante.

³⁷⁴ El procedimiento administrativo referente a los capellanes nacionales se encuentra en el del DS 155/2007, cuyas normas pertinentes a continuación se indican:

Artículo 14º.- En el marco de la atención pastoral y asistencia religiosa, los Comandantes en Jefe de cada rama de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, según corresponda, podrán designar en calidad de Capellán Nacional de la confesión religiosa de que se trate, a un funcionario de la respectiva Institución o a una persona ajena a ella, que por sus capacidades y formación pueda cumplir con dichas funciones.

La respectiva confesión religiosa presentará a cada mando institucional un candidato.

La vinculación a las Instituciones de personas ajenas a ellas lo será, en cuanto fuere procedente de acuerdo a las normas orgánicas y estatutarias pertinentes, bajo la modalidad de contrato a honorarios, el que precisará los deberes, derechos y obligaciones a que se sujetarán los contratantes.

Sólo podrá existir un Capellán Nacional por cada confesión religiosa, cualquiera sea el número de Iglesias o entidades que adscriban a él.

Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, los Capellanes a que se refiere el inciso primero, recibirán la colaboración del personal y medios que cada Institución determine.

General de la Policía de Investigaciones de Chile, la competencia para adoptar las resoluciones y órdenes internas que sean necesarias para que las Iglesias y Organizaciones Religiosas autorizadas de conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento, puedan desempeñar su labor y prestar la asistencia religiosa a los fieles que adscriban a su respectiva religión, velando siempre por la igual dignidad entre los diversos credos.

Un ejemplo de ello, se expresa en el artículo 5 del DS 155/2007, que dispone que en cada establecimiento de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, se propenderá a la habilitación de espacios físicos adecuados para el correcto y ordenado ejercicio de la actividad religiosa. Asimismo, de manera preferente, los inmuebles por naturaleza, adherencia o destinación, que tuvieren valor religioso histórico o patrimonial arquitectónico, serán reparados o restaurados por el Estado, aún cuando se tratare de recintos de uso exclusivo de una determinada entidad religiosa. El mantenimiento en buenas condiciones de estos recintos, será responsabilidad de la respectiva Institución de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública en tanto se encontraren ubicados dentro del establecimiento.

Por último, anotamos que un aspecto relevante del reglamento, es el abordar expresamente los límites al ejercicio de este derecho a la asistencia religiosa fundados en las especiales características y la función militar. El artículo 11 señala que la Asistencia Religiosa al personal de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública, deberá realizarse de manera compatible con los fines de estas instituciones, establecidos en el artículo 101 de la Constitución Política de la República y en las Leyes Orgánicas Constitucionales respectivas, debiendo observar particularmente su condición de cuerpos armados, esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.

4. Apreciaciones comparativas fundamentales entre ambos ordenamientos jurídicos la libertad religiosa y la asistencia religiosa del Militar.

Una vez expuestos en detalle los grupos normativos que regulan la libertad religiosa del militar en España y Chile, corresponde efectuar una reflexión final sobre el desarrollo y perspectivas de estos sistemas.

Los distintos modelos de asistencia religiosa, como mecanismo y garantía del derecho a la libertad religiosa, nos permiten establecer fehacientemente la existencia y tutela de este derecho fundamental al interior de los cuerpos armados. Una conclusión inicial nos llevaría a declarar la plena vigencia de este derecho con las particularidades propias de la función militar.

No obstante lo anterior, justificada la necesidad de respeto y existencia de este derecho al interior del mundo castrense, nos quedan algunos aspectos complejos derivados de las propias misiones de las Fuerzas Armadas o de ciertos cultos religiosos que pudiesen pugnar con los principios, valores y la propia función militar.

Desde esta perspectiva, podemos apreciar claramente dos grandes extremos: la permisividad absoluta de cualquier culto religioso con independencia de sus convicciones o la restricción de acceso por la contraposición de sus convicciones con la función militar.

Un ejemplo preclaro de la primera situación, lo constituye un caso de la Royal Navy que acepta el satanismo como religión. En los barcos de la Royal Navy británica a partir de 2004 podrá practicarse también el satanismo. Dado que en la

Marina no se quiere discriminar ninguna religión, el técnico Chris Granmer³⁷⁵ recibió un permiso oficial para profesar su creencia, el cual fue confirmado por un portavoz del Ministerio de Defensa en Londres, señaló al diario "The Guardian". "Creemos que es el primer satanista declarado al servicio de las fuerzas armadas".³⁷⁶

La justificación de la marina británica tampoco deja de sorprender: "Somos un empleador que ofrece a todos las mismas oportunidades, y no queremos obligar a nadie a alejarse de sus ideas religiosas".³⁷⁷

Entre los satánicos hay diferentes corrientes, de las cuales algunas son consideradas peligrosas. Tienen en común que rechazan el cristianismo, sobre todo el mandamiento del amor al prójimo, la idea del pecado y la necesidad de autocontrol.

Esta situación que sorprendió tanto al gobierno como a más de algún Almirante de la marina británica, nos puede llevar a reflexionar cuales pueden ser los límites a este derecho. Creemos que este tipo de creencias pugna seriamente con los principios y valores de las fuerzas armadas, los cuales en el mundo

³⁷⁵ Cranmer es un satanista declarado desde hace nueve años, hace presente que "Quería poder sacar de noche la biblia satánica en la cama para relajarme un poco". Ahora tiene además el derecho "a manifestar ideas satánicas, sin temor a toparse con prejuicios". Por lo tanto, ya no tiene por qué participar en ceremonias cristianas y en vez de eso se le concederá un lugar donde pueda practicar sus ritos satánicos. Finalmente, cabe señalar que si Cranmer muere a bordo de su barco, el HMS Cumberland, tiene derecho a un sepelio de acuerdo al rito de la Iglesia Satánica. La información puede consultarse en <http://www.emol.com/noticias/internacional/2004/10/25/161873/armada-britanica-permitira-satanismo-en-sus-barcos.html> y http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/3948329.stm

³⁷⁶ <http://www.emol.com/noticias/internacional/2004/10/25/161873/armada-britanica-permitira-satanismo-en-sus-barcos.html>, también en http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/3948329.stm

³⁷⁷ Ibid.

cristiano occidental, precisamente se han forjado en el cristianismo y han plasmado aspectos jurídicos relevantes desde esa perspectiva moral.

Sin moral es difícil discernir que puede ser válido o correcto en un mundo tan complejo como el castrense y que tiene justamente el monopolio de las armas.

En el otro extremo tampoco permite una solución al problema el proscribir la existencia de la libertad religiosa y mantener modelos de estado confesional y no permitir libre acceso a otras creencias religiosas. No obstante, un control previo de compatibilidad con la función militar, sus principios y valores, no es un mal instrumento para poder llegar a un equilibrio justo.

La solución del ordenamiento militar alemán puede ayudar a ilustrarnos en este camino, pues se origina en una concepción que muestra a la República Federal de Alemania en tanto una sociedad de libertades y plural, caracterizada por una gran diversidad de convicciones, proyectos de vida, confesiones religiosas y creencias ideológicas, opiniones e intereses, que están sometidos a un proceso permanente de evolución y transformación, y algunos están en competencia unos con otros. Así queda de manifiesto que todo militar en Alemania tiene derecho legal a la asistencia religiosa y al libre ejercicio del culto.³⁷⁸

Desde esa perspectiva, la asistencia religiosa a los miembros de la Bundeswehr es la contribución deseada y respaldada por el Estado y efectuada por las iglesias para garantizar el libre ejercicio de actividades religiosas y el acompañamiento pastoral a los soldados. Como parte de la labor eclesiástica, la asistencia es practicada por encargo y bajo la supervisión de las iglesias. Por tanto

³⁷⁸ Reglamenteo ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf, art. 670, p.36.

es iglesia entre los soldados, sus familias, parejas y parientes. Constituye un área orgánica autónoma de la Bundeswehr.³⁷⁹

El acompañamiento religioso-pastoral pretende ofrecer a los miembros de la Bundeswehr la oportunidad de discutir con los capellanes castrenses, además de temas religiosos, otros asuntos de carácter personal. Los cultos divinos, los bautizos, casamientos y entierros, la vida parroquial, la participación en ceremonias militares y en la labor de apoyo al personal militar así como la asistencia en caso de lesión o muerte, son ejemplos de acompañamiento pastoral.

En operaciones, el sistema de asistencia religiosa hace una contribución notable al esfuerzo por elaborar, junto con los soldados afectados, desde problemas personales específicos hasta experiencias límite de la vida humana, reduciendo la carga mental y emocional.³⁸⁰

En el ejercicio de su ministerio pastoral, los capellanes castrenses están sometidos sólo al Derecho Canónico y no están obligados a acatar instrucciones por parte de órganos estatales. Su encuadramiento en las unidades es en un régimen de obligada cooperación con los mandos militares. En el seno de la Bundeswehr, todas las comunidades religiosas e ideológicas tienen garantizadas las libertades de creencias, de conciencia y de confesión religiosa. De este hecho se derivan para los mandos militares, sea cual fuere su actitud personal ante los temas religiosos, unas tareas concretas en el apoyo y la cooperación con los órganos del sistema de asistencia religiosa a los militares. Así, tienen obligación de proporcionar a los capellanes todo apoyo justificable en el ejercicio de su

³⁷⁹ Reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf, art. 671, p.36

³⁸⁰ Reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf, art. 672, p.36.

ministerio. Además deben ofrecerles **la oportunidad de tomar posición acerca de cualquier cuestión de fondo de la Innere Führung**. Los superiores están obligados a conceder a todos los subordinados el libre ejercicio del culto, sea cual fuere la comunidad religiosa a que éstos pertenezcan.³⁸¹

Este modelo deja en claro que se respeta el derecho a la libertad religiosa, pero como es la propia **Innere Führung** o conducta militar la que garantiza este derecho, la libertad religiosa no puede anularla. Desde ese punto de vista, existe un límite interno que no puede sobrepasar, no puede desconocer aquellos principios, valores y función que le permite su reconocimiento al interior de los cuerpos armados. Esta vía de solución, si bien no es perfecta, ofrece sin duda una herramienta válida para poder discernir respecto del ejercicio de este derecho y su posible limitación.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³⁸¹ Reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, Enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf, art. 674, pp.36-37.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO X

LOS DERECHOS DE SUFRAGIO, REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN.

1. EL DERECHO A SUFRAGIO DEL MILITAR.

1.1. El Derecho a sufragio del militar en España.

Según FERNÁNDEZ GARCÍA, “Por lo que respecta en primer término al derecho de sufragio activo de los militares, ninguna peculiaridad reviste en su reconocimiento y ejercicio respecto al resto de los ciudadanos.”³⁸²

Compartiendo lo señalado por el autor, debemos señalar la regulación especial de este derecho en la Ley 9/2011, en la cual distingue perfectamente entre sufragio activo y pasivo. De forma tal que en el primer caso no plantea ninguna diferencia entre el militar y el ciudadano común, incluso estableciendo las providencias necesarias en razón de la función para el ejercicio del mismo y en el segundo, establece las restricciones referidas a incompatibilidades para ser electo, mientras se mantenga la condición de militar activo.

El artículo 15 de la Ley 9/2011, que establece el derecho de sufragio, dispone expresamente:

³⁸² FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 448. Respecto al derecho a sufragio de los militares en España, véase in totum, FERNÁNDEZ GARCÍA, ob. cit.,pp. 447-465.

“1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho de sufragio activo; lo pueden ejercer de conformidad con lo establecido en la legislación sobre régimen electoral general. Las autoridades competentes y los mandos militares establecerán los procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se encuentren en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales.

2. Los militares se encuentran incursos entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para ejercer este derecho deberán solicitar el pase a la situación administrativa prevista, a estos efectos, en la Ley de la carrera militar.”.

Sobre el último punto, señala FERNÁNDEZ GARCÍA “Muy distinta es la situación en lo que respecta al derecho de sufragio pasivo de los militares, tratándose de esta forma de uno de los derechos expresamente limitados por el Texto constitucional. Así prescribe el art. 70 CE que la ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso y, entre otros colectivos como Magistrados, Jueces y Fiscales en activo, a —los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo. [art. 70.1 e)]. Este mandato se concreta, como no puede ser de otra forma, en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 6.1 i) LOREG, que declara inelegibles a los colectivos señalados en el art. 70.1 e) CE extendiendo la restricción a los militares de complemento.”³⁸³

Asimismo, respecto de lo preceptuado en el artículo 15.2 de la Ley 9/2011, FERNÁNDEZ GARCÍA agrega: “Observemos que la nueva LODDFAS extiende la restricción a toda clase de militares, profesionales o no, cuando la ley electoral solo había determinado la inelegibilidad de los militares profesionales y de complemento, que son asimismo profesionales de las FAS. Aunque, a primera

³⁸³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 452.

vista, una vez suprimido el servicio militar obligatorio como tal, no parezca tener sentido tal precisión, puesto que todos los integrantes de las Fuerzas Armadas quedarían unidos a las mismas por una relación de servicios de carácter profesional, ello no resulta del todo así, olvidándose la nueva LODDFAS de los alumnos de los centros docentes militares de formación, que con arreglo al art. 3, —[también adquieren condición militar, sin que su vinculación sea una relación de servicios profesionales (art. 3.7 de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar).”³⁸⁴

En consecuencia, tal como se ha expresado desde la perspectiva del reconocimiento del derecho no existen diferencias respecto del militar en relación a cualquier ciudadano. En cuanto a la forma de su ejercicio, estará adaptado a las facilidades que se deben otorgar en razón de la función y las operaciones.

Finalmente, en cuanto al sufragio pasivo se dejan claramente establecidas las causales de inhabilitación y la forma adecuada de su ejercicio.

1.2. El Derecho a sufragio del militar en Chile.

No existen diferencias sustanciales en el modelo chileno, respecto de lo ya expuesto del régimen jurídico español. Inicialmente, la Constitución Chilena señala en su artículo 13, en forma general, que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran, remitiendo de esta forma las previsiones respecto de las inhabilidades para ser candidato a las respectivas leyes que establecen los cargos y sus requisitos de elegibilidad.

Por ejemplo, el artículo 57 de la Constitución dispone: “No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores: 10) Los Comandantes en Jefe del Ejército,

³⁸⁴ Ibid, pp. 452-453.

de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Las inhabilidades establecidas en este artículo serán aplicables a quienes hubieren tenido las calidades o cargos antes mencionados dentro del año inmediatamente anterior a la elección”.

Otros casos de inhabilidades, también los encontramos a nivel regional y comunal.

En efecto, las inhabilidades e incompatibilidades del cargo de consejero regional, se encuentran establecidas en el artículo 32 letra d) de la Ley N° 19.175/1992, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, a saber: “Los Miembros del Poder Judicial, los fiscales del Ministerio Público y los miembros del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los Tribunales Electorales Regionales y los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones.”.³⁸⁵

Por otra parte, las inhabilidades e incompatibilidades de los cargos a alcalde y concejal, se encuentran establecidas en el artículo 74 letra b) de la Ley N° 18.695/1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que no podrán ser candidatos: “...los miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones.”³⁸⁶

³⁸⁵Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.175, de 2005, que “FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO, SISTEMATIZADO Y ACTUALIZADO DE LA LEY N° 19.175, ORGANICA CONSTITUCIONAL SOBRE GOBIERNO Y ADMINISTRACION REGIONAL”, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243771> <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243771>

³⁸⁶ Decreto Con Fuerza de Ley N° 1/2006, que “FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 18.695, ORGANICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES”, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251693>

Desde esa perspectiva, el texto constitucional no establece ninguna diferencia particular en este derecho respecto del personal militar, salvo las inhabilidades legales ya indicadas, por ello, tal como se ha expuesto al inicio, los sistemas español y chileno no difieren sustancialmente, realizando un tratamiento general del derecho, no advirtiendo la presencia de una regulación que pueda identificarse con una relación de sujeción especial, sino más bien la de sujeción general de todo ciudadano.

1. LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL MILITAR.

2.1. Determinaciones esenciales en el derecho español.

Siguiendo a FERNÁNDEZ GARCÍA, en esta materia podemos indicar que en España “La Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas en el art. 21.1. El apartado 2 se ocupa de las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, exigiendo la comunicación previa (que no autorización previa) a la autoridad. Ésta sólo —podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público con peligro para personas o bienes. El precepto constitucional fue desarrollado por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión (en adelante, LODR). La única referencia de la Ley al ejercicio de este derecho por militares aparece en el vigente art. 4.4: —La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica.”³⁸⁷

³⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 407. Sobre los derechos de reunión y manifestación véase in totum: FERNÁNDEZ GARCÍA, ob. cit., pp.407-419.

Seguidamente, el artículo 13 de la Ley 9/2011, establece la regulación al reconocer el derecho de reunión y manifestación, en la forma siguiente:

“1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical.

Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio.”.

Es oportuno convenir en reiterarlo como corolario de la prohibición de sindicación y vigencia del principio de apoliticidad, que no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Asimismo, que no podrá vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo.

Cabe hacer presente, que respecto de las reuniones de carácter reivindicativo, se hace la salvaguarda que no es posible su asistencia de uniforme o haciendo uso de su condición militar.

Sobre esta disposición, nos ilustra FERNÁNDEZ GARCÍA en el sentido que “El texto no resulta, sin embargo, en mi opinión más limitativo que la regulación anterior ya que sensu contrario podemos entender que sería legítimo ejercicio del derecho del art. 21 CE la mera asistencia o participación –mientras no sea activamente a una reunión o manifestación de carácter político o sindical si no se acude de uniforme o haciendo uso de la condición militar así como la

organización, participación y asistencia a una manifestación reivindicativa, siempre que no se vista uniforme o haga uso de la condición militar. Sin embargo, bien es verdad que será difícil encontrar una manifestación de carácter reivindicativo (por ejemplo, donde los militares protestan, en defensa de sus intereses profesionales, en contra de una determinada aplicación de la Ley de la Carrera Militar) donde no se ostente, al menos implícitamente, la condición de militar. Se impone, por ello, una interpretación estricta de esos términos u otra redacción de la norma, si ello no resultare posible. Debemos añadir además la dificultad que estriba en distinguir entre participación y asistencia a una reunión o manifestación.”³⁸⁸

2.2. Determinaciones esenciales en el derecho chileno.

Tal como ocurrió en el tratamiento del derecho a sufragio, en el reconocimiento de este derecho tampoco existen diferencias sustanciales en ambos ordenamientos jurídicos.

La Constitución Chilena en el artículo 19 N°13, reconoce el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, agregando que las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía. De esta forma, no establece ninguna particularidad para el militar, debiendo en esto regirse por sus normas internas y la legislación especial que le es propia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional chileno ha sostenido que “Es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la

³⁸⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 412-413.

regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía, pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos.”.³⁸⁹

En este sentido en Chile, el Reglamento de disciplina para las Fuerzas Armadas dispone en su artículo 28 que: “El militar no debe mezclarse en política. Se le prohíbe pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esta índole. Del mismo modo dicho reglamento, prescribe en el artículo 76 que “Son faltas contra la disciplina, entre otras, las siguientes: 2) Participar en política o en manifestaciones, reuniones, etc., de esta índole.”.

Como puede apreciarse, la proscripción de asistencia a este tipo de reuniones es similar en ambos ordenamientos. No obstante, en el caso chileno a ello también debe agregarse la prohibición de asistencia a las reuniones o manifestaciones de carácter reivindicativo, máxime que en este sistema legal incluso se prohíbe el derecho de asociación profesional.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede advertirse que en esta regulación en ambos sistemas, si bien se encuentran sometidos a la regulación constitucional general, dejan un espacio para que sus normativas especiales limiten o restrinjan el ejercicio de estos derechos, apareciendo la función o condición militar como justificante para ello, lo cual parece advertir a su vez la presencia de las relaciones de sujeción especial en esta materia.

³⁸⁹ STC Chile, 239, Considerando 9, en www.tribunalconstitucional.cl

CAPÍTULO XI

LOS DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL, DE DESPLAZAMIENTO Y CIRCULACIÓN

1. CUESTIONES GENERALES COMUNES.

Inicialmente, cabe señalar que las Constituciones Española y Chilena tratan - estos derechos en forma general, sin hacer precisión o distinción alguna con la condición de militar.

En efecto, la Constitución Española contempla el derecho a la libertad personal en su art. 17, prescribiendo que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. Continúa dicho artículo, con referencia a las garantías frente a la detención preventiva, el derecho a ser informado y habeas corpus.³⁹⁰

³⁹⁰ “2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”. en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Coincidimos con FERNÁNDEZ GARCÍA en que “Mucho más parco resulta el art. 8 de la nueva Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes, que dispone al respecto que —los miembros de las Fuerzas Armadas sólo podrán ser privados de su libertad en los casos previstos por las leyes y en la forma en que éstas dispongan.”.³⁹¹

Lo mismo ocurre en la Constitución Chilena, en el artículo 19 N° 7, que asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en los siguientes términos:

a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;

c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal.

Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.

³⁹¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 200.

Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

e) La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;

g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;

h) No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales, e

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.

La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;”.

En este sentido, cabe sostener que las garantías referidas a la libertad personal, en ambos sistemas se regulan en las constituciones y en las respectivas leyes procesales penales generales o militares y en su defecto en los respectivos Códigos de Justicia Militar, por lo cual el tratamiento de esta materia no difiere en su esencia sustancialmente.

Lo mismo ocurre, con el derecho de desplazamiento y circulación, los cuales no difieren sustancialmente en su tratamiento y en ambos sistemas se encuentran condicionados por el deber de disponibilidad permanente en razón de la función militar.

Como nos recuerda acertadamente FERNÁNDEZ GARCÍA, en el sistema jurídico español “La Constitución de 1978 en su art. 19 reconoce a los españoles el —derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos. —El art. 19 CE reconoce a "los españoles" cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional.”.³⁹²

³⁹² FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 246.

Agrega este mismo autor, “Los límites que el derecho positivo impone a este derecho fundamental en el caso de los militares vienen determinados por el deber de presencia del militar así como la disponibilidad permanente para el servicio; sin embargo, la obligación de residir en la localidad del destino así como el consiguiente deber de presencia no resultaron tradicionalmente ajenos a los propios de cualquier funcionario público ... Bien es cierto, no obstante, que en el caso de los militares los límites impuestos por los mentados deberes de disponibilidad y permanencia son más intensos que en el resto de los empleados públicos, toda vez que la ausencia del destino durante más de tres días –que en el caso de un militar profesional llega a constituir una conducta delictiva ex art. 119 CPM- para otro funcionario público no pasa de una falta disciplinaria.”.³⁹³

La actual ley 9/2011, trata de este derecho en el artículo 11, señalando respecto de la libertad de desplazamiento y circulación, lo siguiente:

“1. El militar podrá desplazarse libremente por el territorio nacional sin perjuicio de las limitaciones derivadas de las exigencias del deber de disponibilidad permanente a que se refiere el artículo 22.”.³⁹⁴

³⁹³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 248.

³⁹⁴ El artículo 22 de la ley 9/2011, expresa textualmente:

“Disponibilidad, horarios, permisos y licencias.

1. Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación.

2. La jornada de trabajo de los militares será, con carácter general, la del personal al servicio de la Administración General del Estado. El régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios, tomando en consideración la disponibilidad permanente a la que se hace referencia en el apartado anterior, así como las normas y criterios relativos a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar a los que se refiere la Ley de la carrera militar.

3. Los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa.

2. En los desplazamientos al extranjero se aplicarán los mismos criterios que a los que se realicen en territorio nacional. En función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa.”.³⁹⁵

Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas.

4. La aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada.”.

³⁹⁵ Actualmente esta materia está regulada en la Orden DEF/2097/2015, de 29 de septiembre, por la que se regula la autorización previa para desplazamientos al extranjero del personal militar, de la siguiente forma:

Artículo 1. Objeto. Esta orden ministerial tiene por objeto regular, como desarrollo de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, la autorización previa para desplazamientos al extranjero del personal militar, incluido el que ya se encuentra destinado en el extranjero y que desea desplazarse a un tercer estado, cuando estos desplazamientos no tengan carácter oficial.

Artículo 3. Necesidad de autorización.

1. El militar podrá desplazarse libremente a países extranjeros con la salvedad expuesta en el apartado siguiente y cumpliendo el deber de comunicar en su unidad su residencia temporal y los datos de carácter personal que hagan posible su localización, de acuerdo con lo indicado en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio.

2. El Secretario General de Política de Defensa establecerá, en función de la situación internacional, los países o territorios para los que el militar requiere de autorización previa a su desplazamiento y lo comunicará a los órganos competentes para resolver las solicitudes de autorización, que utilizarán los medios de información precisos para que el personal militar tenga conocimiento de los países o territorios afectados por estas limitaciones.

3. La determinación de países para los que se requiere de autorización previa a su desplazamiento tendrá carácter independiente de las medidas que adopte el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación respecto de la salida de españoles al extranjero, pero se llevará a cabo de manera coordinada con dichas medidas.

En el derecho chileno, la normativa en esta materia, tal como se ha indicado inicialmente, resulta similar. Además del reconocimiento constitucional a la libertad de desplazamiento y circulación en el artículo 19 N° 7 ya mencionado, de la Carta Fundamental, la legislación especial que rige el estatuto militar establece una serie de obligaciones y autorizaciones en razón de la disponibilidad.

En efecto, el artículo 144 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, que establece el estatuto del personal, dispone que los oficiales no podrán ausentarse del país sin previa autorización del Comandante en Jefe institucional, la que deberá solicitarse aún cuando la salida al extranjero sea en uso de feriado, permiso con o sin goce de remuneraciones o licencia médica.

Agrega además dicha disposición que la misma obligación regirá para el restante personal y para los alumnos de las escuelas matrices. Esta autorización será requerida ante la autoridad competente en conformidad a las normas que establezca la reglamentación institucional. La autorización para ausentarse del país, en ningún caso proporciona derecho a remuneraciones en moneda

4. En operaciones militares en el exterior, corresponde al Jefe de Estado Mayor de la Defensa, teniendo en consideración lo establecido en el apartado 2 para el Secretario General de Política de Defensa, la regulación de los supuestos en los que se requiera de autorización previa para desplazarse a terceros países desde la zona de operaciones.

Artículo 4. Procedimiento.

1. El militar que tenga la intención de desplazarse a alguno de los países o de los territorios señalados en el apartado 2 del artículo anterior, remitirá por conducto reglamentario a la Dirección General de Personal, en el caso de los militares destinados en la estructura orgánica ajena a los Ejércitos, o a los Mandos o Jefes de Personal respectivos, en los restantes casos, la solicitud de autorización de salida a dichos países o territorios.

Los órganos competentes, valorando las circunstancias y las motivaciones y observaciones planteadas por el solicitante, autorizarán o denegarán, motivadamente, la solicitud de desplazamiento. En https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10967

extranjera u otros beneficios en moneda nacional que no sean las que corresponda percibir normalmente al interesado.

Asimismo, confirmando el deber de disponibilidad el artículo 139 del citado Estatuto, indica que “La jornada de trabajo de los oficiales y del personal del cuadro permanente y de gente de mar y de tropa profesional, estará determinada por las obligaciones propias del servicio. En todo caso, atendida la naturaleza de las funciones de las Fuerzas Armadas, el personal no podrá excusarse de cumplir con las exigencias del servicio, cualquiera sea su jornada de trabajo, cuando éstas excedan dicha jornada.”.

De esta forma, podemos comprobar perfectamente lo que también sostiene FERNÁNDEZ GARCÍA respecto del modelo español: “Podemos pues concluir que, salvo en el marco de operaciones en el exterior o derivadas de la coyuntura internacional –debidamente previstas por orden ministerial-, el militar goza del mismo derecho a la libertad de residencia y circulación que cualquier ciudadano, con las obvias limitaciones del deber de disponibilidad permanente, lo que implica que podrá ejercer estos DDFF, siempre que la distancia derivada del desplazamiento o residencia en otro lugar distinto al del destino no le impidan cumplir con sus obligaciones laborales –al igual que sucede con cualquier otro servidor público o estar disponible para llevarlas a cabo, cuando a ello sea requerido, por lo que se impone el deber de la comunicación previa al objeto de estar localizable.”.³⁹⁶

³⁹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 252. Señala además el mismo autor: Tras el nuevo art. 22 de la ley orgánica de derechos y deberes de 2011, los desplazamientos de los militares al extranjero se rigen por los mismos criterios que los aplicables a los realizados por el territorio nacional, es decir, plena libertad de circulación. Sin embargo, el deber de localización, presencia y disponibilidad permanente del militar aconsejan la previa comunicación a la superioridad, sin perjuicio de que en función de la situación internacional y en operaciones militares en el exterior, será preceptiva una autorización previa de conformidad con lo que se establezca por orden del Ministro de Defensa.”. Ibid.

Consecuente con lo ya expuesto, podemos concluir que en estos derechos no se advierte una modulación de la regulación que permita inferir una diferencia sustancial entre el ciudadano común y el militar, salvo las particularidades del deber de disponibilidad y el mayor disvalor a la conducta infractora de éste, que se expresa en sanciones administrativas. Lo anterior, sólo en razón de la función militar

No obstante, en cuanto a la libertad personal debe repararse en la especialidad de la administración militar - que difiere sustancialmente del estatuto civil. Me refiero a la facultad de las autoridades militares de imponer sanciones administrativas privativas de libertad, es decir, los arrestos militares.

Será respecto de este derecho a tratar, donde podemos apreciar una relación sujecional tan intensa, que faculta a la administración militar para privar por vía administrativa disciplinaria de la libertad a una persona por infracción a deberes u obligaciones de carácter funcionario. Esta competencia, singulariza a las Fuerzas Armadas, protege y garantiza la disciplina como supremo valor estructurante de la relación jerárquica y muestra en plenitud la sujeción especial que afecta a todo militar.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LA COMPETENCIA DISCIPLINARIA MILITAR PARA IMPONER SANCIONES RESTRICTIVAS O PRIVATIVAS DE LIBERTAD, EN ESPAÑA.

Señala correctamente FERNÁNDEZ GARCÍA, que “Debido a la peculiaridad del sistema disciplinario militar, éste, a diferencia de lo proscrito para la Administración civil ex art. 25.3 CE, contempla un elenco de sanciones

disciplinarias o administrativas que implican limitación o privación de libertad, y que, previo el procedimiento legalmente previsto y dotado de las debidas garantías, atribuyen a la Administración Militar, a través del mando militar, la competencia y potestad sancionadora, con la consiguiente posibilidad de incidir en el derecho fundamental del art. 17 CE.”³⁹⁷

Agrega este autor, que “Por ello, además del sistema penal castrense, actualmente contemplado en la Ley Orgánica 13/1985, del Código Penal Militar – objeto de aplicación esencialmente a través de la Jurisdicción Militar en los límites del art. 117.5 CE, y con arreglo a los procesos judiciales previstos en la ley-, debemos analizar como principal peculiaridad afectante a los derechos del art. 17 CE en el ámbito castrense, la posibilidad de que sea la Administración la que imponga un correctivo disciplinario que incide en el derecho a la libertad personal. Así, el poder punitivo del Estado en ese ámbito aparece con una doble vertiente: la penal que solo se materializa a través de los órganos judiciales militares, tras el proceso debido, y la disciplinaria que, aunque debe respetar, como veremos, con matices, las garantías exigidas para los procedimientos administrativos sancionadores, reviste un carácter no judicial y puede terminar con una resolución del mando militar imponiendo una sanción privativa o restrictiva de libertad, que, obviamente es susceptible de impugnación jurisdiccional ante los órganos judiciales castrenses mediante el recurso contencioso-disciplinario militar.”³⁹⁸

En este orden de ideas, la actual ley de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, contenida en la Ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre,³⁹⁹ en su preámbulo se refiere a esta competencia especial de la administración militar señalando que “mantiene la ley la sanción de arresto para castigar la comisión de faltas leves, con atribución al mando de la opción, según la gravedad de la infracción, entre la reprensión, la sanción económica o el arresto, teniendo en

³⁹⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, p. 200.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 200-201.

³⁹⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12652

cuenta **que el artículo 25.3 de la Constitución, a sensu contrario, permite a la Administración militar la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.** Hay que destacar, además de su indiscutible eficacia para restablecer la disciplina, la existencia de arrestos o privaciones de libertad como sanciones por faltas leves en la inmensa mayoría de los sistemas disciplinarios militares de los países de nuestro ámbito sociocultural o pertenecientes a la Alianza Atlántica.”⁴⁰⁰

Agrega además dicho preámbulo, que “Ahora bien, se ha limitado considerablemente la extensión máxima del arresto por faltas leves, que pasa de treinta a catorce días, y se restringe la competencia para imponerlo, pues se confiere únicamente a determinados escalones del mando. Además, la autoridad o mando disciplinario sólo podrá imponer la sanción de arresto prevista para las faltas leves, cuando se vea afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a las sanciones que pueden ser impuestas por faltas graves, también se ha limitado la extensión máxima del arresto, que pasa de dos meses a treinta días y se cumple, salvo excepciones bien justificadas, en establecimiento disciplinario militar, se ha incorporado la sanción económica y se han mantenido sanciones clásicas en nuestro régimen disciplinario militar como la pérdida de destino y la baja en el centro docente militar de formación.

Se han incorporado al catálogo de sanciones por faltas muy graves, el arresto en la extensión máxima de sesenta días y la resolución de compromiso, eliminándose la pérdida de puestos en el escalafón, de escasa aplicación práctica en las Fuerzas Armadas españolas. Se mantienen las sanciones de suspensión de empleo y separación del servicio.”.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

Como podemos apreciar, el régimen jurídico asumido por esta ley de disciplina se funda en un contexto de justificación constitucional, que para cualquier administrativista llamaría a lo menos la atención, puesto que como principio basal del actuar del estado está el principio de legalidad y juridicidad, con lo cual requeriría la administración una habilitación legal expresa en el texto constitucional, para restringir la libertad personal, reconocida en el artículo 17 de la Constitución Española.

Por ello entendemos, que el legislador incurre en un debilitamiento del establecimiento de esta competencia al recurrir al argumento interpretativo a contrario sensu del artículo 25.3 de la Constitución, para justificarse en una potestad implícita, siendo que el propio artículo 17, que reconoce el derecho a la libertad personal le habilita a establecer estas restricciones por ley, al señalar expresamente: “Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

De esta forma, la Ley 8/2014, ya mencionada, lo que precisamente hace es establecer los casos y la forma que le reenvía y requiere dicho texto constitucional explicitar.⁴⁰²

En ese mismo sentido FERNÁNDEZ GARCÍA, inicialmente piensa respecto de las dudas de constitucionalidad de la fundamentación en el artículo 25.3 y luego arriba a la misma conclusión expuesta en el párrafo anterior, al pensar en las medidas que dispone la autoridad administrativa en otros casos, sólo fundada en el artículo 17 de la Constitución.⁴⁰³

⁴⁰² Respecto de las sanciones en materia de arrestos en la actual Ley 8/2014, véase in totum, FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 206-210.

⁴⁰³ La posibilidad del arresto o corrección preventiva plantea a mi juicio dudas sobre su constitucionalidad puesto que se legitima la privación de libertad como medida cautelar adoptada por una autoridad administrativa³⁶⁴ lo que, al menos en su estricta literalidad, parece en principio

De conformidad a lo ya expuesto, la discusión en este tema debería centrarse en las garantías del procedimiento disciplinario militar, las cuales en gran medida están cubiertas en el modelo español en la Ley 8/2014 y en el derecho a la tutela judicial efectiva en sede contencioso administrativa militar.

compadecerse mal con las previsiones del art. 25.3 CE que solo autoriza contrario sensu a la Administración militar a la privación de libertad cuando se trate de sanciones.

Sin embargo, alcanzamos distinta conclusión de una lectura del citado precepto constitucional en conexión con el art. 17 CE, que autoriza como medidas cautelares la detención gubernativa y la prisión provisional, lo que nos lleva a mantener la constitucionalidad de estas medidas por los siguientes motivos: 1.- La singularidad del ámbito disciplinario militar, ámbito fuertemente jerarquizado, donde el mantenimiento de la disciplina resulta esencial para el cumplimiento de las misiones constitucionalmente asignadas a las Fuerzas Armadas, en el entendido de que las señaladas medidas adoptadas con el carácter de cautelares solo deben ser adoptadas en supuestos extraordinarios de faltas que exijan una acción inmediata para mantener la disciplina o subordinación. 2.- Se trata de medidas cautelares que, al igual que sucede en el ámbito de un proceso penal, tienen por fin (como sucede con la detención gubernativa) asegurar la eficacia de la decisión que en el futuro pueda adoptarse. 3.- Son medidas privativas de libertad que se adoptan en los casos y en la forma previstos en la ley (art. 17.1 CE), en este caso, la Ley Orgánica 8/2014, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.”. FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 215-216..

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y LA COMPETENCIA DISCIPLINARIA MILITAR PARA IMPONER SANCIONES RESTRICTIVAS O PRIVATIVAS DE LIBERTAD, EN CHILE.

3.1. Aspectos generales de la potestad sancionatoria.

En Chile la potestad sancionadora de la administración del Estado, al igual que en el orden jurídico español, se encuentra sometida a los principios generales del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran fundamentalmente los de normatividad y sujeción inmediata de la Constitución, a los cuales la administración militar también se encuentra subordinada.

Señala expresamente el artículo 67 letra k de la Ordenanza General del Ejército, que los valores militares constituyen orientaciones que deben regir la conducta de los militares tanto en la paz como en la guerra. Para el profesional militar actuar conforme a los valores fundamentales constituye una obligación permanente, cuyo cumplimiento lo debe transformar en una persona virtuosa. El “espíritu militar”, motor y expresión de la vocación militar, demanda a quienes integran el Ejército un compromiso personal para hacer suyas, conscientemente, las siguientes virtudes:

“k. Subordinación al derecho: Sujeción de quienes tienen la potestad legal del uso de las armas, al orden normativo que la sociedad legítimamente se ha dado y que tiene su máxima expresión en la Constitución Política de la República.”⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/Archivos/OG_Ejercito.pdf

Históricamente, existen arraigados vínculos entre la tradición española en esta materia y su aplicación en Chile. Señala un autor al respecto, que “Casi toda la legislación penal militar latinoamericana proviene de la adaptación de las “Reales Ordenanzas” españolas. Las primeras Ordenanzas datan del año 1587 y fueron elaboradas por Alejandro Farnesio. En 1633 se aprobaron las Ordenanzas para el Buen Gobierno del Mar Océano, que además de actualizar toda la legislación militar, la hicieron aplicable a la Armada española. En 1701, Felipe V dictó una nueva, conocida como “Segunda de Flandes”, que introdujo una judicatura colegiada (el Consejo de Guerra) y mantuvo intacto el fuero militar. Ésta fue reemplazada por las Reales Ordenanzas para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos de Carlos III en 1768 y subsistieron en casi toda América Latina hasta mediados del siglo XIX. Rigieron en Chile hasta el 25 de abril de 1839, fecha en la que el Presidente Prieto promulgó la “Ordenanza General de Ejército”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ SOTO MUÑOZ, D. El derecho disciplinario militar de carabineros, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 85 AÑOS DE VIDA INSTITUCIONAL (1927-2012), p.384, en <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Informacion/Aniversario85.pdf>. Agrega este autor que “Esta nueva ordenanza republicana fue aplicada parcialmente a la Marina de Guerra, institución que, por su parte, continuó empleando las Ordenanzas Navales españolas de 1748 y 1793 hasta el siglo XX. Prácticamente desde la vigencia de esta Ordenanza patria se discutió la necesidad de establecer un código penal militar. Los primeros encargos para su elaboración datan de 1843 y 1853. Posteriormente se comisionó un proyecto a los Coroneles de Ejército José María de Sessé y Justo Arteaga en 1862. Comisiones sucesivas se dispusieron a partir de entonces hasta 1877, incluyendo una específica para la redacción de un código penal militar exclusivo para la Armada que estuvo a cargo de Luis Uribe Orrego y Antonio Varas de la Barra¹⁹. Durante este debate algunas apuntaron a la elaboración de normas distintas para la Armada y el Ejército, en tanto otras sugirieron la redacción de un código común. La Ordenanza fue reformada en los años 1894 y 1900, porque tanto la codificación ocurrida en Chile durante la segunda mitad del siglo XIX, como las modificaciones a la organización del Ejército ocurridas durante la Guerra del Pacífico (1879 a 1883), habían dejado obsoletos muchos de sus acápites. La Ordenanza General del Ejército fue finalmente sustituida en 1925 por el Código de Justicia Militar elaborado por Santiago Lazo y Óscar Fenner. El Decreto Ley N° 806, de 23 de diciembre de 1925, estableció su vigencia a partir de marzo del año siguiente. Una importante modificación se produjo a fines de 1932. Una comisión compuesta por los

Respecto de esta Ordenanza, señala DUVAUCHELLE que “Conforme a la idea de don Andrés Bello, relativa a que la legislación española vigente en Chile "debía ser acomodada a las instituciones republicanas", el 25 de abril de 1839 el Presidente don Joaquín Prieto Vial promulgó la Ordenanza General del Ejército, que había de permanecer en vigor, con las modificaciones que se señalarán más adelante, por espacio de casi un siglo y fue aplicada al Ejército y a la Armada en lo que no se oponía al carácter de esta última Institución, siguiendo vigentes para nuestra Marina de Guerra todas aquellas prescripciones de las Ordenanzas Navales españolas de 1748 y 1793.”⁴⁰⁶

Agrega este autor, que “Las materias que abordaba la referida Ordenanza comprendían un conjunto de normas de orden administrativo y judicial relativas a la carrera militar, agrupadas en distintos Títulos. En consecuencia, estaban allí reguladas distintas materias tanto de carácter legal como reglamentario relativas a dichas Instituciones.”⁴⁰⁷

Audidores Generales de las Fuerzas Armadas y Carabineros propuso al Ejecutivo una serie de iniciativas: facilitar el funcionamiento de la Corte Marcial, delimitar la función de las fiscalías y secretarios letrados, ajustar los procedimientos a los parámetros procesales penales comunes, incluir delitos específicos que afectaran los intereses de la Armada y Carabineros, y disponer que cada “Institución Armada” contara con su propio reglamento de disciplina. Esto dio origen al Decreto Supremo N° 4.005, “Reglamento de Disciplina de Carabineros”, de 21 de agosto de 1934; al Decreto Supremo N° 1.487, “Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional”, de 17 de octubre de 1938, y al Decreto Supremo N° 1.445, “Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas”, de 14 de diciembre de 1951.”. *ibid*, pp.380 - 381.

⁴⁰⁶ DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, M. La Justicia Naval Penal Chilena. Una mirada a su evolución histórica, *Revista de Marina*, Chile, p.3, en <http://revistamarina.cl/revistas/1998/3/duvauche.pdf>

⁴⁰⁷ *Ibid*, p. 4. Al respecto señala: “En cuanto a sus disposiciones administrativas, ellas incidían en aspectos tales como las obligaciones del abanderado, del soldado, del cabo, del sargento, del tambor mayor, del teniente, del capitán, del sargento mayor, del teniente coronel, del coronel, las funciones de los distintos Comandantes Generales, del Jefe del Estado Mayor, del capellán, del cirujano, las antigüedades, la sucesión de mando, la forma de proveer los empleos vacantes, las

3..2. Administración del Estado y potestad sancionatoria.

Como parte de las potestades públicas, se reconoce a la Administración el poder sancionatorio. Sin embargo, doctrinariamente se ha planteado la discusión si la Administración debe tener esta potestad para sancionar, o ésta debe quedar entregada exclusivamente al Poder Judicial. Entre los argumentos dados para abstraer de la Administración esta potestad, se ha dicho que sería inconstitucional, en razón de que la Constitución Política de la República atribuiría la facultad de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, por lo que otorgar a la Administración una potestad jurisdiccional infringiría el principio de la separación de funciones. Se ha argumentado también la inconveniencia de esta potestad en razón de que no existirían garantías en la aplicación de sanciones por parte de la Administración.

En este contexto, las Fuerzas Armadas, como integrantes de la Administración del Estado, tal como se ha mencionado con anterioridad, bajo la cobertura del artículo 19 N° 7 letra b. del texto constitucional, que remite a la ley el establecer los casos y forma en que una persona puede ser privada de libertad, prevé en el artículo 1º de la Ley 18.948/1989, Orgánica de las Fuerzas Armadas, que serán los respectivos reglamentos de disciplina los que establecerán la

formalidades para tomar posesión de los empleos militares, los distintivos de los respectivos grados militares, los permisos para contraer matrimonio, las licencias, el servicio de guarnición, la revista del comisario, los premios que se otorgaban, la forma de recibir las rondas y las patrullas, los honores militares, las salvas, los testamentos, los sueldos, los retiros y los montepíos. Respecto a las disposiciones de carácter judicial de la Ordenanza General del Ejército, ellas se referían al fuero militar, a los delitos "en que no vale el fuero militar", los delitos de la jurisdicción militar, los tribunales militares, su competencia, las funciones del auditor de guerra y el procedimiento penal en dichos tribunales." Ibid.

regulación de estas competencias. Complementa esta disposición, el artículo 431 del Código de Justicia Militar, que remite las normas disciplinarias a la competencia Presidencial, para dictar un reglamento de disciplina para cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas.

Esta modalidad de atribución de competencia disciplinaria, es usual en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos a diferencia de lo que ocurre con el modelo español actual.

En efecto, siguiendo el cuadro explicativo que describe perfectamente esta realidad, SOTO MUÑOZ nos expone el listado de regímenes sancionatorios militares en América Latina, señalando que “Las normas disciplinarias y el procedimiento para la aplicación de la potestad disciplinaria ha sido pormenorizada normalmente en normas de menor rango jerárquico (ver Cuadro 3). Sólo El Salvador y Paraguay tienen regulado el castigo disciplinario militar en el mismo Código Penal Militar.”⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ SOTO MUÑOZ, ob cit. p. 382. “Reglamentos Latinoamericanos de Disciplina Militar. ARGENTINA Código de Disciplina de las Fuerzas Armadas Ley N° 26-394 6.08.2008. BOLIVIA Reglamento de Faltas Disciplinarias y sus Castigos, N°23. Resolución Suprema N° 181.303 1.03.1979. BRASIL Reglamento Disciplinario de la Aeronáutica (RDAER) Decreto N° 76.322 22.09.1975 Reglamento Disciplinario de la Marina Decreto N° 88.545 26.07.1983 Reglamento Disciplinario del Ejército (R4) Decreto N° 4.346 26.08.2002. CHILE Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas (Ejército y Fuerza Aérea) Decreto Supremo (Defensa) N° 1.445 14.12.1951 Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11 Decreto Supremo (Interior) N° 900 20.06.1967 Reglamento de Disciplina de la Armada Decreto Supremo (Defensa) N° 1.232 21.10.1986. COLOMBIA Ley Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares Ley N° 836 16.07.2003 Ley sobre Régimen Disciplinario para la Policía Nacional Ley N° 1.015 7.02.2006 ECUADOR Reglamento sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar Acuerdo Ministerial N° 1.057 13.07.2009. EL SALVADOR Código de Justicia Militar Decreto Legislativo N° 562 29.05.1964. GUATEMALA Reglamento de Sanciones Disciplinarias Acuerdo Gubernativo N° 24-2005 24.01.2005. HONDURAS Reglamento de Personal para los Miembros de las Fuerzas Armadas Departamento Ley y Orden 2005 12.09.1991. MÉXICO Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos DOF 10.12.2004 Ley de Disciplina para el Personal de la Armada de México DOF 13.12.2002. NICARAGUA Reglamento Disciplinario Militar Orden N° 17. PARAGUAY

3.3. La sanción administrativa y derecho sancionador militar.

Para conceptualizar inicialmente esta institución, nos referiremos al aún proyecto de ley presentado por el Ejecutivo el año 2006, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios, donde se ha definido que una sanción es “la reacción jurídica desfavorable para el sujeto que ha incumplido las normas imperativas del ordenamiento que trazaban una conducta a seguir”⁴⁰⁹. El mismo proyecto, para referirse a aquellas sanciones que tienen el carácter de administrativas, cita al profesor español José Suay Rincón quien las conceptualiza como “cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”, y al profesor Jorge Bermúdez Soto, el cual desde una perspectiva estricta señala que “la sanción administrativa es aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la administración por la comisión de una infracción administrativa”.⁴¹⁰

Código Penal Militar Ley N° 843 19.12.1980 PERÚ Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas Ley N° 29.131 9.11.2007 Ley sobre Régimen Disciplinario de la PNP Ley N° 29.356 13.05.2009. REPÚBLICA DOMINICANA Reglamento Militar disciplinario de las Fuerzas Armadas Decreto N° 02-08 --. URUGUAY Reglamento General de Disciplina para el Personal Militar de la Fuerza Aérea Decreto N° 55/994 8.02.1994 Reglamento de Disciplina de la Armada Nacional Decreto N° 180/001 17.05.2001 Reglamento General del Servicio N° 21 Ejército Nacional Decreto N° 305/003 29.07.2003. VENEZUELA Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 de la Fuerza Armada Nacional.”. Ibid, pp. 382-383.

⁴⁰⁹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios y que modifica la ley N° 19.884, de 25 de marzo de 2004. Boletín N° 3475-2006. [En línea 05/07/2009], <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

⁴¹⁰ El mismo proyecto señala que los elementos de la sanción administrativa para este último autor son:

- 1) Una vinculación a una infracción administrativa: la comisión de una infracción es presupuesto necesario de la sanción, sin infracción no puede existir o no procede sanción

Por otra parte, la referencia normativa para la exclusión de la naturaleza penal de estas se encuentra contenida en el artículo 20 Código Penal Chileno, el cual señala que estas sanciones no son penas para los efectos del derecho penal. En efecto, el citado artículo dispone: “No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.

Para ENRIQUE CURY⁴¹¹ de conformidad a este artículo 20, las sanciones administrativas se pueden clasificar en gubernativas y disciplinarias. Las gubernativas son aquellas que la autoridad puede imponer a cualquier ciudadano. Las disciplinarias en cambio, están reservadas para quienes se encuentran

en términos estrictos. Cualquier otro perjuicio o situación desfavorable impuesta a un administrado que no venga atribuido como consecuencia de la comisión de una conducta tipificada como infracción administrativa, no es sanción en sentido estricto;

- 2) Sanción consagrada en el ordenamiento jurídico: el concepto de infracción administrativa supone que se trate de una vulneración al ordenamiento jurídico, que había sido previamente tipificada como infracción;
- 3) La tramitación de un procedimiento sancionador: la sanción administrativa debe ser impuesta por una Administración, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, sin que constitucionalmente sea posible la imposición de sanciones de plano. La resolución administrativa por la que se impone una sanción, como todo acto administrativo goza de la presunción de validez. Como consecuencia de ella, además tiene atribuidas las prerrogativas de ejecutividad con que cuentan los actos administrativos, esto es, de eficacia en cuanto produce efectos jurídicos, y de ejecutoriedad, en cuanto no necesita recurrir a los Tribunales de Justicia para obtener forzosamente el cumplimiento de la sanción administrativa.
- 4) Sólo pueden ser sancionados aquellos a quien la ley considera responsables de la sanción.

⁴¹¹ Ob. cit. Boletín N° 3475-2006.

vinculados con la organización administrativa por una relación de subordinación, en cuya virtud deben acatar ciertas reglas de conductas destinadas a la conservación del orden dentro de ella. Esta distinción nos parece acertada para circunscribir nuestro estudio solo a las últimas, que pertenecen al derecho disciplinario y no al penal.

Un criterio útil, señala CARLOS KUNSEMULLER, para diferenciar en la legislación chilena entre el Derecho penal y el Derecho Disciplinario, es el siguiente:

- A. **“Derecho penal:** a) tipificación legal de los delitos (mandato de taxatividad); b) las sanciones son penas (artículo 20 del Código Penal); y c) el conocimiento y juzgamiento de los delitos y la imposición de las penas corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, a través del procedimiento establecido en la ley, con garantías procesales reconocidas en todas las partes.

- B. **Derecho disciplinario:** a) ausencia de descripción taxativa de las conductas infractoras-empleo de cláusulas generales; b) las sanciones disciplinarias no se reputan penas; y c) el conocimiento y juzgamiento de las contravenciones y la aplicación de las sanciones, se radican en la misma autoridad (no jurisdiccional) que ejerce la potestad disciplinaria (salvo excepciones calificadas)”.⁴¹²

Este derecho disciplinario, puede ser contextualizado desde “el significado que generalmente se asigna al término disciplina, que es el de una situación caracterizada por una explícita adhesión voluntaria a específicas reglas de conducta obligatorias en determinadas circunstancias para determinados

⁴¹²KUNSEMULLER L., CARLOS. “Chile. Los principios del procedimiento penal y su aplicación en los procedimientos disciplinarios”. *Revue internationale de droit pénal* 2003/3 (Vol. 74), pp. 824, en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-821.htm>

individuos sometidos a una organización jerárquica... La disciplina, entendida como la regulación de una modalidad de conducta esperada y esperable, está presente tanto en las instituciones estatales o públicas, como en las organizaciones privadas y semi-privadas, tendientes, en general, a asegurar un mínimo de orden interno y preservar la existencia de ciertas organizaciones”⁴¹³. El mismo autor señala que la doctrina penal chilena define el Derecho Disciplinario como “un tipo de Derecho Sancionador (en lo que se asemeja al Derecho Penal) que sólo rige para los miembros de determinados grupos y organizaciones, como una empresa, una universidad, una profesión, una asociación deportiva. Las sanciones que pueden imponer tales grupos y asociaciones –las penas disciplinarias- son inflingidas como consecuencia de la violación de normas jurídicas que reglan relaciones especiales de subordinación y tienen por objetivo la obediencia, no ya de todos los ciudadanos, sino de aquellas personas sometidas a la supremacía de los que ejercen el poder disciplinario”⁴¹⁴. Esta relación especial de sujeción con ciertos sujetos, es lo que José Rojas Caro denomina supremacía especial y que se constituye en uno de los fundamentos de la potestad disciplinaria.”⁴¹⁵

Respecto al ámbito militar, el mismo ROJAS CARO nos señala que “si la potestad disciplinaria es un instrumento esencial en todos los sectores de la Administración pública para la conservación del orden y para la realización de los fines indicados por la Ley, ello es particularmente evidente en el ordenamiento militar, en el que el deber de obediencia –encaminado a imprescindibles

⁴¹³ KUNSEMULLER L., CARLOS. “Chile. Los principios del procedimiento penal y su aplicación en los procedimientos disciplinarios”. *Revue internationale de droit pénal* 2003/3 (Vol. 74), pp. 821-837, en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-821.htm>

⁴¹⁴ Ibidem. p. 822.

⁴¹⁵ ROJAS CARO, J. “Derecho Disciplinario Militar”. Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1990, p. 120-121.

exigencias de cohesión- tiene un intensidad mayor que en cualquier otro sector del ordenamiento” .⁴¹⁶

Asimismo, coincidimos con SOTO MUÑOZ en cuanto a que “El Derecho sancionador militar (disciplinario y penal) es una consecuencia necesaria de la regulación constitucional del monopolio estatal de la fuerza. Resguarda el deber de obediencia y el consecuente cumplimiento de los deberes de servicio, de quienes la ley considera “militares”... Hoy en día se estima que, en el ámbito disciplinario, deben equilibrarse tanto las prerrogativas de la administración sancionadora como las garantías del infractor, recurriendo para ello a los principios penales y procesales que garantiza la Constitución Política de la República. En el ámbito sustantivo, estos principios son los de legalidad, “ultima ratio”, lesividad y proporcionalidad. En el ámbito procesal, coinciden con los del “proceso racional y justo” que asegura la Constitución y que refuerza el Derecho internacional de los derechos humanos. A la luz de ellos debe efectuarse el examen de conformidad del régimen disciplinario militar ...”⁴¹⁷

3.4. El arresto militar como sanción administrativa.

En el orden jurídico Chileno, encontramos la institución del arresto militar como sanción administrativa en dos cuerpos jurídicos, el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas y el Reglamento de disciplina de la Armada.

En el primero de ellos, el artículo 49, dispone que los castigos disciplinarios que podrán imponerse son los siguientes:

“A.- A los Oficiales y Empleados Militares, Navales y de Aviación.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ SOTO MUÑOZ, ob. cit., pp. 398-399.

c) Arresto militar. Es la prohibición de salir del recinto que se determine como lugar de arresto.

Su duración podrá ser hasta de dos meses y será con servicio o sin servicio.

Normalmente se dejará constancia de esta sanción en la respectiva Hoja de Vida, para corrección de yerros, constancia de la acción educadora del mando y efecto en su calificación, y sólo se hará efectiva cuando la autoridad que lo impuso así lo determine por razones fundadas y se cumplirá, en este caso, en la habitación del afectado o en el cuartel o establecimiento militar que, al efecto, se determine.

Por habitación se entiende, para el personal casado, su domicilio, y para los solteros, su pieza o camarote de dormitorio.

El arrestado, cuando esta sanción deba hacerse efectiva, no podrá salir del recinto que le fue fijado como lugar de arresto y no debe recibir visitas, salvo aquellos casos autorizados por el superior que impuso el castigo.

Cuando el arresto deba cumplirse en un cuartel o establecimiento militar que no depende del superior que impuso el castigo, deberá solicitarse previamente la autorización del Jefe del cual dependa dicho cuartel o establecimiento.

El arresto con servicio obliga al afectado a cumplir con su servicio normal. En el caso que se le haya aplicado en su habitación, permanecerá en dicho lugar, fuera de las horas de servicio.

El arresto sin servicio obliga al afectado a permanecer todo el tiempo que dure la sanción, en su habitación o cuartel.

Los arrestos se impondrán por días completos y continuados y nunca por menos de un día, salvo en las Escuelas, donde podrán aplicarse horas sin salida a los alumnos.”.

Por otra parte, el Reglamento de Disciplina de la Armada establece en su artículo 308 N° 3 lo siguiente: “Arresto: Es la prohibición de salir del buque, repartición o sitio que se indique como lugar de arresto. Su duración máxima es de

30 días. El personal arrestado no podrá recibir visitas, salvo en casos específicamente calificados y con autorización del Comandante o Jefe. El arresto podrá aplicarse, como medida preventiva, mientras se investiga la falta que se trata de castigar, y en caso de no resultar responsabilidad en contra del afectado, no será considerado como castigo disciplinario, pudiendo dársele un permiso especial a criterio de cada autoridad. Si resulta sancionado, los días de arresto preventivo que hubiere cumplido, le serán abonados al castigo, siempre que la naturaleza de la sanción lo permita. Los Mandos evitarán, hasta donde ello sea posible y recomendable, aplicar arrestos al personal casado en el lugar de residencia de su familia, aplicándole en cambio otras sanciones, como trabajo extraordinario o amonestaciones, según la gravedad de la falta. El personal arrestado o detenido, podrá ser autorizado por el Comandante o Jefe para salir en la tarde del día de pago.”.

Tal como disponen ambas normas, esta sanción administrativa disciplinaria constituye una afectación o limitación a la libertad personal y de desplazamiento, porque se materializa por la privación o restricción de libertad de salir del lugar que se ha dispuesto para hacerlo efectivo, es decir, buque, habitación o cuartel.

Respecto del fundamento jurídico de esta medida, se hace hincapié inicialmente, en las especiales características de las Fuerzas Armadas, especial su carácter disciplinado.

Señala sobre este último aspecto VAN DE WYNGARD que “Idéntico comentario debemos hacer extensivo, en lo pertinente a todo lo que dispone el Art. 19 N^o 7 de la Constitución en lo relativo al derecho a la libertad personal y a la garantía de la seguridad individual, sobre todo porque en el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros está

contemplada, como se verá, la posibilidad de aplicar medidas que impliquen privación o restricción de libertad de las personas afectadas.”.⁴¹⁸

En este mismo sentido, agrega este autor que “Cabe reiterar aquí que el espíritu muy marcado de la normativa es el ya reiterado de privilegiar la mantención de la disciplina ante todo y descansar para esos efectos en el buen y justo criterio de los oficiales sancionadores...”.⁴¹⁹

Por otra parte, cabe hacer presente que la Contraloría General de la República, no ha hecho cuestión de fondo respecto de la aplicación de esta sanción, por el contrario no ha cuestionado su utilización y sólo se ha limitado a verificar la legalidad y debido procedimiento de aplicación.

Un ejemplo reciente de ello es el Dictamen N° 96.620/ 2015 de 04 de diciembre, que resuelve una presentación que impugna precisamente el procedimiento de aplicación de esta sanción, por no realizar una investigación sumaria:

Señala dicho dictamen, en lo pertinente, lo siguiente: “Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor..., abogado, en representación de don ..., exsubalférez de la Escuela Militar, y en presentación separada la sra. ..., madre de ese último, reclamando por la determinación del director de esa entidad educacional, de no realizar la investigación sumaria administrativa que se le solicitó para indagar los hechos que se le denunciaron, lo que, en opinión del Ejército, se ajustaría a derecho.

⁴¹⁸ VAN DE WYNGARD M., Jorge. La potestad disciplinaria de la Fuerzas Armadas y Carabineros: un análisis Constitucional, p. 34, en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/2-Van.pdf>

⁴¹⁹ Ibid., p. 60.

Al respecto, es útil expresar, por una parte, que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º, inciso primero, del decreto N° 277, de 1974, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas para las Fuerzas Armadas, la autoridad dotada de potestad disciplinaria, a fin de pronunciarse sobre la procedencia de substanciar un proceso de esa naturaleza, deberá estudiar los antecedentes pertinentes; la trascendencia del hecho; la necesidad que existe para su inicio y, además, acorde con el criterio sostenido en el dictamen N° 17.935, de 2012, de este Órgano Fiscalizador, ponderar si los sucesos que se denuncian son susceptibles de ser castigados, evento en el cual dispondrá la instrucción de aquel procedimiento, siendo dable añadir que el referido director, a través de su resolución N° 1.485, de 2015 -tenida a la vista-, señaló fundadamente las razones por las que no accedió a la petición formulada por los recurrentes, por lo que se rechaza la pretensión.

Luego, en cuanto a que al señor se le habrían impuesto dos castigos por una misma falta -esto es, cuatro días de arresto y asignación de labores-, es preciso anotar que lo alegado no sería correcto, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la orden de comando N° 62, de 2001, de la Comandancia en Jefe del Ejército, Reglamento de Disciplina para los alumnos de las Escuelas Matrices, esa última medida no reviste el carácter de sanción disciplinaria.”⁴²⁰

En este mismo sentido, el Dictamen N° 91.599/2015, de 18 de noviembre, señala lo siguiente:

“Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor....., funcionario de la Fuerza Aérea, solicitando que esa entidad realice una investigación sumaria administrativa para indagar los hechos por los cuales fue sancionado con dos días de arresto militar, lo que, en opinión de esa institución, no procedería.

⁴²⁰ www.contraloría.cl

Sobre el particular, cabe señalar, acorde con lo dispuesto en el artículo 3º, N° 1, del decreto N° 277, de 1974, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, que no se incoará ese procedimiento cuando la falta conste, entre otros medios, por la propia observación o antecedentes verbales o escritos, como sucedió en la especie.

En este sentido, es dable expresar, de acuerdo con la documentación tenida a la vista, que la falta que se le atribuyó al señor ..., y por la cual se le aplicó la referida medida disciplinaria, consistió en que mientras contestaba una prueba, fue sorprendido por el profesor con un cuadro resumen de la materia en la pantalla del computador que usaba, pese a que tal docente había impartido la instrucción de que no se podía utilizar el apoyo de textos auxiliares, situación que fue corroborada por el testimonio de cinco alumnos que rindieron en la misma oportunidad dicho examen.

Por consiguiente, cabe concluir que la decisión de aquella institución castrense, en orden a no iniciar el proceso sumarial que se le solicitó, se ajustó a derecho.⁴²¹

En otro orden, cabe precisar que la sanción de arresto militar se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico chileno y ella es objeto de control administrativo, a través de los recursos administrativos que la propia normativa contempla y además, es perfectamente procedente recurrir con posterioridad a la Contraloría General y eventualmente a los Tribunales de Justicia, para revisar su aplicación.

Una observación, respecto de esta medida disciplinaria de arresto militar, que puede pasarse por alto. Esta sanción, no es la más grave que establece el catálogo de sanciones administrativas militares. Es una sanción que le permite

⁴²¹ www.contraloría.cl

al infractor modificar su conducta en su actividad de servicio posterior y enmendar su actuar reprochable. Aunque parezca paradójico, existen sanciones más graves como el retiro, baja y pérdida de la condición militar, que ya no le permiten al infractor continuar en las Fuerzas Armadas.

Por ello, el personal tiene plena conciencia, que en la aplicación de esta medida de gran intensidad, lo que la institución y sus comandantes desean, es que enmiende su actuar y no prescindir de él. De esta forma, se evita perder personal entrenado y con capacidades militares, pero que requiere ser disciplinado, para ejercer su función conforme a los principios y normas de las Fuerzas Armadas.

De esta forma, una vez que hemos analizado la aplicación plena de esta sanción en ambos ordenamientos español y chileno, nuevamente nos encontramos en la necesidad de analizar las garantías del procedimiento disciplinario, pues ahí se centrará la real tutela del derecho fundamental a la libertad personal.

3.5. Debido proceso y procedimiento administrativo sancionatorio.

Desde esta perspectiva y al igual que en el caso español, cabe entonces preocuparse por las garantías del procedimiento disciplinario, el cual lleva mucho avanzado desde el pleno reconocimiento de la aplicación de los principios del derecho penal y procesal penal a las sanciones administrativas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, también se ha inclinado por esta tesis al señalar que: “9°. Que, **los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución**

Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado...⁴²²

En este mismo sentido y en relación a la aplicación del debido proceso en el ámbito de las potestades administrativas, cabe señalar que ya en las actas de la Comisión de Estudios nueva Constitución, se dejó constancia de la aplicación de estos principios.

Asimismo, nuestros tribunales de justicia han efectuado un reconocimiento expreso, de la aplicación del debido proceso a los procedimientos administrativos, señalando que “Como quedó consignada en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, **la garantía del debido proceso legal –antes circunscrita al de naturaleza penal- se amplía a toda controversia que se promueva en el orden temporal- tribunales ordinarios, administrativos, tributarios, Contraloría General de la República, etc. (Considerando 4º).**”⁴²³ En un pronunciamiento más acabado sobre la materia, la I. Corte de Apelaciones de Concepción, especificando el contenido del debido proceso ha fallado que: “1º) ... **debe guardarse siempre el debido proceso legal, que se refiere no sólo al conjunto de procedimiento legales, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, reglamento, sentencia o resolución administrativa que se refiera a una garantía individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también se refiere al conjunto de principios sustantivos necesarios, que permitan informar una sentencia o resolución que sea fundada, justa y equitativa.** Es decir, hay un debido proceso adjetivo, que implica una garantía de ciertas formas procesales; y hay un debido proceso sustantivo, que implica una garantía de

⁴²² Sentencia Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996, en www.tribunalconstitucional.cl

⁴²³ González Moraga, Berta con Director General del Servicio de Registro Civil e Identificación (recurso de protección) RDJ Tomo LXXXIX N° 1: Enero-Abril, Año 1992. 2.5, pág. 25, en www.poderjudicial.cl

ciertos contenidos o materia de fondo justos. 2º) Que, en el presente caso, la baja inmediata, por conducta mala, de que fue objeto el recurrente, importa un menoscabo al debido proceso, lo que conculca su derecho de igualdad ante la ley, de enfrentar un proceso racional y justo, toda vez que al momento de adoptarse la medida que se reprocha, el recurrido no había sido oído cabalmente.... En dicha virtud, la medida sancionatoria en cuestión aparece irracional y desproporcionada, aún cuando se hubieren guardado todas las formas procedimentales, considerándose de este modo que el recurrido cometió un acto arbitrario al dictar la resolución dubitada”.⁴²⁴

De similar forma, la Contraloría General de la República ha dictaminado que el procedimiento administrativo debe cumplir con las formalidades propias del debido proceso. En este sentido, ha dictaminado que “El ejercicio de los poderes sancionadores que posee el titular de un órgano administrador debe conformarse a las ritualidades mínimas de los procesos, tales como oír al inculpado, ponderar los hechos y resolver conforme a derecho y al mérito de autos. **Estas ritualidades mínimas que garantizan el legítimo proceso, emanan de la Constitución Política del Estado y se aplican a todo acto de naturaleza punitiva, aún cuando éste no tenga consultada específicamente una regulación o procedimiento propios.** Es violatoria de tales normas toda decisión sancionadora carente de esta ritualidad esencial. En este orden de ideas, debe considerarse ilegítima, tanto la determinación de una sanción o castigo sin ceñirse a los procedimientos mínimos, como el archivo sin justificación de las causas que están sometidas al conocimiento y fallo de la autoridad pública. (D. 73.748/70) ”.⁴²⁵

⁴²⁴ Pereira Recabal, Cristian A. c/ Coronel Bezmalinovic Hidalgo, Iván A. | Recurso de protección ROL:479-07, www.microjuris.com

⁴²⁵ Citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. “Estatuto Administrativo Interpretado. Actualizado, coordinado y sistematizado. Tomo II. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2007,p. 888

Ese mismo órgano contralor, refiriéndose expresamente al cumplimiento del debido proceso en los procedimientos sumariales, ha dictaminado –aunque referido al Estatuto Administrativo general- que cumplen con el debido proceso exigido. En efecto, ha señalado que **“Las normas que regulan la tramitación de los sumarios administrativos contienen todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso** y asegurar la adecuada defensa de los inculpados, y su cumplimiento es fiscalizado por la Contraloría General de la República al efectuar el trámite de toma de razón (D. 7.034/96)”.⁴²⁶

3.6. Principio de legalidad

Para efectuar el análisis de este principio podemos decir que se expresa en un triple contenido de reserva legal:

- legalidad de la infracción: cualquier infracción que no esté prevista en norma alguna no podrá ser perseguida ni castigada;
- legalidad en la atribución de potestad: solo pueden sancionar las autoridades o mandos a los que se ha atribuido legalmente una potestad disciplinaria;
- legalidad en la sanción: no hay posibilidad jurídica de imponer sanciones que no vengan previstas en una norma legal.⁴²⁷

Refiriéndose a este principio, la Contraloría General de la República ha dictaminado que las sanciones administrativas deben aplicarse por las causales y en la forma que señalan los preceptos que la contemplan, implicando lo contrario una violación de garantías constitucionales. En cuanto al rango legal que deben tener dichos preceptos, ha considerado suficiente que la procedencia y aplicación

⁴²⁶ Ob.. cit. Pantoja, p. 888.

⁴²⁷ Ob. cit. ROJAS, pp. 69-70.

de las mismas tenga categoría reglamentaria. En efecto, ha señalado que “...**las sanciones administrativas, de acuerdo con el sistema jurídico al cual se someten, sólo pueden aplicarse de conformidad con los preceptos que las establecen y por las causales que en ellos se contemplan.** De otro modo podría suceder que en determinadas circunstancias la aplicación de una sanción pudiera importar la violación de las garantías contenidas en la Carta Fundamental, que contempla los derechos individuales. (16.527/76)... De acuerdo con el ordenamiento jurídico **debe encontrarse reglamentada la procedencia de la sanción y el sistema para su aplicación y reclamo por el afectado (57.873/75)**”⁴²⁸... De acuerdo con el principio de la legalidad, la enumeración de medidas disciplinarias que contempla el Estatuto Administrativo debe respetarse en forma estricta, pues esa enumeración es de carácter taxativo (27.229/83)”⁴²⁹

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado esta jurisprudencia, exigiendo que sea la ley y no un reglamento, la que establezca al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan. En este sentido ha fallado, refiriéndose al principio de legalidad y tipicidad que “11º... ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3º del artículo 19, de la Carta Fundamental,.... 12º. Que, de esta forma, **la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal**, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República...”, lo que lo lleva a concluir que “...**al atribuir competencia al Servicio Agrícola y Ganadero para conocer y sancionar administrativamente no solo "las contravenciones a esta ley", sino también "a su reglamento", resulta contraria a la Constitución Política** al vulnerar la reserva legal que las normas constitucionales antes indicadas consagran, en relación con las conductas que pueden ser objeto de sanción; 15º. Que, por tanto, la frase "o a su reglamento"

⁴²⁸ Ob. cit. PANTOJA, p. 886.

⁴²⁹ Ob. cit. PANTOJA, pp. 886-887.

contemplada en el inciso segundo del artículo 37 permanente del proyecto sometido a control, **es inconstitucional...**".⁴³⁰

3.7. Principio de tipicidad:

ROJAS CARO ha señalado que este principio significa la concreta delimitación, concreción y determinación tanto de la infracción como de la sanción. Señala que si una sanción no está prevista, no se puede sancionar por muy dañosa que sea y por mucho que quebrante la disciplina, y del mismo modo, que no se puede imponer una sanción que no venga establecida en el texto legal.⁴³¹

La jurisprudencia judicial chilena, en forma reiterada ha resuelto, que para que proceda la medida de destitución, es necesario que esta pena esté expresamente tipificada como sanción a una conducta ilícita contemplada en la ley. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que "... **para aplicar la medida de destitución es necesario que la pena esté expresamente contemplada como sanción de una conducta ilícita determinada en la ley** (Considerando 3). Que la interpretación antes expuesta se ajusta, además, a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan la carrera funcionaria, la estabilidad del empleo y el consecuente derecho de propiedad que se ha indicado, que requieren para su debida cautela que la sanción que pone término al empleo del funcionario municipal no esté sujeta al mero arbitrio del Alcalde, en cuanto éste pueda infligirla indistintamente por cualquier falta, sino sólo pueda ser aplicada a los casos contemplados expresamente en la ley... (Considerando 4)".⁴³² En igual sentido, se

⁴³⁰ Sentencia Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996, www.tribunalconstitucional.cl

⁴³¹ Ob. cit. ROJAS, p. 71.

⁴³² "Brahm Yuraszeck, Jorge y otros con Uribe Altamirano, Maximiliano, Alcalde de Puerto Montt (recurso de protección). RDJ Tomo LXXXVIII N° 1: Enero-Abril, año 1991, 2.5, pp. 34-35.

pronunció la Corte Suprema confirmando el fallo que acogió un recurso de protección por haberse aplicado una medida de destitución.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resuelto respecto de este principio, que se requiere que la conducta reprochable esté expresamente definida en una norma de rango legal. Ha expresado que "...La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero **la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable**, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta..."⁴³³, agregando en el mismo fallo como se señaló respecto del principio de legalidad, que es la ley la que debe establecer el núcleo esencial de las conductas que se sancionan.

3.8. Principio de independencia de sanciones.

Este principio se refiere a la posibilidad de imponer sanciones administrativas con independencia de la procedencia de otras sanciones de carácter penal, civil o de otra naturaleza. Al respecto, la Contraloría General de la República refiriéndose a una medida de destitución, ha dictaminado que "Este principio constituye una de las bases de la potestad sancionadora de que están dotadas las autoridades administrativas y no contempla más excepciones que aquellas que el mismo legislador ha establecido, pudiendo señalarse que sólo se ha instituido el derecho a la reincorporación del afectado tratándose de medidas de destitución aplicadas como consecuencia exclusiva de hechos que revistan caracteres de delito cuando en el proceso criminal se dicta sentencia de absolución o de sobreseimiento definitivo por no constituir delitos los hechos

⁴³³ Sentencia Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996, en www.tribunalconstitucional.cl

denunciados. En los demás casos, sólo se autoriza la reapertura del sumario... De esta manera, **como regla general, los fallos de los tribunales de justicia, no obligan a las jefaturas administrativas a reconsiderar una medida expulsiva.** (D.2450/82)".⁴³⁴

3.9. Principio *pro reo*.

Estrechamente relacionado con el principio de irretroactividad, este principio implica que podrá aplicarse a un sujeto la sanción contemplada en una ley promulgada con posterioridad al hecho ilícito que se quiere sancionar, cuando esta ley le sea más favorable que aquella que correspondía aplicar.

Aceptando la aplicación de este principio en materia disciplinaria la Contraloría General de la República ha señalado que “en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso séptimo de la Constitución Política de la República, en orden a que **nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado**”⁴³⁵, y explicando este principio ha dictaminado que “En virtud del principio de la irretroactividad de las normas legales y muy especialmente de las sancionadoras, deberán imponerse al infractor aquellas medidas disciplinarias que se encontraban establecidas al momento de cometerse la falta investigada, a menos que ésta, eventualmente, tuviere asignada una sanción menor en una nueva legislación, en cuyo caso, y salvo texto expreso en contrario, corresponderá aplicar precisamente esta última medida, **por cuanto la jurisprudencia administrativa ha consignado en más de una oportunidad**

⁴³⁴ Ob. cit. PANTOJA, p. 890.

⁴³⁵ Dictamen N° 33.768, del año 2005.

que el principio *pro reo* consagrado en materia penal opera igualmente en el campo disciplinario (D.45.905/76; 33.127/82 y 4.830/83)".⁴³⁶

3.10. El Justo y Racional Procedimiento Administrativo Sancionador.

El Tribunal Constitucional en las sentencias Rol N° 376 de 17 de junio de 2003 y Rol N° 389 de 28 de octubre del mismo año, en ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de la ley N° 19.884 y del proyecto de que regulaba la Unidad de Análisis Financiero, objetó la falta de un procedimiento administrativo sancionador para las sanciones que por las infracciones respectivas se pudieran aplicar. Esto, junto con la necesidad de llenar un gran vacío en nuestro ordenamiento jurídico, llevó a que con fecha 25 de marzo de 2004 se presentara un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios.⁴³⁷ Este proyecto, aplicable a las Fuerzas Armadas conforme al artículo 3º del mismo, establecería una serie de principios reguladores del ejercicio de la potestad sancionatoria (en título II), un procedimiento común y supletorio de los procedimientos especiales con fases de iniciación, instrucción y finalización (en título III) y los recursos aplicables (en título IV).

Con este proyecto se superaría una de las principales críticas realizadas a la potestad sancionatoria de la Administración, como es, otorgar al sancionado un procedimiento que garantice el respeto a sus derechos, lo que tal vez habría significado el fin de la aplicación de los principios del derecho penal a la facultad sancionatoria administrativa, terminando por ende con esa discusión.

⁴³⁶ Ob. cit. PANTOJA, p. 890.

⁴³⁷ Ob. cit. Boletín N° 3475-2006.

Lamentablemente, el proyecto actualmente se encuentra archivado desde el 04 de agosto del año 2006, por aplicación del artículo 36 bis inciso 2 del Reglamento del Senado.

En este sentido, los procedimientos administrativos sancionadores, incluidos los de las Fuerzas Armadas, actualmente sólo deben ajustarse a las bases establecidas en Ley 19.880/2003, de Bases de los procedimientos administrativos y a las normas y principios establecidos en el reglamento de disciplina y el de investigaciones sumarias administrativas.

3.11. El debido procedimiento administrativo, en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas chilenas.

Configuran el grupo normativo que establece la potestad disciplinaria militar en Chile, los cuerpos jurídicos contenidos en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (G) N° 1.445, de 1951, aplicable al Ejército y la Fuerza Aérea, el DS. (M) N°1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada y el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, aprobado por DS (G) N° 277 de 1974 y sus modificaciones posteriores, en especial la producida por el DS (G) N° 5 de 2001.⁴³⁸

En cuanto a los aspectos de carácter general que dicen relación con la materia, cabe hacer presente que el Decreto con Fuerza de Ley (G) N°1 de 1997, “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, en su capítulo V al

⁴³⁸ Respecto de la Armada, las disposiciones referentes a los aspectos disciplinarios se encuentran contenidos también en el DS. (M) N°1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

tratar de las “Obligaciones, Prohibiciones, Incompatibilidades y Responsabilidades del Personal”, se refiere expresamente a este tema al disponer en su artículo 138, que el personal militar estará sujeto a los deberes y restricciones inherentes a la profesión militar contenidos en la Ley 18.948 “Orgánica Constitucional de las FF.AA.”, el Código de Justicia Militar, Reglamento de Disciplina respectivo y la Ordenanza de la Armada, según corresponda. Igualmente el personal estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas para los Empleados de la Administración Civil del Estado, en la Ley 18.834, “Estatuto Administrativo”.

En efecto, este sistema de obligaciones y deberes configura los presupuestos básicos para que exista la responsabilidad administrativa por el incumplimiento. Esta sistemática de deberes y responsabilidades es plenamente concordante con lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Justicia Militar, dispone que “El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas a la disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar”.

En el mismo sentido, el artículo 32 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, señala que “El castigar o reprimir las faltas es un deber militar cuya ejecución se exige en vista de la necesidad imprescindible que tienen las Fuerzas Armadas de mantener una disciplina a toda prueba”.

Esta disposición normativa sirve de base para la preservación de un valor fundamental de la estructura de las Instituciones Armadas, que es precisamente la Disciplina.

La disciplina militar, pilar básico para el funcionamiento de deberes y obligaciones militares, presenta la necesidad de corregir administrativamente mediante sanciones, las conductas que infrinjan dichos valores o deberes,

además de considerar la prevención general, que emana del propio sistema de tipificación sancionatoria.

Es en este aspecto esencial, que el equilibrio relacional que debe existir entre la falta cometida y la sanción aplicada debe encontrarse ajustada a principios formales y materiales.

Los principios formales del procedimiento contenidos en el orden consecutivo legal del mismo, y su regulación de cada uno de los estadios o etapas procedimentales, permiten tener certeza jurídica del mismo y servir de garantía del mismo. Este orden consecutivo procedimental y los principios inspiradores del procedimiento administrativo, se encuentran recogidos en forma expresa en el artículo 2 de la Ley N° 19.880, norma que es enteramente aplicable a las Fuerzas Armadas, ya que no se encuentran expresamente excluidas de su ámbito de aplicación. De esta forma, sus normas son también aplicables en materia disciplinaria para las Fuerzas Armadas.

En el ámbito castrense, de los principios anteriormente enunciados, cabe destacar el “Principio de Contradictoriedad”, el cual brinda a los interesados la facultad de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento. El artículo 4 de la citada ley 19.880/2003, señala que los interesados podrán en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Incluso, la norma en análisis, finaliza el párrafo señalando que tales alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Al respecto es oportuno destacar que la norma no sólo utiliza la voz “procedimiento” para referirse al ámbito dentro del cual el afectado podrá

presentar sus alegaciones, documentos y otros elementos de juicio, sino que además lo da a entender al referirse a la facultad reconocida a los interesados para alegar defectos de tramitación presentes en un procedimiento administrativo.

Lo anterior permite concluir que, de conformidad con la Ley N° 19.880, la aplicación de sanciones disciplinarias por parte de las Fuerzas Armadas, debe necesariamente realizarse dentro del marco de un procedimiento que le brinde al afectado la oportunidad de emitir sus descargos y de acompañar todos aquellos antecedentes que le sirvan de apoyo.

Por su parte, otro principio relevante en el ámbito militar lo constituye el “Principio de Imparcialidad”, contenido en el artículo 11 de la ley, que impone a la Administración la obligación de aplicar la objetividad y la probidad, tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Al mismo tiempo, establece que los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que resuelvan recursos administrativos.

La norma precedentemente citada es perfectamente aplicable al Procedimiento Disciplinario de las Fuerzas Armadas, toda vez que en éste se faculta a la autoridad institucional para aplicar sanciones disciplinarias, como asimismo contempla recursos para impugnar los actos por medio de los cuales éstas se aplican. Atendido lo anterior, resulta imprescindible las resoluciones de la Autoridad Militar que resuelvan recursos administrativos, deban ser fundadas, es decir, que deban contener los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan. Asimismo, la citada norma exige lo mismo para todos aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio.

Por otra parte, nuestra Constitución Política de la República preceptúa en el artículo 19 N° 3, inciso 2° que “Toda persona tiene derecho a

defensa jurídica en la forma que la ley señale...”. Dicha disposición agrega que “Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo administrativo y disciplinario por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”. Finalizando dicha norma en el art. 19 N° 3, inciso 5º y en concordancia con lo anterior, que: “Toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Al respecto el Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que “Derecho a defensa jurídica de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Si bien la CPR ha dispuesto reducir el derecho de defensa a un margen menor tratándose de personas que integran instituciones jerarquizadas, obedientes y disciplinadas como las Fuerzas Armadas, ella no autoriza a abrogar el derecho o a limitarlo de tal manera que se afecte su contenido esencial generando indefensión. (STC 2029, cc. 25 y 32).”⁴³⁹

La importancia de la norma y doctrina constitucional citada para el tema en estudio, radica fundamentalmente en que el constituyente ha encomendado al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, quedando comprendido en este ámbito también la competencia disciplinaria de las Fuerzas Armadas.

⁴³⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 59, Año 2015, p. 136, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>.

3.12. El ejercicio de la competencia disciplinaria.

Sobre este aspecto, cabe señalar que el artículo 34 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, establece que las faltas se castigan de acuerdo con las atribuciones disciplinarias de que está investido cada superior y con arreglo a su propio juicio. No obstante, agrega dicha disposición que en el ejercicio de estas facultades disciplinarias, se debe proceder con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia para garantizar ampliamente la firmeza en la resolución y la absoluta corrección en el procedimiento.

Esta última expresión, sirve de fundamento para sostener la necesaria vigencia del orden consecutivo procedimental al interior de los procedimientos disciplinarios militares, cuyo incumplimiento constituye una infracción a los artículos 6 y 7 de la Constitución.

En cuanto a la forma de administrar la disciplina, el artículo 32 del citado Reglamento da una orientación clara al respecto, al señalar que un buen Comandante debe obtener de sus subalternos disciplina, laboriosidad y eficiencia, sin necesidad de castigar o haciendo uno moderado de sus atribuciones disciplinarias. Asimismo cuando las ejerza, debe proceder con equidad y benevolencia exentas de toda debilidad (art.16). Lo anterior demuestra que en el fin de preservación de la disciplina, la sanción administrativa, constituye su última ratio, al interior de la Administración Militar.

Para que estos factores puedan resguardarse, será necesario que al de hacer uso de sus atribuciones disciplinarias, los superiores deban conocer la defensa o justificación del inculpado. Además, los hechos y el grado de culpabilidad deberán encontrarse claramente determinados, sea por la propia observación del superior, por un parte oficial o por la confesión del culpable, o a través de actuaciones que pueden ser verbales o escritas.

En caso de que existan dudas en relación con los hechos o las posibles responsabilidades, los superiores pueden disponer la instrucción de una Investigación Sumaria Administrativa, conforme al artículo 35 citado Reglamento de Disciplina.⁴⁴⁰

Además, la reglamentación vigente contiene un sistema de control para verificar el criterio con que se aplican las facultades disciplinarias. En efecto, se dispone que todo superior que tenga a sus órdenes Oficiales con atribuciones disciplinarias, deberá imponerse con frecuencia de las Hojas de Vida o Libros de Castigo, para conocer el criterio con que son aplicadas las prescripciones del reglamento. Dicha revisión constituye una garantía para el personal y permite al superior adecuar el criterio de sus subordinados en cuanto a la aplicación correcta de las facultades disciplinarias.

4. REFLEXIONES Y DEDUCCIONES COMPARATIVAS ENTRE AMBOS ORDENAMIENTOS.

La plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos por nuestra carta fundamental, requiere de líneas argumentativas que permitan dar reglas claras para la resolución de los conflictos o colisiones normativas, que van más allá de la simple aplicación de la jerarquía normativa y la

⁴⁴⁰ Es preciso tener presente en el N° 3 del artículo 3° del Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas, también se establece una disposición similar, al señalar que no procede la instrucción de Investigaciones Sumarias, en aquellos casos en que los hechos que podrían originarla aparezcan claramente establecidos en los partes, denuncias o diligencias preliminares, debiendo los Comandantes de todas las jerarquías hacer uso inmediato de sus facultades de mando, administrativas y disciplinarias.

especialidad. Esta circunstancia, ha generado en el ámbito de las fuentes hecho, una repercusión en la limitación de derechos y libertades del personal militar, que se ha seguido justificando doctrinal y jurisprudencialmente –con las excepciones que se indicaron-, con base en la categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial.

Al contrario de lo que es habitual en nuestro sistema jurídico, cabe señalar que en el derecho comparado y especialmente el europeo, ha sido el legislador quien ha reformulado el sistema jurídico militar mediante la promulgación de nuevas normas legales especiales, ajustadas a los mandatos de la Constitución y a los derechos que ella consagra, actualizando aquellas disposiciones preconstitucionales o eliminando las inconstitucionales, que contenían aspectos claramente contrarios al texto fundamental vigente y que servían de apoyo a algunas de dichas limitaciones.⁴⁴¹

En este caso la solución simplista de entregarle formalmente el característico plus jerárquico a la ley, traería sólo más confusión. Terminar con la opacidad del sistema de fuentes, cobra especial importancia frente a la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos, que estableció al Estado de Chile la obligación de adecuar la normativa castrense a los principios y normas internacionales.

⁴⁴¹ En este sentido, la doctrina nacional está conteste en cuanto a la existencia de limitaciones. En efecto CEA y CORONADO señalan que “Por otra parte, se imponen límites a los cuerpos armados, como por ejemplo el respeto a derechos fundamentales, obediencia, no deliberancia, determinación y delimitación de fines, entre otros, consagrando bienes jurídicos que los sustentan, como jerarquía, disciplina y profesionalización de su función. En consecuencia, el orden jurídico militar contiene límites, condiciones o restricciones determinadas en sus diversas y específicas normas, a modo de ejemplo podemos citar el derecho operacional y las normas jurisdiccionales, etc...”. CEA CIENFUEGOS, S. y CORONADO DONOSO, R. ¿Qué perspectiva de futuro tiene el derecho militar chileno?, ARS BONI ET AEQUI (AÑO 7 NO 1), en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/Art-3.-Cea.pdf>

El actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, así como los avances y modernización de estas instituciones en el derecho comparado, permite la revisión de algunos tópicos relacionados con las sanciones administrativas, con miras a la salvaguarda de principios esenciales, para el pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona. En este mismo sentido, CEA y CORORADO sostienen que “El Derecho Militar se relaciona con los Derechos Humanos por cuanto limita el ejercicio de las potestades y deberes del cuerpo armado sólo cuando sea propio de una defensa y seguridad nacional, mediante el empleo de la fuerza racional o necesaria para cumplir sus fines constitucionales. Por lo expuesto, hemos afirmado que el amparo de los Derechos Humanos significa una imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y por ello se delimitan las funciones y deberes de los cuerpos armados, para que estos cumplan las finalidades constitucionales.”⁴⁴²

Asimismo, el hito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Palamara Iribarne Vs. Chile”⁴⁴³, que estableció la obligación de adecuar su normativa a los estándares internacionales y en especial a la convención interamericana de derechos humanos, permite tener una oportunidad de realizar un estudio detallado de estas instituciones normativas, con miras a contar con una legislación actualizada y moderna, preservando los principios básicos de las Fuerzas Armadas como la jerarquía y la disciplina, compatibilizándolos perfectamente con el ejercicio de los derechos

⁴⁴² CEA CIENFUEGOS, S. y CORONADO DONOSO, R. Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, en Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Año XII, N° 24 – Julio 2011, p.265, en <http://www.actualidadjuridicaudd.cl/web/wp-content/uploads/2014/09/AJ24.pdf>

⁴⁴³ Corte Interamericana de derechos Humanos, Sentencia “Palamara Iribarne Vs. Chile”, 22/11/2005, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

fundamentales del militar, considerando las restricciones inherentes a su función.

En cuanto a las particularidades de los modelos disciplinarios español y chileno, según PERRUCA ALBADALEJO “Consideramos que a la vista del régimen disciplinario militar y personal civil de las Fuerzas Armadas chilenas, por su contraste más perjudicial en garantías jurídicas que respecto del español, la equidad aconseja que (*cuando sea el militar chileno el que se integre en la estructura de nuestra Fuerza*) en el futuro contexto de operaciones conjuntas sea más sencillo no adoptar ningún Acuerdo Técnico Militar a efectos disciplinarios, sí en otros ámbitos materiales como, por ejemplo, el administrativo. Más sencillo, porque de esta forma se pueden evitar problemas de “orden público” concretados en una posible desigualdad de trato por circunstancia personal de su nacionalidad y a pesar de su integración, lo que implica que -por serle además más beneficioso- deban de someterse directamente al régimen disciplinario español. No así a la inversa (*que fuera el militar español el que se integrara en la Fuerza de Chile*), que siempre debería ser la ley disciplinaria española por esta última razón y, por tanto, sí sería necesario preverlo en un Acuerdo Técnico expresamente ya también disciplinario. Para Chile sería beneficioso imitar la solución española de otorgarle a su régimen disciplinario el molde formal de una ley, y además orgánica, donde aquéllos no estuvieran ocultos por estar catalogados. Ganaría la seguridad jurídica y es lo propio de un Estado de Derecho.”⁴⁴⁴

Cabe señalar al respecto, que esta perspectiva de opinión no analiza el desarrollo histórico normativo de ambos sistemas. En efecto, en el caso chileno existe una condicionante temporal pues estamos en presencia de normativa de

⁴⁴⁴ PERRUCA ALBADALEJO, Victoriano. Comparativa de derechos y deberes en el régimen disciplinario militar entre Chile y España, en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/comparativa-de-derechos-y-deberes-en-el-r%C3%A9gimen-disciplinario-militar-entre-chile-y-espa%C3%B1a>

los años cincuenta⁴⁴⁵ y en el caso español, con normativa de 1998⁴⁴⁶, a la fecha de ese trabajo, incluso hoy reformada por la reciente Ley 8/2014 de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La necesidad de revisión y actualización es realmente un imperativo, pues tal como señala ese autor, los aspectos disciplinarios son un aspecto relevante en las operaciones conjuntas con Fuerzas Armadas de otros países, cada vez más frecuentes en un mundo globalizado como el actual. Sin perjuicio que se considere los procesos de modernización de las organizaciones militares y de su personal, que conjuntamente a la evolución de los sistemas normativos y los controles judiciales no permitirán con este tipo de normas ya vetustas, la plena salvaguarda de los principios esenciales de estas instituciones, como son la jerarquía y la disciplina.

En este mismo sentido VAN DE WYNGARD señala “hay una tendencia que puede estimarse como natural desde el punto de vista de la técnica legislativa en el sentido de radicar en las normas reglamentarias la regulación de los aspectos de detalle de las prescripciones. Empero, en este caso creemos que se ha caído en un exceso. En efecto, es notoria la falta de referencias que existe tanto en las Leyes Orgánicas constitucionales de las Fuerzas Armadas como en la de Carabineros, así como en las leyes comunes o simples que contienen el Estatuto del Personal de ambas instituciones, de referencias a la manera como debe ejercerse la potestad disciplinaria. Prácticamente casi no se la menciona y menos aún se plantean exigencias respecto de la misma. Por lo tanto, casi todo termina descansando en los respectivos Reglamentos de Disciplina, que efectivamente entran a la regulación esperada, pero que incluso vuelven a remitirse a otra norma más específica, como es el Reglamento de sumarios administrativos, para recién allí empezar a descubrir

⁴⁴⁵ DS (G) N° 1.445, de 1951, aplicable al Ejército y la Fuerza Aérea.

⁴⁴⁶ Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

aspectos que a estas alturas hace mucho rato que debieron estar incluidos en el nivel legal.”⁴⁴⁷

Concluye el mismo autor que, “... se constata una cierta desprolijidad en el tratamiento de los derechos de las personas, que no es conciliable con el estado actual de la cuestión, si pudiéramos valernos de esa expresión, y que exige que las normativas antiguas pasen por el siempre saludable proceso de revisión integral a fin de actualizarlas y mejorarlas. Pensamos que ese proceso debe ser sistemático en el tiempo y da la impresión que, salvo ciertos ajustes menores, a normativa en cuestión no ha experimentado ese saludable proceso de revisión dinámica. Debe tenerse presente, al respecto, que las exigencias que la Constitución hace en relación con el juzgamiento de las personas, particularmente en el Art. 19 N°3, son plenamente aplicables en su integridad al ejercicio de la potestad disciplinaria en las Fuerzas Armadas y Carabineros, y que tan solo la norma relativa a la defensa jurídica posibilita un tratamiento diferenciado en la legislación disciplinaria castrense.”⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ VAN DE WYNGARD, J. La potestad disciplinaria de las Fuerzas Armadas y Carabineros: un análisis constitucional, *Ars Boni et Aequi*, en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/2-Van.pdf>, pp. 76-77. Agrega además este autor que “Estas remisiones genéricas del legislador a la autoridad administrativa, sobre todo en materias donde está en juego el ejercicio de derechos fundamentales, siempre han sido peligrosas y cuestionables y el tradicional argumento de que se trata de materias técnicas a estas alturas de la evolución de nuestro derecho no resiste mayor análisis. Es pues importante que se haga una revisión de las carencias que existen en esta materia en la legislación militar, dado que aquí incluso podríamos estar en presencia de inconstitucionalidades por omisión. Es posible también apreciar aquí un problema que se ha presentado en otras áreas del derecho. Nos referimos a la situación de normas legales o reglamentarias que datan de periodos anteriores a la Constitución y que fueron estructuradas bajo un marco de exigencias menor al actual en cuanto al sistema de protección de los derechos fundamentales.”. *Ibid.*

⁴⁴⁸ VAN DE WYNGARD, *op cit.*, pp. 77-78.

Tal como señalan los autores ya citados, a lo menos un estudio y análisis en la materia se hace necesario, el tiempo y una nueva constitución en el caso chileno, generan un imperativo ineludible de actualización y modernización de estas normas. Proceso ya iniciado en 1986, con la dictación del DS. (M) N°1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

En el sistema español, esta tarea se comenzó con la Constitución Española que según FERNÁNDEZ “su promulgación en el año 1978 hizo necesario revisar los principios y el alcance del poder sancionador del Estado, ya que semejante materia resultó especialmente afectada por los artículos 24 y 25: el artículo 24 recoge el sistema general de garantías para proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y el artículo 25 consagra el principio de legalidad”.⁴⁴⁹ Agrega, “Fruto de esta obligada revisión normativa es la promulgación de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas de 27 de noviembre de 1985, y que sirve para introducir las garantías constitucionales en el procedimiento sancionador militar”.⁴⁵⁰

Sin embargo, los profundos cambios acaecidos en el Ejército hacen necesario emprender una reforma en el Régimen Disciplinario Militar, fruto de la cual ha sido la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario Militar del año 1998. Señala al respecto FERNÁNDEZ “Podemos afirmar con Santiago Fernández que con esta Ley se pretende mejorar el Régimen Disciplinario vigente desde 1986, adecuándolo a la actual realidad de los Ejércitos, en tránsito a la plena profesionalización y con una significativa presencia femenina que aumenta día a día. Además se otorga al mando militar un instrumento eficaz para mantener la disciplina en las unidades. En la exposición de motivos se sistematizan de

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ MUIÑOS, B. El cambio normativo en el derecho disciplinario militar, en File:///C:/Users/Downloads/Dialnet-EICambioNormativoEnEIDerechoDisciplinarioMilitar-4643228.pdf, p. 71.

⁴⁵⁰ Ibid.

forma clara los principios inspiradores de la Ley, que persigue afianzar y conservar los aspectos de la Ley del año 1985 que demostraron su eficacia, y proceder a la revisión de aquellos otros que necesitan: *Atender y dar respuesta a las exigencias de la disciplina de un Ejército moderno situado en el umbral del siglo XXI.»⁴⁵¹ Este desafío también está presente hoy en nuestro régimen disciplinario, adecuarlo a las actuales realidades y misiones de nuestras Fuerzas Armadas, a fin de preservar su núcleo esencial y su función primordial de defensa nacional.

Finalmente, también se debe mencionar otro aspecto que requiere estudio y adecuación y referiremos más adelante, pues se relaciona con el control judicial de las sanciones administrativas, que a diferencia del modelo español que cuenta con competencia contencioso administrativa especial de la jurisdicción militar, en Chile se conocen sólo por los tribunales civiles ordinarios de justicia o por la vía del Recurso de Protección, acción equivalente al amparo de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. En este sentido señalan CEA y CORONADO “Sostenemos que, en Chile, el ejercicio de la potestad disciplinaria debería tener un recurso o medio de impugnación de la decisión en sede jurisdiccional especializada, tal como sería, para estos efectos, la Corte Marcial, para garantizar los principios del debido proceso, derecho a defensa y proporcionalidad de la sanción.”⁴⁵² Este sería el corolario de muchos de los aspectos que requiere el profundo estudio del derecho disciplinario militar chileno y su relación con los derechos y garantías fundamentales del personal militar.

⁴⁵¹ Ibid, p.73.

⁴⁵² CEA CINFUEGOS, S. y CORONADO DONOSO, R. Derecho Militar. Parte General, Tomo I, Abeledo Perrot LegalPublishing Chile, 2011, p.16.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO XII

GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MILITAR: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL MILITAR EN ESPAÑA.

La Constitución Española, en su artículo 24 N° 1, señala que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”. De la misma forma agrega en su numeral 2 que “2.Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”.

Esta regulación general del derecho a la tutela judicial efectiva, según GÓMEZ MARTÍNEZ “... es una pluralidad de derechos materializados en forma de garantías procesales, aplicables en todo tipo de procesos, aunque es en el proceso penal donde la obtención de una tutela efectiva acentúa su importancia,

por razón del carácter de los bienes en litigio. El artículo reúne dos supuestos que están estrechamente relacionados porque ambos pretenden asegurar la tutela judicial efectiva. El matiz está en que el artículo 24.1 establece una garantía previa al proceso, para asegurar que se podrá acceder al mismo y así obtener la tutela judicial, mientras que el artículo 24.2 se centra más en la obtención de esa tutela mediante el juego de los instrumentos y garantías procesales.”.⁴⁵³

Coincidimos con este autor, cuando señala “... No es un derecho que se pueda ejercer directamente sobre la base de su redacción en el texto de la Constitución, porque para ello será preciso emplear los cauces que haya establecido el legislador ordinario, que serán utilizados por los órganos jurisdiccionales. En definitiva, es un derecho de configuración legal.”.⁴⁵⁴

Finalmente, agrega: “Aunque se haya discutido doctrinalmente su naturaleza, posee el carácter de derecho fundamental, que reviste un marcado carácter instrumental y previo, ya que su función primordial es facilitar la defensa de derechos e intereses en un proceso que reúna todas las garantías constitucionales exigidas. En cuanto a la titularidad del derecho, según el tenor del precepto alcanza a todas las personas...”.⁴⁵⁵

En este orden de ideas, corresponde entonces preocuparse del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito militar.

Sobre esta materia, nos señala FERNÁNDEZ GARCÍA, que “Teniendo en cuenta que actualmente es posible que los DDFF en el ámbito castrense puedan ser tutelados en distintas jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales, y aun partiendo

⁴⁵³ GÓMEZ MARTÍNEZ. Derechos Fundamentales y Condición Militar, cit., p. 304.

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 305.

del carácter necesariamente restringido de la jurisdicción militar ex art. 117.5 CE, nuestro estudio en cuanto a la garantía misma de los derechos debe partir de la peculiaridad constitucionalmente reconocida de la Jurisdicción castrense y dirigida a la efectividad de las Fuerzas Armadas para el logro de los altos fines que les asigna el art. 8 CE, analizando precisamente si las especialidades –como veremos, reducidas prácticamente al ámbito orgánico- inciden en los derechos del art. 24 CE, particularmente por la naturaleza de los órganos llamados a prestar esa garantía, aunque sea en el reducido ámbito designado por la Norma Suprema.”.⁴⁵⁶ Agrega el mismo autor, respecto de la regulación y jurisdicción de este ejercicio de este derecho, que “En efecto, la tutela penal puede, dependiendo del delito cometido, corresponder a la Jurisdicción ordinaria o a la militar (art. 12 y ss. de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, LOCOJM) y la tutela contencioso-administrativa frente a actos de la Administración militar admite, asimismo, dos vertientes jurisdiccionales, bien en el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria (arts. 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) , o bien en el ámbito del proceso contencioso disciplinario de la Ley Procesal Militar. [arts. 17 LOCOJM, 448 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar y 3 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio].”⁴⁵⁷

Desde la perspectiva ya indicada, coincidimos con FERNÁNDEZ GARCÍA en que “De esta forma, como exigencia sine qua non —[l]a jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal [...] ha de ser "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Los derechos fundamentales del militar, cit, pp. 528-529.

⁴⁵⁷ Ibid, Nota 4, p. 528.

judicial efectiva.”,⁴⁵⁸ sin perjuicio de lo que corresponda realizar a los otros tribunales que señale la ley.

En efecto, según este mismo autor “La LOCOJM atribuye asimismo a la jurisdicción castrense —la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar. La compatibilidad con los arts. 24.2 y 117.5 CE de la atribución a la jurisdicción militar de la revisión judicial de las sanciones disciplinarias militares ha sido declarada por la STC 113/1995, de 6 de julio. De esta forma, advierte el Alto Tribunal que —si estos derechos pueden ser conculcados en el ámbito estrictamente castrense, y en ese ámbito y no en otro, se produce la vulneración motivadora de la tutela judicial, el legislador puede legítimamente establecer que ésta se preste por determinados Tribunales de la jurisdicción prevista en el art. 117.5 de la Constitución.”.⁴⁵⁹

Por último, FERNÁNDEZ GARCÍA se refiere respecto de la competencia jurisdiccional en otras materias distintas a lo disciplinario, señalando que:

⁴⁵⁸ Ibid, p. 536. “Dentro del ámbito estrictamente castrense debemos considerar igualmente, y de acuerdo con la precitada doctrina constitucional, la posibilidad, no abierta aun salvo en lo relativo al habeas corpus, de tutela de los derechos fundamentales de los militares cuando en los mismos se incida por parte de la Administración militar en ejercicio de sus potestades no necesariamente sancionadoras. De forma que parece pertinente que se arbitren, en concordancia con lo ya dispuesto por el art. 4 LOCOJM, mecanismos de tutela jurisdiccional de los DDFF reconocidos en la nueva ley orgánica de derechos y deberes de los miembros de las FAS, tutela que a mi juicio debe ser sumaria para preservar en procesos de cognición limitada y de forma urgente los DDFF reconocidos a los militares cuando pudieran verse menoscabados por decisiones de la Administración militar. El conocimiento de estos asuntos debiera configurarse en la Ley Orgánica Procesal Militar en el Libro relativo a los procedimientos judiciales militares no penales (Libro IV)”. Ibid, p. 544-545.

⁴⁵⁹ Ibid, p. 543.

“Cuestión más controvertida resulta a mi juicio la atribución a la jurisdicción militar de la competencia para la revisión jurisdiccional de las conocidas como cuestiones de personal, esto es, la impugnación en vía contencioso-administrativa de las distintas resoluciones dictadas por el Ministerio de Defensa y sus órganos centrales o periféricos, lo que incluye los actos administrativos provenientes de autoridades de la estructura de los distintos ejércitos, cuando resuelvan cuestiones de personal, es decir, las propias de ascensos, evaluaciones, servicios, jornada, destinos, entre otras cuestiones afectantes al militar como funcionario público. Pues bien, estas cuestiones, en mi opinión, salvo que se acredite alguna conexión con el ámbito castrense, como podría suceder por ejemplo, con las decisiones administrativas sobre los turnos de guardias o servicios y su exoneración, reducciones de jornada, lactancias, etc. y cualquier otra materia de derecho administrativo que afectase a la vida de las unidades, teniendo en cuenta particularmente el concepto necesidades del servicio, son aspectos propios del desarrollo de la carrera del militar como funcionario, tal y como hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo, lo que impide que exista justificación constitucional para que estas cuestiones, máxime las que afectan al nacimiento y extinción de la relación funcional, se residencien fuera del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tal y como actualmente establece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa.”⁴⁶⁰

En definitiva, la tutela judicial efectiva en el ámbito castrense queda cubierta en todos sus aspectos, por las jurisdicciones y tribunales que la ley ha dispuesto en cada una de las materias, siendo la competencia especial de la jurisdicción militar, el conocimiento de los asuntos penales y contencioso administrativos disciplinarios. Correspondiendo a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y resolución de las cuestiones que expresamente la jurisdicción militar no contemple. Encontrándose plenamente consagrado en la legislación correspondiente este derecho tutelar, con las particularidades ya

⁴⁶⁰ Ibid, pp. 546-547.

señaladas, las cuales precisamente derivan de las especiales características de la función militar, dejando en evidencia la existencia de una regla diferenciadora para el militar, que expresa una sujeción especial, a diferencia de la sujeción general de cualquier otra persona que no pertenece a las Fuerzas Armadas.⁴⁶¹

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL MILITAR EN CHILE.

2.1. Consideraciones generales.

Inicialmente, es necesario señalar que el derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna, no está consagrado expresamente en la Constitución Chilena, a diferencia del artículo 24 de la Constitución Española.

No obstante lo anterior, en el sistema chileno existe reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, BORDALI indica respecto de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que “En otros casos se dice que el derecho a la tutela judicial efectiva, que estaría reconocido en el inciso primero del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución (en adelante CPR), comprende entre otros aspectos el libre acceso a la jurisdicción y el derecho al debido proceso. En este sentido, existiría un meta derecho en nuestro orden

⁴⁶¹ La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone en su artículo 3 que no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: b) El recurso contencioso-disciplinario militar. Asimismo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 3 numeral 2, establece en el mismo sentido que los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares.

constitucional, que es el derecho a la tutela judicial efectiva, del cual el derecho de acción y el debido proceso formarían parte. Sin embargo, en un fallo más reciente se dice que el derecho de acción y el derecho a la tutela judicial efectiva son elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, por lo que la idea de meta derecho estaría referida al debido proceso.”⁴⁶²

Además de lo ya señalado, el propio Tribunal Constitucional chileno ha reconocido uniformemente en sus sentencias que “El art. 19, N° 3, comprende el derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del art. 19 CPR, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la CPR se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792, c. 8) (En el mismo sentido STC 815, c. 10, STC 946, cc. 28 a 33, STC 1046, c. 20, STC 1061, c. 15, STC 1332, c. 9, STC 1356, c. 9, STC 1382, c. 9, STC 1391, c. 9, STC 1418, c. 9, STC 1470, c. 9, STC 1502, cc. 8 y 9, STC 1535, cc. 18 y 25, STC 2042, c. 29, STC 2438, c. 11, STC 2688, c. 5) Doble dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra,

⁴⁶² BORDALI SALAMANCA, A. Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial, en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, p. 313, file:///C:/Users/ramon/Downloads/Dialnet-AnalisisCriticoDeLaJurisprudenciaDelTribunalConsti-3726832.pdf

sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho. (STC 815, c. 10) (En el mismo sentido STC 1535, c. 19).”⁴⁶³

Por otra parte y sin perjuicio del reconocimiento de este derecho a la tutela judicial efectiva, la ausencia de jurisdicción contencioso administrativa general o especial y el sometimiento del control judicial de la administración a los tribunales ordinarios de justicia, - genera algunas particularidades como sistema que es necesario analizar.

En este sentido FERRADA sostiene que “En nuestro derecho, esta opción preferente por un sistema de justicia administrativa no es clara. Aún más, las normas constitucionales y legales relacionadas con la materia no permiten fácilmente formular una respuesta, requiriendo un análisis más riguroso de los distintos datos normativos en juego. Precisamente tal análisis, especialmente desde la perspectiva de los procedimientos especiales, hace más difícil la tarea, lo que exige un trabajo sistemático de estudio y ordenación, conectando estas regulaciones especiales con las normas constitucionales en juego.

Ahora bien, en el plano doctrinal, en nuestra comunidad jurídica, la cuestión ha estado prácticamente ausente de discusión, encontrándose sólo algunas opiniones en la materia, las que, en todo caso, han sido expresadas a propósito de otras cuestiones principales analizadas por los autores. Algo parecido ocurre en nuestra jurisprudencia, aunque en ella se encuentran algunas opciones implícitas,

⁴⁶³ CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, NÚMERO 59, AÑO 2015, p. 125, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>

especialmente a partir de la definición de la legitimación activa para impugnar ciertos actos administrativos.”⁴⁶⁴

Respecto del caso de control judicial de la Administración, en el ejercicio de sus competencias específicas, nos encontramos con la carencia que arrastra el sistema jurídico general, desde de vigencia del artículo 87 de la Constitución de 1925: la ausencia de tribunales especiales de lo contencioso- administrativo.

En este mismo sentido FERRADA, BORDALI y CAZOR indican que “A la situación de indefensión anterior contribuyó, sin duda, la declaración de incompetencia que hicieron los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los asuntos contencioso administrativos. En efecto, a partir de una interpretación estricta del Art. 87 de la Constitución de 1925, en virtud del cual estos asuntos sólo podían ser conocidos por los tribunales especiales dispuestos por éste y, por tanto, mientras no hubiere tribunal competente estos asuntos no tenían en el ordenamiento chileno una vía jurisdiccional de impugnación, se estableció en la

⁴⁶⁴ FERRADA BORQUEZ, J. C. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2012, vol.25, n.1 [citado 2016-03-06], pp. 103-126. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100005>. Asimismo, coincidimos con FERRADA en que “1. Los sistemas de justicia administrativa han evolucionado paulatinamente hacia modelos subjetivos, especialmente a partir del reconocimiento del derecho fundamental a la acción o la tutela judicial. 2. El sistema de justicia administrativa chileno también ha tenido esta misma evolución, lo que se ha consolidado con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y el reconocimiento expreso de la "lesión de derechos" como elemento central de su configuración institucional. 3. Los procesos administrativos en nuestro derecho se han alineado en general con este modelo constitucional, considerando la tutela de posiciones jurídicas subjetivas, como fundamento y finalidad de la protección jurisdiccional. Así, a partir de diversas denominaciones, ha reconocido legitimación activa para incoar estos procesos a los interesados, agraviados o afectados, estableciendo una conexión con los intereses, como categoría conceptual básica.” Ibid.

cultura jurídica chilena una conciencia de la imposibilidad de tutela judicial de los derechos frente a la actuación administrativa, lo que evidentemente lesionaba seriamente el Estado de Derecho. En este estado de cosas, el proyecto de reforma legislativa planteado, que posteriormente se recogería en las normas constitucionales, viene a constituirse en un mecanismo procesal de tutela de derechos, particularmente –aunque no exclusivamente– frente al poder de la Administración del Estado. Así, el denominado “Recurso de Protección” es –al menos en su origen– un sucedáneo del contencioso administrativo ordinario, pero que goza además de los privilegios de un proceso constitucional de tutela urgente de derechos fundamentales. Ambas características conserva en general bajo la actual Constitución de 1980, lo que parece que influye en la aplicación que se hace de éste en este ámbito.”⁴⁶⁵

Esta carencia en el control judicial de la Administración, queda reflejada prístinamente en la historia del contencioso – chileno, que comienza con la dictación de la Constitución de 1833, pues antes de su vigencia existió unidad de jurisdicción siendo el total de las causas contra la administración conocidas por los tribunales ordinarios de justicia. En efecto, en dicha carta fundamental se introdujo en su artículo 104 N° 7, una norma que entregaba competencia al Consejo de Estado, para resolver las disputas que se suscitaren sobre los contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo y sus agentes, con lo cual el contencioso contractual quedaba entregado al conocimiento de ese órgano. En el año 1874, se elimina dicho precepto constitucional y volvemos a la unidad de jurisdicción hasta la dictación de la Constitución de 1925, que en su artículo 87, estableció una norma programática que disponía la creación de los tribunales de lo contencioso - administrativo, los cuales nunca se crearon bajo su vigencia.

⁴⁶⁵ FERRADA BÓRQUEZ, J. C., BORDALÍ SALAMANCA, A. y CAZOR ALISTE, K. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo, pp. 71-72, en Revista de Derecho, vol. XIV, <http://www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2014/10/El-recurso-de-proteccio%C3%ACn-como-mecanismo-de-control-jurisdiccional-ordinario-de-los-actos-administrativos-una-respuesta-inapropiada-a-un-problema-juri%C3%ACdico-complejo.pdf>

Con el advenimiento de la Constitución de 1980, nuevamente retorna el problema para los tribunales ordinarios de dilucidar si son competentes o no para el conocimiento de las causas contencioso administrativas, ya que en su artículo 38 ese texto constitucional, entregaba el conocimiento de los asuntos contencioso administrativos nuevamente a tribunales de lo contencioso administrativo, los cuales tampoco nunca se crearon. El 17 de agosto de 1989, mediante una reforma constitucional se reemplaza la expresión “tribunales contencioso- administrativos” por “tribunales que señale la ley”, con lo cual se entrega por primera vez un fundamento normativo expreso, más allá del principio de inexcusabilidad, para que los jueces ordinarios conozcan del contencioso, no pudiendo argumentar ya la falta de tribunales o la ausencia de ley regulatoria especial que les entregue dicha competencia.

Al respecto el Tribunal constitucional Chileno, ha sostenido que “Derecho de reclamar a la justicia contra los actos de la Administración está garantizado en el art. 38, inc. 2º, CPR. Tratándose de reclamar judicialmente de los actos de la Administración, y en forma concordante con el derecho de acceso a la justicia que asegura el N° 3 del art. 19, la CPR establece expresamente, en su art. 38, inc. 2º, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley. (STC 946, c. 34).”⁴⁶⁶

Lo dicho respecto de la Administración Civil, también se extiende a la militar, pues específicamente respecto de los temas generales o en el ámbito disciplinario, no existen actualmente tribunales de lo contencioso administrativo militar, ni ley procesal aplicable.

⁴⁶⁶ CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, NÚMERO 59, AÑO 2015, p. 126, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>

2.2. Los Medios de protección.

La ausencia de los tribunales especiales de lo contencioso administrativo, nos lleva a estudiar la forma en que los ciudadanos combaten las decisiones de la administración. Aquí nacen las vías, tanto administrativa como judiciales, que denominamos medios remediales, que han operado para suplir esta falencia.

En cuanto a la forma de actuar de nuestros jueces ordinarios, de primera instancia no especializados, inicialmente no conocen y resuelven el contencioso objetivo (Nulidad), aunque desde 1989 con la reforma constitucional del artículo 38, se consolida la tesis de su plena competencia. Respecto del contencioso reparatorio, es necesario hacer presente, que con mayor o menor amplitud según los tiempos, han aceptado la competencia, fundando sus sentencias inicialmente en normas derecho privado y con posterioridad en fundamentos de derecho público.

En efecto, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, generalmente se declararon incompetentes, argumentando que no habían sido creados los tribunales de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, siguieron con la misma tesis hasta la reforma de 1989, época en la cual comienzan tímidamente a acoger demandas de nulidad de actos administrativos.

A fin de hacer frente al panorama descrito, primeramente las personas encontraron refugio en algunos institutos remediales tales como, los reclamos o presentaciones efectuadas ante la Contraloría General de la República.

Un ejemplo de ello, lo encontramos precisamente en materia disciplinaria, en que la Contraloría General reafirmó expresamente esta competencia respecto de la Administración militar. Este órgano de control administrativo externo, se ha referido expresamente en cuanto a la ausencia de competencia que le corresponde en cuanto a la determinación de responsabilidad disciplinaria de los miembros de las Fuerzas Armadas. Al respecto ha señalado que “una reiterada y coincidente jurisprudencia administrativa, en que ha reconocido que ese Organismo Contralor, **carece de competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad disciplinaria de los miembros de las Fuerzas Armadas**, de modo que la investigación y sanción por eventuales faltas a la disciplina, recae exclusivamente en las diversas autoridades, enunciadas en los textos reglamentarios citados”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Dictamen N° 62.493 del año 2006. El control sólo se extiende, en armonía con el dictamen N° 39.617, de 2008 y 34.555 de 2009, a que esa Entidad, fiscalice que las normas que regulan los procedimientos disciplinarios contienen todos los elementos necesarios para configurar un debido proceso y garantizar una adecuada defensa de los inculcados, toda vez que ellas establecen, entre otros aspectos, las autoridades llamadas a conocerlos; los plazos dentro de los cuales deben realizarse las actuaciones; las formalidades de las notificaciones que deben efectuarse a los servidores; la formulación de cargos y su debido emplazamiento; la amplia admisibilidad de medios de prueba; la práctica de diligencias probatorias solicitadas por los afectados, si lo estiman pertinente y los medios de defensa de que aquéllos pueden hacer uso, tales como la presentación de descargos y la interposición de los recursos que procedan en contra de la sanción dispuesta a aplicar en su contra. Por su parte, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de protección interpuesto en contra de la Contraloría General de la República ha señalado respecto de la competencia de esta entidad que “el examen de legalidad y constitucionalidad que corresponde realizar a la Contraloría General en conformidad con lo que prescriben los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, no habilita al Contralor para ponderar la entidad de la sanción disciplinaria aplicada, pues su examen de la materia debe versar sobre la existencia o inexistencia de vicios del procedimiento o de una violación de ley que influya sustancialmente en la decisión adoptada como lo exige el artículo 142 de la ley N°18.883 (Considerando 6º)” .“Mardones Valencia, René, Alcalde de I. Municipalidad de San Esteban con Contraloría Regional de Valparaíso” (recurso de protección). Fallos del Mes N° 539, p. 3044.

No obstante, como la jurisprudencia administrativa contralora en muchos casos no daba satisfacción a los reclamos, declarándose incompetente, la única vía que quedaba era la judicial, en los términos ya descritos

Posteriormente, con el advenimiento del Recurso de Protección⁴⁶⁸, se pudo dejar sin efecto resoluciones administrativas, declarando su nulidad. Puedo decir, sin temor a equivocarme, que esa acción constitucional se ha convertido en nuestro “contencioso administrativo de general aplicación”, aunque no es conocido por jueces especiales sino por las Cortes de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema en segunda, en los hechos ha operado con bastante regularidad como un contencioso administrativo objetivo, dejando sin efecto (declarando la nulidad) decisiones administrativas.

En este mismo sentido, FERRADA señala que “Por otro lado, junto a estos procesos administrativos especiales, existen, como ya se señaló, dos procesos administrativos generales: el recurso de protección y la acción de nulidad de Derecho público. El primero de éstos, el recurso de protección –que en el Derecho comparado se denomina regularmente “amparo” o “amparo de derechos fundamentales”–, como se sabe, es un proceso urgente de tutela de derechos

⁴⁶⁸ Es la acción de amparo de derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional chileno. Se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Constitución que dispone textualmente: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”.

fundamentales, que tiene por objeto cautelar a todas las personas –privadas y públicas, naturales y jurídicas– en el pleno disfrute de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y que ella misma declara amparables por este mecanismo procesal (artículo 19 y 20 CPol.). Este proceso que, como se sabe, fue creado por el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y recogido posteriormente en la Constitución de 1980, se ventila directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva, sin que sea necesario, como ya se indicó, agotar instancia administrativa o judicial previa.”⁴⁶⁹

Por otra parte, también aparece como contencioso administrativo general, aunque conocido hoy por los tribunales ordinarios de justicia, la acción constitucional de nulidad, que en términos reales es el contencioso objetivo.

Respecto de esta acción FERRADA expone “Por su parte, la denominada “acción de nulidad de Derecho público”, es el otro proceso administrativo general dispuesto en el ordenamiento jurídico chileno para el control de la actividad administrativa. Este es un proceso ordinario, con fundamento directo en la propia Constitución (artículo 6 y 7) –aunque originalmente en el artículo 4 de la Constitución de 1925, con su antecedente en el artículo 160 de la Constitución de 1833–, que no tiene desarrollo legislativo y cuya construcción ha sido fruto de la construcción doctrinal y jurisprudencial. En efecto, la nulidad de Derecho público ha sido formulada como una sanción de ineficacia dispuesta en la Constitución para los actos de los órganos del Estado que contravienen el ordenamiento jurídico chileno, y cuya tramitación se sujeta a las reglas del juicio ordinario civil, procedimiento de lato conocimiento”.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho Chileno, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre), p. 267. También en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a07.pdf>

⁴⁷⁰ Ibid, p. 270.

Lo ya expuesto, no solamente es válido para el control judicial de los actos de la administración Civil del Estado sino también de la Militar, que se encuentra en idéntica situación.

2.3. La evolución de la Tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales del empleado público, la jurisdicción laboral.

Atendido a que hoy el funcionario de la administración del Estado no se percibe diferente a otro trabajador, ha tomado conciencia plena de su dignidad y derechos fundamentales, que como persona humana le son inherentes, exigiendo su pleno respeto, protección y garantía, por parte de sus superiores jerárquicos y funcionarios, en la administración del Estado.

Esta nueva forma de entender la relación funcionaria civil, acompañada de las modificaciones legislativas que proscriben las conductas discriminatorias y de acoso al interior de la administración del Estado, al incorporar en los respectivos estatutos administrativos dichas prohibiciones de actuación, están generando un cambio profundo en las vías de reclamación judicial para exigir su garantía y real vigencia.

En efecto, la vigencia de la ley N° 20.609, que “Establece medidas contra la discriminación”, que en su artículo 15 modifica la ley N° 18.834, sobre “Estatuto administrativo” incorporando la prohibición de realizar cualquier acto atentatorio contra la dignidad de los demás funcionarios, considerando una acción de este tipo el acoso sexual, entendido en los términos del artículo 2° inciso segundo, del

Código del Trabajo⁴⁷¹ y la discriminación arbitraria, según lo define el artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.⁴⁷²

De esta misma forma, la ley N° 20.607 de 2012, complementa la anterior normativa al sancionar las prácticas de acoso laboral, modificando de la misma forma la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, al incorporar una nueva letra “m)” al artículo 84, estableciendo la prohibición de realizar todo acto calificado como acoso laboral, en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo.⁴⁷³

Estas normas integradas al sistema general contenidos en el ordenamiento jurídico general, en especial el constitucional, nos permite acceder a un derecho

⁴⁷¹ “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”.

⁴⁷² “Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”.

⁴⁷³ “Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”.

adjetivo laboral protector y garantizador de la dignidad de los funcionarios de la administración del Estado.

Cabe señalar la paradoja de los tiempos, en que el derecho laboral hoy provee de normas de protección a los funcionarios siendo un modelo a seguir, no obstante que históricamente las conquistas laborales tomaron como un paradigma a seguir los derechos funcionariales, como aspiración para mejoras laborales en los inicios del derecho del trabajo.

El corolario de esta paradoja, se encuentra actualmente en el reconocimiento jurisprudencial de la jurisdicción laboral como el tribunal natural, para el juzgamiento y tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios.

Lo anterior, también ha sido plenamente reconocido por la Contraloría General de la República, que dictaminó con fecha 20 de enero de 2015, que no le corresponde pronunciarse respecto de materias que se encuentran sometidas al conocimiento de los tribunales de justicia, de conformidad a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 10.336.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴Dictamen N° 5.260 de 20.1.2015. “La Dirección del Trabajo consulta si corresponde que las Inspecciones del Trabajo deriven a esta Contraloría General las denuncias por vulneración de derechos fundamentales interpuestas por los funcionarios públicos, toda vez que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha declarado que los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes para conocer, mediante el procedimiento de tutela laboral, las acusaciones efectuadas por tales servidores.

Como cuestión previa, cabe señalar que el fallo al que se alude en la presentación es el dictado por ese alto tribunal con fecha 30 de abril de 2014 en causa rol N° 10.972, de 2013, el que, acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia y dictando la respectiva sentencia de reemplazo conforme a lo dispuesto en el artículo 483-C del Código del Trabajo, resolvió, en síntesis, que los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes para conocer las acciones de tutela laboral ejercidas por un funcionario público que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales.”

“... Expuesto lo anterior, debe advertirse que a esta Entidad de Control no le corresponde pronunciarse acerca de los fundamentos y del sentido y alcance del fallo de que se trata, que extendió el procedimiento de tutela laboral para los funcionarios de la Administración del Estado, atendido lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

No obstante, es preciso hacer presente que según lo prescrito en el inciso primero del artículo 98 de la Constitución Política de la República, a este Órgano de Fiscalización le atañe ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

En tal sentido, la referida ley N° 10.336, prescribe en su artículo 1° que ésta debe vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo, añadiendo su artículo 6° que corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre las materias que indica y, en lo que interesa, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el anotado estatuto, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Del análisis de la normativa antes reseñada es posible colegir que este Organismo de Control posee competencia para conocer y resolver de aquellos requerimientos de los servidores públicos por vulneración de lo que el Código del Trabajo considera sus derechos fundamentales, sin perjuicio de la facultad del afectado de dirigirse a los Tribunales de Justicia, ya sea en un procedimiento de tutela laboral o cualquier otro.

En este contexto, debe tenerse en consideración que, como se adelantó, en todo caso esta Contraloría General se debe abstener de intervenir o informar en asuntos de carácter litigioso, condición que reúnen aquellos que se encuentran sometidos a los Tribunales de Justicia.

Del mismo, modo, conviene anotar que el inciso primero del artículo 54 de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, previene que interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Añade su inciso final que si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, dicho órgano contralor sostiene que “del análisis de la normativa antes reseñada es posible colegir que este Organismo de Control, posee competencia para conocer y resolver de aquellos requerimientos de los servidores públicos por vulneración de lo que el Código del Trabajo considera sus derechos fundamentales, sin perjuicio de la facultad del afectado de dirigirse a los Tribunales de Justicia, ya sea en un procedimiento de tutela laboral o cualquier otro.”⁴⁷⁵

La Contraloría compatibiliza de esta forma su competencia con los tribunales, restringiéndola al conocimiento de estas materias, siempre que no sean sometidas a los tribunales de justicia. Señala el órgano fiscalizador que “del mismo, modo, conviene anotar que el inciso primero del artículo 54 de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, previene que interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.”⁴⁷⁶

Como ya se ha expuesto, si bien las acciones generales, en especial a través del recurso de protección, han permitido en materia de discriminación

En consecuencia, no se advierte inconveniente en que las Inspecciones del Trabajo deriven a esta Contraloría General o a las Contralorías Regionales, las denuncias acerca de eventuales infracciones por parte de los organismos de la Administración del Estado de los derechos fundamentales de sus servidores en el ejercicio de sus empleos.”. Puede consultarse su texto en <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=7DF0A451B2DCED2784257DD50078AE57>

⁴⁷⁵ Dictamen 5.260/2015, cit.

⁴⁷⁶ Ibid.

arbitraria proteger derechos funcionarios, la ausencia de una acción contencioso administrativa general de tutela, no permitía resolver ni examinar el fondo de la totalidad de los casos.

A contar del 30 de abril de 2014, la Corte Suprema acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia, respecto de una acción de tutela laboral, en causa rol N° 10.972-2013, resolvió en el considerando 16 de su sentencia, que un Juzgado de Letras del Trabajo, es competente para conocer las cuestiones suscitadas entre trabajadores y empleadores, por desconocimiento o lesión de aquellos derechos consagrados en el artículo 19 de la carta fundamental, no existiendo razón jurídica para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo este un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.⁴⁷⁷

Asimismo, indica dicha sentencia: “es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador y a reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que esta se vea afectada. Ello confirma que la administración del Estado no es ajena a la compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible en los hechos, el ejercicio de tales derechos.”.

⁴⁷⁷ Bussenius Cornejo con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (2014): Corte Suprema, 30 de abril de 2014 (Acción de tutela laboral), consultada en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>

De esta forma, la ley 20.085, que estableció en los art. 485 y siguientes del Código del Trabajo, un nuevo procedimiento denominado de "Tutela Laboral", en el que se reconocen o amparan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del trabajador(a), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, el respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y su familia, el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, el derecho a la libertad de conciencia, a la manifestación de todas las creencias y al ejercicio libre de todos los cultos, la libertad de expresión, opinión e información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección. Además, la garantía de que ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo las excepciones que la propia Constitución dispone, el derecho a no ser sujeto de los actos discriminatorios señalados en el artículo 20 del Código del Trabajo y la libertad sindical y el derecho a negociar colectivamente sin obstáculos indebidos, extiende su aplicación a las relaciones estatutarias de funcionarios de la administración del Estado.

La Corte Suprema al reconocer el posicionamiento de los derechos fundamentales, como ejes vertebradores de unas relaciones laborales en el ámbito de la organización administrativa, estima que su vigencia requiere como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Otros casos han seguido la misma línea jurisprudencial, a saber: Poblete Salazar con Ministerio Público (2014): (acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales) en <http://www.pjud.cl/documents/396543/0/NULIDAD+TUTELA+LABROAL+MIN+PUBLICO+SUPREM+A.pdf/1bff485d-b561-4350-a526-e2fa6ccb9aaa>, Silva Díaz con Servicio de Vivienda y Urbanismo (2014): (Recurso de Protección), en <http://diarioconstitucional.cl/noticias/accion-de-proteccion/2014/09/02/cs-confirmo-sentencia-y-acoge-proteccion-por-termino-anticipado-de-contrata-de-funcionario-publico/>

En el presente año 2015, en un nuevo hito en la evolución de esta tutela judicial efectiva de la función pública en sede laboral, la Corte Suprema acogió otro recurso de unificación de jurisprudencia, declarando la existencia de vínculo laboral, entre una persona natural bajo contrato de honorarios y una Municipalidad.⁴⁷⁹ Con este fallo, se termina con una práctica jurisprudencial administrativa, en la cual se permitía la existencia de servidores públicos a honorarios con jornada de trabajo, vínculo de subordinación y dependencia, sin reconocimiento de su condición laboral.⁴⁸⁰

Actualmente, se encuentra en tramitación un proyecto de ley la materia, según da cuenta el Boletín N° 9.476-13, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Allende y señores De Urresti, Harboe, Lagos y Letelier, que hace aplicable a los funcionarios públicos y municipales el procedimiento de tutela laboral contemplado en el Código del Trabajo para la protección de garantías

⁴⁷⁹ Corte Suprema Rol N°11584-2014.

⁴⁸⁰ “Y es que la acertada interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, en relación, en este caso, con el artículo 4° de la Ley N° 18.883, concluye se ese modo la sentencia, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, en la especie una Municipalidad, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo. En otros términos, se uniforma la jurisprudencia, en el sentido que corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece –para el caso- el artículo 4° de la Ley N° 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente. ”<http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2015/04/06/cs-acoge-unificacion-de-jurisprudencia-y-determina-existencia-de-vinculo-laboral-con-municipio/>

fundamentales.⁴⁸¹ Este proyecto de ley, permitirá dar un reconocimiento legal a la competencia declarada por la Corte Suprema, en su sentencia de unificación de jurisprudencia.

2.4. Paradojas de la evolución tuitiva judicial.

Al inicio, se expuso la necesidad de destacar la protección jurídica de la dignidad de los funcionarios de la administración del Estado, esta protección sustantiva ha quedado de manifiesto con las normas legales que describen un nuevo sistema normativo protector de la dignidad de las personas sujetos de una relación funcionaria y de sus derechos fundamentales frente a conductas discriminatorias y de acoso laboral o sexual.

Inicialmente, observamos que la sustantividad, no es suficiente protección sino está aparejada a una tutela administrativa efectiva y cuando ella tampoco realiza eficazmente la protección de los derechos y dignidad de estos servidores públicos, se requiere en forma imperativa de una tutela judicial efectiva.

⁴⁸¹ El texto es el siguiente:

“PROYECTO DE LEY

Artículo Único: Agréguese un nuevo inciso tercero en el art 89, del D.F.L. 29, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo; y agréguese un nuevo inciso tercero en el art. 87, en la ley 18.833, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, en los siguientes términos:

a) Ley 18.834, Art. 89°, Inciso tercero: En lo referido a la protección de garantías fundamentales, se hace extensible a las personas regidas por este Estatuto, el procedimiento de tutela laboral, establecido en el art 485 y siguientes, correspondiente al Libro V, del Párrafo 6°, del Código del Trabajo.

b) Ley 18.833, Art. 87, inciso Tercero: En lo referido a la protección de garantías fundamentales, se hace extensible a las personas regidas por este Estatuto, el procedimiento de tutela laboral, establecido en el art 485 y siguientes, correspondiente al Libro V, del Párrafo 6°, del Código del Trabajo.”. Consultado en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

Resulta paradójico, la evolución de nuestro derecho, en cuanto al establecimiento de un criterio unificador de protección o tutela, con sustantividad normativa diferente, ya que en un caso rige el Código del Trabajo y en el otro el Estatuto Administrativo. No obstante, la brecha existente entre ambos ha sido superada en sede legislativa y judicial, al aplicar conceptos e instituciones laborales en la protección de funcionarios públicos, en materias referidas a la interdicción de la arbitrariedad y discriminación arbitraria, así como en las situaciones de acoso laboral o sexual. De esta forma el Derecho laboral y administrativo han concretizado el cierre de la plenitud hermética del orden jurídico, salvando cualquier posible ausencia o laguna adjetiva o sustantiva en esta materia tutelar.

Sin advertirlo, nuestra Corte Suprema al acoger la competencia de los tribunales del trabajo, para tutela de derechos fundamentales de funcionarios de derechos fundamentales que le han sido vulnerados, ha permitido la vigencia y protección real y efectiva de esa dignidad y derechos.

De la misma forma, que otrora se admitiera bajo el principio de inexcusabilidad las acciones de nulidad de actos administrativos y de responsabilidad extracontractual del Estado, hoy son estos tribunales laborales que establece la ley, tal como lo señala el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, los competentes para conocer de la lesión de derechos fundamentales por la administración del Estado.

Por ello, definida la jurisdicción laboral como la competente en el caso de la lesión o vulneración de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, queda necesariamente establecido el procedimiento de tutela, como el contencioso administrativo especial de la función pública. No obstante, siempre quedará la necesidad de una jurisdicción especializada contencioso administrativa propiamente tal, ya que la falta de especialidad y desconocimiento de las normas

administrativas, podría generar decisiones que no se condigan con el régimen estatutario y sujecional de los servidores públicos, que se encuentra establecido en razón de su función pública estatal, que se quiera o no les entrega particularidades y limitaciones que el mismo texto constitucional autoriza.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CONCLUSIONES.

De la investigación efectuada, se han extraído las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El concepto clásico de relación de especial sujeción, caracterizado por la relación personal entre el sujeto adscrito a un status y el detentador personal del poder (Monarca o Príncipe), ha perdido su contenido y vigencia producto del advenimiento constitucional. En ese contexto, se ha restringido a esa institución, las amplias potestades administrativas de autoorganización, que permitían la limitación de los derechos fundamentales de los integrantes del colectivo en forma autojustificativa.

SEGUNDA: El trabajo doctrinal en la materia no ha sido suficiente para efectuar una aproximación a un concepto unívoco de relación de especial sujeción, impidiendo con ello fijar su contenido y extensión. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, ha suplido esa ausencia, entregando en sus sentencias una aproximación a sus principales características.

Este interesante avance en perfilar el concepto, también ha traído consecuencias no tan afortunadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al extender el ámbito de aplicación subjetivo, a otros supuestos no comprendidos primigeniamente en la relación de especial sujeción clásica.

Frente a ese crecimiento desmedido, el Tribunal Constitucional se ha constituido en revisor de la extensión de la categoría jurídica, creando doctrinariamente un concepto restringido constitucionalmente de relación de especial sujeción.

Esta creación doctrinal del Tribunal Constitucional ha dejado claramente fijados los límites justificativos de las limitaciones a derechos fundamentales.

TERCERA: La aproximación actual al concepto de relación de especial sujeción, está determinada por entender que son aquellas relaciones jurídico administrativas o de poder, en que se encuentra una persona natural o jurídica privada para con la administración, en las cuales prevalece el interés público sobre el privado, en aras de la realización de una función de interés general constitucionalmente reconocida. Lo anterior trae como consecuencia, en presencia de una justificación constitucional expresa, la limitación a derechos fundamentales de una persona, más allá de lo que se autorizaría para un ciudadano común, pero sólo en la medida que sea necesario para conseguir ese fin general de la comunidad (bien común), respetando la esencia del derecho limitado.

CUARTA: La misma evolución se aprecia en el ámbito militar. Una vez superado el concepto clásico de relación de especial sujeción, la Administración Militar se reviste de los principios y valores del constitucionalismo, sin perder aquellos de carácter particular que son fundamentales para el cumplimiento de su función, como lo es por ejemplo la disciplina.

El Ordenamiento Jurídico castrense, junto con reconocerle al soldado los derechos y garantías inherentes a toda persona, configura su relación de sujeción militar mediante el establecimiento de limitaciones específicas y funcionalizadas, revestidas de habilitación constitucional expresa.

QUINTA: Además del proceso legislativo de reforma de la normativa militar para adaptarla al texto constitucional, el Tribunal Constitucional emprende una revisión jurisprudencial del concepto de relación de especial sujeción militar y de la justificación de las limitaciones a derechos fundamentales que ellas contemplan, dejando en sus sentencias claramente fijada la doctrina de la prevalencia de los

derechos del militar en todos aquellos casos en que no les esté vedado su ejercicio.

SEXTA: Se reconoce la importancia de los caracteres descriptivos del status militar, sin embargo, el Tribunal Constitucional al privar a este tipo de relaciones de su carácter autojustificativo, en materia de limitaciones a derechos fundamentales, reconduce el mecanismo de revisión de esas restricciones a una ponderación de principios, al igual que cualquier otra limitación constitucional. De esa forma, la regla resultante de la ponderación de los principios en colisión (institucionales y fundamentales) deberá recurrir en su excurso argumental justificativo a la exposición de las razones por las cuales prevalece constitucionalmente esa potestad restrictiva, sin que pueda recurrir al falaz argumento de encontrarse en una relación de especial sujeción que en la etapa preconstitucional todo lo justificaba.

SEPTIMA: La relación de especial sujeción militar continúa su evolución, bajo el marco constitucional, hacia una relación de carácter más amplio determinada por el binomio ciudadano -soldado.

En ese sentido, se deberán estudiar las consecuencias que los procesos de globalización e internacionalización tendrán para la aplicación futura del concepto, en especial debido a las nuevas funciones de las Fuerzas Armadas.

OCTAVA: La administración militar como integrante de la administración del Estado, se permeabiliza con los principios propios de la administración civil general para sus funcionarios, en especial en aquellas materias generales que no guardan relación con las funciones y especiales características de las Fuerzas Armadas. De esta forma el Estatuto Básico del Empleado Público tiene aplicación supletoria, generando un acercamiento a un tratamiento común de las instituciones. Lo anterior, se presenta con mayor fuerza en el sistema jurídico

chileno, en el cual no existe la gran cantidad de legislación especial como en el modelo español.

NOVENA: Los derechos fundamentales del militar nacen de la dignidad humana y como tales deben entenderse que la desarrollan y garantizan. La dignidad de la persona es el núcleo esencial que dispone la interpretación normativa de todo el orden jurídico, por ello sólo permite la limitación justificada de derechos fundamentales en razón de la función de las fuerzas Armadas, reconociendo tales restricciones constitucionalmente o en una ley orgánica de derechos y deberes como en el caso español, o en la constitución y en leyes de diversas materias como en el caso chileno.

DÉCIMA: El desarrollo de las limitaciones a los derechos fundamentales del militar ha seguido diferentes vías en los ordenamientos jurídicos español y chileno. En el primero de ellos la dictación de la Ley 9/2011, de derechos y deberes, así como la Ley 8/2014, de Régimen disciplinario culminan un proceso de reforma legislativa que ha reformulado completamente el mapa normativo militar español. En el caso chileno, más inicialmente la dictación del Reglamento de Asistencia Religiosa para las Fuerzas Armadas y la Ley de tropa profesional, son los primeros pasos en un largo proceso aún pendiente.

DÉCIMO PRIMERA: El estudio particularizado de los derechos fundamentales del militar y su comparativa en los ordenamientos jurídicos español y chileno, ha permitido determinar en tres grandes categorías comunes a ambos sistemas. La primera categoría o grupo de derechos son aquellos que se ejercen al igual que el resto de las personas o funcionarios públicos, es decir están sometidos a una relación de sujeción general y no especial, no obstante que tengan algunas modulaciones o particularidades para su ejercicio en el ámbito militar, como ocurre con el sufragio, libertad de libertad personal, reunión y manifestación.

Un segundo grupo, lo integran los derechos que tienen una regulación y limitación expresa para el ámbito militar, justificando normativamente la existencia de una relación de especial sujeción intensa, que se encuentra perfectamente fundada en la función militar y en las especiales características y principios informadores de los cuerpos armados, es decir, aquellos en que la jerarquía y disciplina son paradigmas insalvables, estableciendo limitaciones y restricciones a su ejercicio. En esta categoría de derechos, podemos mencionar el de petición, libertad de expresión y a la asistencia religiosa.

Finalmente, el tercer grupo lo representan aquellos derechos en que la relación de especial sujeción se presenta en su máxima expresión, prohibiendo su ejercicio como ocurre con el de sindicación y pertenencia a partidos políticos, que son un claro reflejo de la neutralidad política y sindical de las Fuerzas Armadas. En el caso chileno, debe agregarse el derecho de asociación que se encuentra también prohibido, a diferencia del caso español se encuentra permitido y regulado expresamente por la Ley 9/2011. De estos derechos, se trata particularizadamente el de asociación, atendida regulación en el orden jurídico español y la expresa prohibición chilena para el militar.

DÉCIMO SEGUNDA: Del análisis comparativo de los sistemas normativos español y chileno, se puede evidenciar el importante avance legislativo español en la regulación de los derechos fundamentales del militar. Manteniendo un grupo normativo reconocible en cuanto a las limitaciones del ejercicio de los mismos y su plena vigencia respecto del personal militar. Difiere del sistema normativo chileno, en que no existe un tratamiento legal particularizado y su establecimiento legal es particular y no dice relación con una legislación especial en la materia como ocurre en España. Ejemplo de ello, es la regulación por vía reglamentaria del derecho a la asistencia religiosa en el caso chileno.

DÉCIMO TERCERA: Actualmente a diferencia del caso español, el derecho chileno está reconociendo la existencia de límites a las potestades organizativas de la administración, por vía jurisprudencial ya sea en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional o por los tribunales ordinarios de justicia. Trabajo que también ha desempeñado, por su función dictaminante, la Contraloría General de la República. Esa labor ha permitido establecer criterios para determinar la justificación o no, de las limitaciones a los derechos fundamentales del militar en Chile. Desde esa perspectiva, nos encontramos en el caso chileno, en un momento histórico jurídico similar al modelo español anterior al año 2009, fecha en que se dicta la ley de derechos y deberes del militar. Tal como se indica, en la primera parte de la tesis, en esa etapa previa correspondió al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo realizar la labor delimitante y de ponderación de los derechos y potestades públicas en el ámbito militar, hasta que el legislador dictó la normativa correspondiente.

DÉCIMO CUARTA: Claramente del estudio comparativo evidenciamos dos momentos diferentes en los ordenamientos jurídicos militares español y chileno. No obstante ello, la evolución del tratamiento y criterios de solución adoptados son muy similares. Un ejemplo es el tratamiento del derecho de petición y de otros derechos en que su ejercicio no presenta o revela una relación de especial sujeción, sino por el contrario obedecen a un tratamiento en que están bajo el mismo sistema de sujeción general de todo ciudadano, no obstante tener modulaciones en su ejercicio por la naturaleza de la función militar. Advirtiéndose, que no existen diferencias sustanciales en su tratamiento en ambos derechos, no obstante que en uno de ellos está legalmente regulado recientemente y en el otro existe una normativa de los años cincuenta.

DÉCIMO QUINTA: El estudio particularizado de los derechos de acuerdo a las diferentes categorías expuestas, ha permitido concluir que no existe ninguna posibilidad de establecer un carácter autojustificativo a las relaciones de especial sujeción, por el contrario en el actual orden jurídico la forma de identificarlas se

encuentra precisamente en su consagración normativa expresa como límites o restricciones a derechos fundamentales del militar. Hoy no se concibe la existencia de una prerrogativa pública que restrinja o limite estos derechos sin su correlato legal que lo avale.

DÉCIMO SEXTA: La función militar y los principios que informan la administración castrense, han sido plenamente reconocidos por el legislador y los tribunales constitucionales y ordinarios de justicia, como suficientes para justificar en los casos que la constitución y la ley lo autorizan, el establecimiento de limitaciones o restricciones al personal militar incluso más intensas que otros empleados públicos. Ello no significa que queden exentas de control las medidas que se adopten, pues siempre tendrán la garantía de la tutela judicial efectiva.

DÉCIMO SÉPTIMA: La tutela judicial efectiva como garantía de los derechos fundamentales del militar, permite la existencia del control judicial de las actuaciones y decisiones administrativas. En el caso español a través de la jurisdicción militar y ordinaria, según se trate de cuestiones disciplinarias o de carácter general, a diferencia del caso chileno en que no existe una jurisdicción especializada y el conocimiento de las cuestiones contencioso administrativas militares está entregada a la justicia civil común y ordinaria.

DÉCIMO OCTAVA: El enfoque adoptado, ha permitido un análisis más equilibrado entre la prevalencia del derecho y el ejercicio de la potestad pública. En efecto, la óptica del análisis tiene presente la existencia de las Fuerzas Armadas, su valor y necesidad de preservación como institución fundamental del Estado, al servicio de las personas que lo integran. El militar es parte de la sociedad de la cual proviene, integrando voluntariamente los cuerpos armados, realizando con su vocación de servicio a la patria y valores fundamentales, una tarea que no puede ser sustituida por otro órgano de la administración. En el actual siglo XXI, aún las misiones tradicionales de defensa nacional están vigentes e incluso se han agregado muchas otras, ya sea en el orden internacional como

las misiones de paz o en el orden interno como las emergencias o catástrofes. Por ello, el estatuto de los derechos fundamentales del militar, cobra cada día mayor importancia, para reconocer la dignidad del militar, junto preservar los valores y principios que inspiran la función militar. El *ethos* militar, no es algo lejano y antiguo, sino la inspiración para el ejercicio de las tareas y misiones que les encomienda el orden jurídico constitucional. Por ello, el sistema español al normar los derechos fundamentales, ha adoptado particularidades que son propias de la evolución jurisprudencial y de la propia sociedad, no avanzando más que otros ordenamientos, sino estableciendo su propio nivel. Esto debe ocurrir también en Chile, tenemos la experiencia de la práctica jurídica chilena, la doctrina y los modelos comparados, pero el día que se legisle en esta materia, deberá considerarse una perfecta simbiosis entre lo antiguo y lo nuevo, las tradiciones, nuestra historia y la evolución de los sistemas normativos, en la era de la información y globalización. Un desafío, sólo para quienes pueden mirar el presente y futuro, con una convicción profunda en los valores y principios morales, que deben regir los destinos de nuestro país y de sus Fuerzas Armadas.

ANEXOS

REGIMEN JURIDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS⁴⁸²

I. LEGISLACIÓN BÁSICA

1. Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.
2. Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.
3. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

II. ORGANIZACIÓN GENERAL

4. Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.
5. Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa.
6. Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas.
7. Orden DEF/1887/2015, de 16 de septiembre, por la que se desarrolla la organización básica del Estado Mayor de la Defensa.
8. Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa.
9. Real Decreto 913/2002, de 6 de septiembre, sobre representación institucional de las Fuerzas Armadas.

⁴⁸² Fuente: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/>

III. ESTRUCTURA DE LOS EJÉRCITOS

10. Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, por la que se desarrolla la organización básica de las Fuerzas Armadas.
11. Orden DEF/1265/2015, de 29 de junio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército de Tierra.
12. Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada.
13. Orden DEF/1629/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército del Aire.
14. Real Decreto 47/2004, de 19 de enero, por el que se establece la composición y competencias de los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

IV. PERSONAL MILITAR

15. Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
16. Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.
17. Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas.
18. Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.
19. Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas.
20. Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas.

21. Real Decreto 1111/2015, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales.
22. Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería.
23. Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional.
24. Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas.
25. Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas.

V. RETRIBUCIONES, RIESGOS LABORALES Y SEGURIDAD SOCIAL

26. Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.
27. Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa.
28. Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

VI. DISCIPLINA MILITAR

29. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

VII. HONORES Y RECOMPENSAS

30. Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares.
31. Real Decreto 1040/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento general de recompensas militares.
32. Real Decreto 899/2001, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Fernando.
33. Real Decreto 1189/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.
34. Orden DEF/3594/2003, de 10 de diciembre, por la que se aprueban las normas para la tramitación y concesión ordinaria de las Cruces del Mérito Militar, Naval y Aeronáutico, con distintivo blanco, y de las menciones honoríficas, la delegación de competencias en esta materia, y el uso de las condecoraciones representativas de las recompensas.
35. Real Decreto 682/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Cruz a la Constancia en el Servicio.

VIII. INSTALACIONES Y PROPIEDADES INMOBILIARIAS

36. Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.
37. Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.
38. Real Decreto 924/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.
39. Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas.

IX. CONTRATACIÓN MILITAR

40. Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
41. Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero.
42. Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa.
43. Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados al pago de las adquisiciones de material militar y servicios en el extranjero y Acuerdos internacionales suscritos por España en el ámbito de las competencias del Ministerio de Defensa.
44. Orden DEF/2021/2011, de 13 de julio, por la que se regula la contratación centralizada y se modifica la composición y competencias de las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, del Estado Mayor de la Defensa y de los Ejércitos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJÉRCITO DE CHILE⁴⁸³

LEY	18.948	Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.	27/02/1990
Decreto con Fuerza de Ley	1	Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas	27/10/1997
Decreto Supremo (G)	86	Ordenanza General del Ejército de Chile	22/02/2006
Constitución		Constitución Política de la República.	22/09/2005
LEY	20.537	Regula el uso e izamiento del pabellón patrio.	03/10/2011
LEY	20.424	Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.	04/02/2010
LEY	19.974	Sobre Sistema de Inteligencia del Estado y	02/10/2004

⁴⁸³ Fuente http://transparencia.ejercito.cl/MarcoNormativo/normativa_a7c_nueva.html

		Crea la Agencia Nacional de Inteligencia.	
LEY	19.465	Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas.	02/08/1996
LEY	19.067	Sobre entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República y salida de tropas nacionales del mismo.	01/07/1991
LEY	18.953	Dicta normas sobre movilización.	09/03/1990
LEY	18.928	Sobre adquisición de bienes corporales e incorporales muebles y de servicios de las Fuerzas Armadas.	13/02/1990
LEY	18.865	Crea Centros de Atención Sanitaria Militar (CAS).	13/12/1989
LEY	18.723	Otorga atribuciones al Comando de Industria Militar e Ingeniería del Ejército	12/07/1988

LEY	18.712	Aprueba nuevo Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas	04/06/1988
LEY	18.700	Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios.	06/05/1988
LEY	18.476	Hospitales de las instituciones de la Defensa Nacional.	14/12/1985
LEY	18.458	Establece Régimen Previsional del Personal de la Defensa Nacional.	11/11/1985
LEY	18.415	Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción.	14/06/1985
LEY	17.798	Sobre Control de Armas.	21/10/1972
LEY	17.502	Establece normas para obras de exclusivo carácter militar.	12/11/1971
LEY	17.174	Faculta al Presidente de	21/08/1969

			la República para enajenar predios e inmuebles fiscales.	
LEY		16.282	Fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes.	27/08/1965
LEY		16.256	Sobre Fondo Rotativo de Abastecimiento.	24/05/1965
LEY		12.927	Sobre Seguridad del Estado.	06/08/1958
LEY		12.856	Crea Consejo de Salud de las Fuerzas Armadas.	13/02/1958
Decreto con Fuerza de Ley	con	2	Establece Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del DFL N° 1, de 2005. (Ley General de Educación).	02/07/2010
Decreto con Fuerza de Ley	con	5	Norma para los Servicios de Sanidad de las Fuerzas Armadas.	17/10/1968

Decreto con Fuerza de Ley	200	Reestructura el Servicio Militar del Trabajo.	02/04/1960
Decreto con Fuerza de Ley	192	Crea Dirección General de Fomento Equino y Remonta.	03/08/1953
Decreto con Fuerza de Ley	223	Ley Orgánica de las Fábricas y Maestranzas del Ejército.	30/07/1953
Decreto con Fuerza de Ley	130	Fija dependencia de los Predios Fiscales destinados al servicio de las FAs para Campos de Ejercicios o Maniobras.	21/06/1953
Decreto con Fuerza de Ley	31	Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.	18/04/1953
Decreto Ley	2.306	Sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas.	12/09/1978
Decreto Ley	2.203	Composición y funcionamiento del Consejo de la Caja de Previsión de la Defensa	30/05/1978

		Nacional.	
Decreto Ley	1.113	Fija normas para la adquisición de bienes raíces por las Fuerzas Armadas.	11/08/1975
Decreto Ley	1.092	Dispone obligatoriedad del Seguro de Vida para el Personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros.	11/07/1975
Decreto Ley	480	Reemplaza la glosa que señala del Arancel Aduanero y exime del impuesto que indica a las mercaderías que menciona.	29/05/1974
Decreto Ley	806	Aprueba el Código de Justicia Militar.	24/12/1925
Decreto Supremo (G)	107	Crea Jefatura de Administración del Patrimonio de Afectación Fiscal.	28/01/2013
Decreto Supremo (G)	746	Aprueba Reglamento de Registros Especiales de	22/05/2012

		Proveedores del Sector Defensa.	
Decreto Supremo (G)	248	Aprueba Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Ministerio de Defensa Nacional.	27/01/2012
Decreto Supremo (G)	192	Crea la Escuela de Aviación del Ejército.	04/04/2011
Decreto Supremo (G)	193	Crea la Escuela de Equitación del Ejército	04/04/2011
Decreto Supremo (G)	60	Suprime Comando General de la Reserva.	13/01/2011
Decreto Supremo (G)	244	Crea Unidades del Ejército que indica y Modifica DS MDN N°s 46 de 25.ENE,1972 y 129 de 31.MAR.1999, en cuanto a Denominación y Dependencia Orgánica de Unidades de Ejército que Indica.	16/11/2010
Decreto Supremo (G)	145	Modifica denominación de la Dirección de	18/10/2010

			Planeamiento y Desarrollo del Ejército, que pasa a denominarse Dirección de Operaciones del Ejército.	
Decreto Supremo (G)	92		Modifica dependencia orgánica del Comando General de la Reserva del Ejército.	25/02/2010
Decreto Supremo (G)	199		Modifica denominación de la Dirección de Gestión y Desarrollo por Dirección de Desarrollo Tecnológico; y, de la Dirección de Operaciones por Dirección de Planeamiento y Desarrollo. Crea la Dirección de Proyectos e Investigaciones y la Dirección de Relaciones Internacionales.	03/12/2009
Decreto Supremo (G)	41		Cambia la denominación de Comando de Institutos y Doctrina por Comando de Educación	23/02/2009

		y Doctrina.	
Decreto Supremo (G)	11	Reglamento de Selección de Soldados Conscriptos para las Fuerzas Armadas.	23/12/2008
Decreto Supremo (G)	210	Reglamento Complementario del DL Nº 2.306 de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas.	23/12/2008
Decreto Supremo (G)	118	Establece Comandancias Generales de Guarnición de Ejército y Comandancias de Guarnición de Ejército.	22/07/2008
Decreto Supremo (G)	155	Reglamento de Asistencia Religiosa en Establecimientos de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.	26/05/2008
Decreto Supremo (G)	83	Reglamento Ley Nº 17.798 sobre Control de	13/05/2008

		Armas y Elementos Similares.	
Decreto Supremo (G)	156	Establece denominación, zona jurisdiccional y dependencia orgánica de la VI DE, I DE, II DE, III DE, IV DE y V DE.	18/07/2007
Decreto Supremo (G)	131	Crea 1ra Brigada Acorazada "Coraceros" y 2da Brigada Acorazada "Cazadores".	25/05/2007
Decreto Supremo (G)	213	Crea Brigada de Operaciones Especiales "Lautaro".	25/09/2006
Decreto Supremo (Hda)	95	Reglamento de la Ley N° 18.928, sobre adquisiciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas	22/07/2006
Decreto Supremo (G)	156	Modifica la denominación de la Dirección de Racionalización y Desarrollo del Ejército,	13/06/2006

		por Dirección de Gestión y Desarrollo del Ejército.	
Decreto Supremo (EMDN)	65	Aprueba nuevo DNL - 912 "Reglamento de Servicio de Guarnición de las Fuerzas Armadas".	24/01/2006
Decreto Supremo (G)	63	Modifica la denominación y Dependencia Orgánica del Comando de Apoyo Logístico del Ejército por División Logística.	20/01/2006
Decreto Supremo (G)	19	Reglamento de Otorgamiento y uso de condecoraciones, medallas y sus distintivos en las Fuerzas Armadas.	11/02/2005
Decreto Supremo (G)	127	Crea el Comando de Apoyo a la Fuerza.	13/12/2005
Decreto Supremo (G)	84	Crea la División Educación.	21/10/2005
Decreto Supremo (G)	67	Crea la División Escuelas.	09/06/2005

Decreto Supremo (G)	216	Modifica la denominación de la Inspectoría Contable del Ejército por Contraloría del Ejército.	28/12/2004
Decreto Supremo (G)	182	Crea el Comando de Institutos y Doctrina.	10/12/2004
Decreto Supremo (G)	183	Crea la División Doctrina.	10/12/2004
Decreto Supremo (G)	88	Crea el Comando de Operaciones Terrestres.	23/06/2003
Decreto Supremo (G)	705	Crea el Centro de Estudios e Investigaciones Militares.	06/12/2000
Decreto Supremo (SEGPRES)	99	Reglamento de Declaración de Intereses de las Autoridades y Funcionarios de la Administración del Estado.	28/06/2000
Decreto Supremo (G)	129	Crea el Comando de Salud del Ejército.	31/03/1999
Decreto	42	Reglamento	18/11/1995

Supremo (G)		Complementario a la Ley N° 18.928, sobre Adquisición y Enajenación de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas	
Decreto Supremo (G)	218	Crea la Brigada de Aviación del Ejército.	07/06/1993
Decreto Supremo (G)	75	Reglamento Complementario de la Ley N° 18.953, que dicta Normas sobre Movilización.	18/03/1991
Decreto Supremo (G)	158	Cambia denominación de Dirección General de Logística del Ejército a Dirección de Logística del Ejército.	26/01/1983
Decreto Supremo (G)	159	Crea la Dirección de Finanzas del Ejército.	26/01/1983
Decreto Supremo (G)	532	Deja sin efecto DS N° 277 de 22/11/1972, que creó el Comando de	01/07/1982

		Tropas y crease el Comando de Apoyo Logístico del Ejército.	
Decreto Supremo (G)	1.373	Cambia denominación del Comando de Fabricaciones Militares por Comando de Industrias Militares e Ingeniería.	08/09/1978
Decreto Supremo (G)	235	Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Ejército.	01/07/1974
Decreto Supremo (G)	277	Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas.	09/04/1974
Decreto Supremo (G)	277	Crea el Comando de Tropas del Ejército y modifica denominación de las Jefaturas de Ingenieros y Telecomunicaciones por Comando de Ingenieros y Comando de Telecomunicaciones. (Actual Comando de	22/11/1972

		Ingenieros del Ejército).	
Decreto Supremo (G)	587	Reglamento del Personal a Jornal y Obreros a Trato de las Fuerzas Armadas	04/11/1972
Decreto Supremo (EMDN)	803	Reglamento de Ejecución de Obras para las Fuerzas Armadas	11/02/1972
Decreto Supremo (G)	46	Crea el Comando de Apoyo Administrativo del Ejército, actual Comando de Bienestar.	25/01/1972
Decreto Supremo (G)	226	Crea el Comando de Fabricaciones Militares.	06/10/1971
Decreto Supremo (G)	204	Reglamento complementario al DFL Nº 1 (G), de 1968, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas	11/10/1969
Decreto Supremo (G)	1.445	Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas.	14/12/1951

Decreto Supremo (G)	2.757	Reglamento de Atribuciones de los Comandantes en Jefe de las Instituciones de la Defensa Nacional.	31/12/1947
Decreto Supremo (G)	1.178	Crea la Comandancia en Jefe del Ejército.	27/04/1931
Decreto Supremo (G)	1223	Reemplaza el nombre de Inspector General por el de Comandante en Jefe del Ejército.	02/05/1931
Decreto Supremo (G)	593	Crea la Dirección del Personal del Ejército.	08/04/1903
Decreto Supremo (G)	1.633	Crea la Dirección de Inteligencia del Ejército.	27/11/1901
Decreto Supremo (G)	1.632	Crea la Dirección de Operaciones del Ejército.	27/11/1901
Decreto Supremo (G)	S/N 15/09/1820	Crea el Estado Mayor General del Ejército.	15/09/1820
Reglamento	RAO - 02110	Reglamento "Orgánico y de Funcionamiento del Comando de Ingenieros	30/04/2013

		del Ejército"	
Reglamento	RAO. 02203	Orgánico y de Funcionamiento de la División Doctrina.	20/02/2012
Reglamento	RDM 20.002	Reglamento del Cuartel General de Unidades de Armas Combinadas.	16/01/2012
Reglamento	RAO. 02211	Orgánico y de Funcionamiento de la Oficina de Transparencia e Información Pública del Ejército.	11/11/2011
Reglamento	RAO. 02107	Orgánico y de funcionamiento de la Auditoria General del Ejército.	03/02/2015
Reglamento	RAO. 02101	Orgánico y de funcionamiento del Comando de Salud y Jefatura de Sanidad Militar del Ejército.	07/01/2009
Reglamento	R.O. (R). 301	Orgánico y de funcionamiento de la Comandancia en Jefe	26/08/2005

		del Ejército.	
Reglamento	RAO-02005	Orgánico y de funcionamiento de la COTRAE.	18/07/2014
Reglamento	R.O. (R) 406	Orgánico y de funcionamiento de la Brigada de Aviación del Ejército.	03/06/2003
Reglamento	RAO - 02113	Comando de Telecomunicaciones del Ejército.	21/10/2014
Reglamento	R.O. (R). 353. C2.	Comando de Telecomunicaciones del Ejército.	19/05/2003
Reglamento	R.O. (R). 353. C3.	Comando de Apoyo Administrativo del Ejército.	19/05/2003
Reglamento	R.O. (R). 353. C4.	Comando de Apoyo Logístico.	19/05/2003
Reglamento	R.O. (R) 357	Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia General Guarnición Ejército de la	19/05/2003

Región Metropolitana.

Reglamento	R.O. (R) 307	Orgánico y de funcionamiento del Centro de Estudios e Investigaciones Militares.	27/09/1999
Reglamento	R.O. (R) 358	Orgánico y de funcionamiento del Comando de Industria Militar e Ingeniería.	16/12/1986
Reglamento	RAO (R) 02003. C1.	Orgánico y de funcionamiento del Estado Mayor General del Ejército.	09/08/2013
Reglamento	R.A.(P) 101-A	Reglamento Administrativo Servicio de Guarnición del Ejército.	08/02/2001
Reglamento	R. A. (P) 102-B	Reglamento Administrativo Correspondencia y Documentación	23/12/1991
Reglamento	R.I.Sc (P) 902	Reglamento de Instrucción "Honores, Paradas y Desfiles".	02/12/2003

Cartilla	CAP-01001	Cartilla Administración de Personal: Calificaciones	12/07/2013
Orden Comando	de 6800/2285	Delegación de atribuciones y facultades en el Jefe de la OTIPE en materias de transparencia	22/12/2011
Orden Comando	de 6030/47	Delegación de atribuciones y facultades en el JEMGE en materias de Transparencia.	16/04/2009
Orden Comando	de 6800/118	Delegación de atribuciones y facultades en el Jefe de la OTIPE en materias de transparencia.	16/04/2009
Orden Comando	de 6030/46	Crea Oficina de Transparencia e Información Pública del Ejército.	06/04/2009
Orden Comando	de 6030/9516	Establece nueva denominación para la OTIPE y crea	22/09/2015

Departamento de
Transparencia y Lobby
del Ejército

Orden de RAO 03006
Comando

Reglamento
Correspondencia y 09/09/2014
Documentación



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

COMPILACIÓN NORMATIVA DEL EJÉRCITO DE CHILE (1817- 1984)

Decreto Supremo publicado en el Diario Oficial del 16-3-1817, crea la Academia Militar; Ley publicada en el Diario Oficial del 22-11-1823, Reglamento de la Academia Militar; Decreto Ley publicado en el Diario Oficial de 20-2-1826; Ley publicada en el Diario Oficial del 31-7-1827; Decreto Ley publicado en el Diario Oficial del 31-7-1827; Decreto Ley publicado en el Diario Oficial del 25-4-1839; Ley publicada en el Diario Oficial del 26-4-1839; Ley publicada en el Diario Oficial del 6-10-1842; Ley publicada en el Diario Oficial del 10-10-1845; Ley publicada en el Diario Oficial del 13-8-1852; Decreto Ley N°807, Diario Oficial del 24-12-1925; Decreto Ley N°146, Diario Oficial del 12-7-1932; Decreto con Fuerza de Ley N° 129, Diario Oficial del 5-4-1960; Decreto con Fuerza de Ley N°1, Diario Oficial del 7-10-1968, fija el texto del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, fija las plantas de su personal, y aclara el Decreto con Fuerza de Ley N°6, de 1966; Decreto con Fuerza de Ley N°3, Diario Oficial del 31-8-1968; Decreto con Fuerza de Ley N°4, Diario Oficial del 7-10-1968; Decreto con Fuerza de Ley N°5, Diario Oficial del 17-10-1968; Ley N°17.174, Diario Oficial del 21-8-1969; Ley N° 17.267, Diario Oficial del 23-12-1969; Decreto con Fuerza de Ley N°1, Diario Oficial del 7-1-1970; Ley N° 17.271, Diario Oficial del 2-1-1970, artículos 27 y 56; Ley N° 17.329, Diario Oficial del 22-8-1970, artículo 11; Ley N° 17.374, Diario Oficial del 10-12-1970, artículos 17 a 30; Ley N° 17.388, Diario Oficial del 3-11-1970, artículo 2; Ley N° 17.389, Diario Oficial del 12-11-1970; Ley N° 17.399, Diario Oficial del 2-1-1971, artículos 34, 54 y 90; Ley N° 17.416, Diario Oficial del 9-3-1971, artículo 86; Decreto con Fuerza de Ley (Guerra) N° 1, Diario Oficial del 6-4-1971; Ley N° 17.446, Diario Oficial de 7-7-1971; Ley N° 17.502, Diario Oficial del 12-11-1971; Decreto con Fuerza de Ley (Guerra) N° 2, Diario Oficial del 29-12-1971; Ley N° 17.616, Diario Oficial del 8-2-1972; Ley N° 17.638, Diario Oficial del 7-4-1972; Ley N° 17.637, Diario Oficial del 29-4-1972; Ley

N°17.842, Diario Oficial del 20-11-1972; Ley N° 17.881, Diario Oficial del 2-1-1973, artículo 16; Ley N° 17.914, Diario Oficial del 8-3-1973; Decreto Ley N° 17, Diario Oficial del 29-9-1973; Decreto Ley N°54, Diario Oficial del 13-10-1973; Decreto Ley N° 66, Diario Oficial del 20-10-1973; Decreto Ley N° 109, Diario Oficial del 3-12-1973; Decreto Ley N° 127, Diario Oficial del 20-11-1973; Decreto Ley N° 141, Diario Oficial del 23-11-1973; Decreto Ley N° 177, Diario Oficial del 13-12-1973; Decreto Ley N° 221, Diario Oficial del 2-1-1974; Decreto Ley N° 242, Diario Oficial del 8-1-1974; Decreto Ley N° 310, Diario Oficial del 9-2-1974; Decreto Ley N° 364, Diario Oficial del 20-3-1974; Decreto Ley N° 404, Diario Oficial del 5-6-1974; Decreto Ley N° 451, Diario Oficial del 25-7-1974; Decreto Ley N° 458, Diario Oficial del 20-5-1974; Decreto Ley N° 460, Diario Oficial del 18-5-1974; Decreto Ley N° 478, Diario Oficial del 29-5-1974; Decreto Ley N° 506, Diario Oficial del 8-6-1974; Decreto Ley N° 528, Diario Oficial del 21-6-1974; Decreto Ley N° 550, Diario Oficial del 29-6-1974; Decreto Ley N° 656, Diario Oficial del 27-9-1974; Decreto Ley N° 677, Diario Oficial del 5-10-1974; Decreto Ley N° 800, Diario Oficial del 7-12-1974; Decreto Ley N° 983, Diario Oficial del 30-4-1975; Decreto Ley N° 1.052, Diario Oficial del 7-6-1975; Decreto Ley N° 1.092, Diario Oficial del 11-7-1975; Decreto Ley N° 1.113, Ley N° 800, Diario Oficial del 7-12-1974; Decreto Ley N° 983, Diario Oficial del 30-4-1975; Decreto Ley N° 1.052, Diario Oficial del 7-6-1975; Decreto Ley N° 1.092, Diario Oficial del 11-7-1975; Decreto Ley N° 1.113, Diario Oficial del 11.8.1975; Decreto Ley N° 1.165, Diario Oficial del 3-9-1975; Decreto Ley N° 1.203, Diario Oficial del 14-11-1975; Decreto Ley N° 1.243, Diario Oficial del 11-11-1975; Decreto Ley N° 1.265, Diario Oficial del 6-12-1975; Decreto Ley N° 1.277, Diario Oficial del 17.12.1975; Decreto Ley N° 1293, Diario Oficial del 19-12-1975; Decreto Ley N° 1.294, Diario Oficial del 23-12-1975; Decreto Ley N° 1.531, Diario Oficial del 3-8-1976; Decreto Ley N° 1.562, Diario Oficial del 20-10-1976; Decreto Ley N° 1.582, Diario Oficial del 4-11-1976, artículo 2°, Decreto Ley N° 1.639, Diario Oficial del 30-12-1976; Decreto Ley N° 1.640, Diario Oficial del 30-12-1976; Decreto Supremo N° 14, Diario Oficial del 9-3-1977, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, Defensa Nacional (Subsecretaría de Guerra); Decreto Ley N°

1.886, Diario Oficial del 19-8-1977; Decreto Ley N° 1.881, Diario Oficial del 8-9-1977; Decreto Ley N° 2.237, Diario Oficial del 10-6-1978; Decreto Ley N° 2.248, Diario Oficial del 5-7-1978; Decreto Ley N° 3.159, Diario Oficial del 14-2-1980; Decreto Ley N° 3.161, Diario Oficial del 30-1-1980; Decreto Ley N° 3.564, Diario Oficial del 5-2-1981; Decreto Ley N° 3.575, Diario Oficial del 23-2-1981; Decreto Ley N° 3.582, Diario Oficial del 23-2-1981; Ley N° 18.002, Diario Oficial del 5-6-1981; Ley N° 18.014, Diario Oficial del 15-7-1981; Ley N° 18.114, Diario Oficial del 13-4-1982; Ley N° 18.295, Diario Oficial del 7-2-1984.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ARMADA DE CHILE⁴⁸⁴

Reglamento Armada	7-10/2	Reglamento Orgánico del Consejo de Salud de las Fuerzas Armadas.
Reglamento Armada	7-10/4 (A)	Reglamento complementario a la Ley N° 18,928 que fija normas sobre adquisiciones y enajenaciones de bienes corporales y servicios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad
Reglamento Armada	7-11/1	Ley N° 17.798 sobre Control de Armas.
Reglamento Armada	7-11/1 (A)	Reglamento complementario de la Ley N° 17.798, sobre control de armas y elementos similares
Reglamento Armada	7-11/3	Reglamento de selección de soldados conscriptos para las FF.AA.
Reglamento Armada	7-20/10	Reglamento de Bibliotecas de la Armada.
Reglamento Armada	7-29/1	Reglamento del Fondo Especial de Caucciones de la Armada de Chile.
Reglamento Armada	7-31/26	D.F.L. (G) N° 1, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armada.
Reglamento Armada	7-31/26(A)	D.S.N° 204, que aprobó el Rgto. Complementario del Estatuto del personal de la FF.AA.
Reglamento Armada	7-31/27	Reglamento sobre sistema único de prestaciones familiares. DFL N° 150/1981 (T)
Reglamento Armada	7-31/27 (A)	D.F.L. (Trabajo) N° 75, Reglamento para la Aplicación del "Sistema Único de prestaciones Familiares".
Reglamento Armada	7-31/29	Reglamento de Asignaciones a la

⁴⁸⁴ Fuente: http://transparencia-armada.cl/transparencia_activa/publicaciones/normativa_a7c.html

		Familia y Retenciones Judiciales aplicables en la Armada.
Reglamento Armada	7-31/35	Reglamento Común de Caucciones para el Personal de las Fuerzas Armadas
Reglamento Armada	7-31/38	Reglamento que Establece el Uso y Control de la Tarjeta de Identidad Naval, Credencial Naval y de Salud de la Armada de Chile.
Reglamento Armada	7-31/38 (A)	Reglamento que establece el Uso y Control de la Tarjeta de Identificación Familiar.
Reglamento Armada	7-31/39	Reglamento de Sobresueldos de la Armada.
Reglamento Armada	7-31/41	Reglamento del Personal a Jornal y Trabajadores a Trato de las Fuerzas Armadas.
Reglamento Armada	7-31/42	Reglamento de Deportes de la Armada.
Reglamento Armada	7-31/45	Ley N° 18,953, Normas sobre movilización
Reglamento Armada	7-31/45 (A)	Reglamento Complementario a la Ley N° 18.953 de 1990, que dicta "Normas sobre Movilización".
Reglamento Armada	7-31/46 (A)	Reglamento Complementario al DL N° 2,306 de Reclutamiento y Movilización de las FF.AA.
Reglamento Armada	7-31/46 (B)	Reglamento de funcionamiento de la Comisión Nacional de Reclutamiento
Reglamento Armada	7-31/46 (C)	Reglamento de funcionamiento de la Comisión Especial de Acreditación.
Reglamento Armada	7-31/66	Reglamento para el Otorgamiento y Uso de Condecoraciones, Medallas y sus Distintos en las Fuerzas Armadas.
Reglamento Armada	7-34/1	Reglamento de Medicina Preventiva de las Fuerzas Armadas.
Reglamento Armada	7-34/2	Reglamento de Comisión de Sanidad de la Armada

Reglamento Armada	7-34/4	Reglamento de Requisitos Psicofísicos de Ingreso y Permanencia en la Armada.
Reglamento Armada	7-34/10	Reglamento de Licencias Médicas para el Personal de la Armada.
Reglamento Armada	7-34/11	Reglamento del Fondo Familiar de Asistencia Médica (FOFAM).
Reglamento Armada	7-34/14	Reglamento de Prevención de Riesgos y Protección del Medio Ambiente de la Armada.
Reglamento Armada	7-36/1	Reglamento de Museos de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/1	Reglamento de Viviendas Fiscales de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/2	Reglamento de Préstamos de Auxilio otorgados por el Servicio de Bienestar Social de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/3	Reglamento de Procedimiento para Funerales del Personal de la Armada y derecho a ocupación de Nichos en Mausoleos de la Institución.
Reglamento Armada	7-37/4	Reglamento General de Organización y Funcionamiento de la Dirección de Bienestar Social de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/4 (A)	Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Servicio de Bienestar Social de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/6	Reglamento del Servicio de Jardines Infantiles de la Armada.
Reglamento Armada	7-37/7	Reglamento del Beneficio del Huésped Acogido de la Armada.
Reglamento Armada	7-38/1	Reglamento de Disciplina de la Armada.
Reglamento Armada	7-38/3	Reglamento de Procedimiento de Justicia Naval.
Reglamento Armada	7-39/1	Reglamento Orgánico del Servicio Religioso de la Armada
Reglamento Armada	7-50/2	Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Dirección

		General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
Reglamento Armada	7-91/1	Reglamento Orgánico para Museos de la Armada
Reglamento Armada	9-10/1	Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas.
Reglamento Armada	9-20/1	Ordenanza de la Armada
Ley	20.303	Crea una Planta de Tropa Profesional para las Fuerzas Armadas
Ley	19.465	Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas.
Ley	19.067	Establece normas permanentes para la entrada de tropas en el territorio de la República y salida de tropas nacionales del mismo
Ley	19.002	Cambia Nombre al Instituto Hidrográfico por Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada de Chile
Ley	18.928	Sobre Adquisición de Bienes Corporales e Incorporables Muebles y de Servicios de las Fuerzas Armada
Ley	18.712	Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas
Ley	18.476	Dicta Normas Respecto de los Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional
Ley	18.458	Establece el Régimen Previsional del Personal de las Fuerzas Armadas
Ley	17.502	Establece Normas para Obras de Exclusivo Carácter Militar
Ley	16.256	Sobre Fondo Rotativo de Abastecimiento
Ley	12.898	Fija Normas para el Transporte de Pasajeros en Naves de la Armada Nacional.

Ley	12.856	Crea el Consejo de Salud de las Fuerzas Armada
Decreto con Fuerza de Ley	1	Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas
Decreto con Fuerza de Ley	292	Ley Orgánica de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
Decreto con Fuerza de Ley	130	Fija Dependencia de los Predios Fiscales Destinados al Servicio de las FF.AA. para Campos de Ejercicio o Maniobra
Decreto con Fuerza de Ley	31	Ley Orgánica de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional
Decreto Ley	2.306	Dicta Normas Sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas
Decreto Ley	1.113	Fija Normas para la Adquisición de Bienes Raíces por las Fuerzas Armadas
Decreto Ley	1.092	Dispone Obligatoriedad del Seguro de Vida para el Personal de las FF.AA. y Carabineros
Decreto Ley	2.226	Código de Justicia Militar
Decreto Supremo	155	Reglamento de Asistencia Religiosa en Establecimientos de las FF.AA. y Orden y Seguridad
Decreto Supremo	192	Reglamento Orgánico del Instituto Hidrográfico de la Armada
Decreto Supremo	587	Reglamento de Personal a Jornal y Obreros a Trato de las Fuerzas Armadas

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUERZA AEREA DE CHILE⁴⁸⁵

Constitución		Constitución Política de la República	24/10/1980
Ley	18.948	Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas	27/02/1990
Decreto con Fuerza de Ley	1	Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas	27/10/1997
Ley	18.834	Sobre Estatuto Administrativo (contiene una regulación específica relativa a la Institución, de acuerdo al D.F.L. (G) N°1, de 1997, Estatuto del Personal de las FF.AA. en materias específicas y de relevancia para el personal, en los arts. 26,30, 138, 152, 185 letra c), 194 y 223).	23/09/1989
Ley	18.575	Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado	05/12/1986
Ley	19.880	Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado	29/05/2003
Ley	19.465	Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas	22/08/1996
Ley	19.886	De Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios	30/07/2003
Ley	19.067	Establece normas permanentes sobre entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República y salida de tropas nacionales del mismo	01/07/1991
Ley	18.962	Orgánica Constitucional de Enseñanza	10/03/1990
Ley	18.928	Sobre Adquisición de Bienes Corporales e Incorporeales Muebles y de Servicios de las Fuerzas Armadas	13/02/1990
Ley	18.712	Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas	04/06/1988
Ley	18.476	Dicta Normas respecto de los Hospitales de las Instituciones de Defensa Nacional	14/12/1985

⁴⁸⁵ Fuente: http://www.fach.cl/gob_transp/index.htm

Ley	18.458	Establece el Régimen Previsional del Personal de la Defensa Nacional que indica	11/11/1985
Ley	18.415	Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción	14/06/1985
Ley	17.502	Establece Normas para Obras de Exclusivo Carácter Militar	12/11/1971
Ley	17.174	Faculta al Presidente de la República para Enajenar Predios e Inmuebles Fiscales	21/08/1969
Ley	16.282	Disposiciones Permanentes para casos de Sismos o Catástrofes	28/07/1965
Ley	16.256	Sobre Fondo Rotativo de Abastecimiento	15/05/1965
Ley	12.927	Sobre Seguridad del Estado	06/08/1958
Ley	12.856	Crea el Consejo de Salud de las Fuerzas Armadas	13/02/1958
Decreto con Fuerza de Ley	1	Suprime el Consejo de Defensa Nacional y dispone fecha de derogación de la Ley N°7.144	11/03/2011
Decreto con Fuerza de Ley	175	Autoriza a la Fuerza Aérea para que atienda traslado de personas y carga ajenas a la Institución	04/04/1960
Decreto con Fuerza de Ley	130	Fija dependencia de los predios fiscales destinados al servicio de las Fuerzas Armadas para campos de ejercicio o maniobra	21/07/1953
Decreto Ley	2.306	Dicta Normas Sobre Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas	12/09/1978
Decreto Ley	1.113	Fija normas para la adquisición de Bienes Raíces por las Fuerzas Armadas	11/08/1975
Decreto Ley	1.092	Dispone obligatoriedad del seguro de vida para el personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros	11/07/1975
Decreto Supremo	155	Reglamento de Asistencia Religiosa en establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las de Orden y Seguridad Pública	26/05/2008
Decreto Supremo	83	Otorga facultades al Director del Hospital de la Fuerza Aérea de Chile para celebrar actos y contratos, en representación del Fisco	23/03/2007
Decreto Supremo	708	Reórganizase el Servicio de Búsqueda y Salvamento Aéreo (SAR)	23/12/1989
Decreto Supremo	204	Reglamento Complementario al DFL N° 1 (G), de 1968, Estatuto del Personal de las Fuerzas	11/10/1969

Armadas			
Decreto	2.226	Código de Justicia Militar	19/12/1944
Resolución	1.600	Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón	30/10/2008
Resolución	759	Fija Normas de Procedimiento sobre Rendición de Cuentas	17/01/2004
Resolución de la Comandancia en Jefe	E-909	Fija los costos directos de reproducción de información solicitada a la Fuerza Aérea de Chile, en el ejercicio del derecho de acceso a la información de los Órganos de la Administración del Estado. (1)	02/11/2010



Universitat d'Alacant
 Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en DOXA, núm. 5, 1988, pp. 146 – 147.

- “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en REDC, núm. 66, 2002, pp. 13 – 64.

ALÍA PLANA, M. El militar y la libertad de expresión, en www.derechomilitar.info.

ALLÍ TURRILLAS, J., La Profesión Militar, INAP, Madrid, 2000.

BARCELONA LLOP, J., “La Organización Militar: Apuntes Jurídico Constitucionales sobre una Realidad Estatal”, en RAP., núm. 110, 1986, pp 55-105.

BORDALI SALAMANCA, A. Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial, en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 2, p. 313 y ss. <file:///C:/Users/ramon/Downloads/Dialnet-AnalisisCriticoDeLaJurisprudenciaDelTribunalConsti-3726832.pdf>

BRAVO CASTRILLO, F. J. La asistencia religiosa en las fuerzas armadas, derecho del militar creyente, publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, *Bibliotheca Salmanticensis*, estudios 334, 2012.

CANTÍN, L. V., Naturaleza, Contenido y Extensión del Derecho de Libertad Religiosa”, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

CEA CIENFUEGOS, S. y CORONADO DONOSO, R. ¿Qué perspectiva de futuro tiene el derecho militar chileno?, *Ars Boni et Aequi*, (AÑO 7 NO 1), en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/Art-3.-Cea.pdf>.

- Vinculaciones entre el Derecho Militar de Chile y el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año XII, N° 24 – Julio 2011, p.265 y ss., en <http://www.actualidadjuridicaudd.cl/web/wp-content/uploads/2014/09/AJ24.pdf>.
- *Derecho Militar. Parte General*, Tomo I, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

CEA CIENFUEGOS, S. y MORALES, P. Las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República de Chile, en *2014 Derecho Público Iberoamericano*, N° 5, [octubre 2014], p.212 y ss., en <http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2015/10/Sergio-Cea-Cienfuegos-y-Patricio-Morales-Contardo-Las-Fuerzas-Armadas-en-la-Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-de-la-Rep%C3%ABblica-de-Chile.pdf>.

CONTRERAS MAZARIO, J. M. Régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el sistema español, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1989.

COTINO HUESO, L., “El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas”, CEC, Madrid, 2002.

- “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 3ª época, 1999, III, pp. 291 – 323.

DÍAZ TOLOSA, R. “Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 34 Nº 1, 2007, pp. 139 – 151.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. El derecho de huelga de los funcionarios públicos, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, en REDA, núm. 72, 1991, pp. 515 y ss.

DOIG DÍAZ, YOLANDA, Jurisdicción Militar y Estado de Derecho, publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003.

DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, M. La justicia naval penal chilena. Una mirada a su evolución histórica, Revista de Marina, Chile, p.3 y ss., en <http://revistamarina.cl/revistas/1998/3/duvauche.pdf>.

ENTRENA CUESTA, RAFAEL, Curso de Derecho Administrativo, Tecnos, 8ª ed., 1993, v. 1.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I. Los derechos fundamentales del militar, Ministerio de Defensa, España, 2015.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., El Rey y otros militares. Los militares en el cambio de régimen político en España (1969 – 1982), Trotta, 1998, p. 136.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El Estatuto Jurídico-Constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo balance de un cuarto de siglo.”, en REDA, núm. 70, 2004, pp. 189-229.

- “La posición Constitucional de las Fuerzas Armadas”, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 67, 1996, pp. 13- 71.
- “Las Fuerzas Armadas. Comentario al artículo 8º.”, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, Oscar Alzaga Villamil (dir), t. I, Cortes Generales/editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 409 y sigs.

FERRADA BORQUEZ, J. C. El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. Rev. Derecho (Valdivia) [online]. 2012, vol.25, n.1 [citado 2016-03-06], pp. 103-126. En: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100005>.

- Los procesos administrativos en el Derecho Chileno, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre), p. 267 y ss. También en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a07.pdf>

FERRADA BÓRQUEZ, J. C., BORDALÍ SALAMANCA, A. Y CAZOR ALISTE, K. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo, pp. 71 y ss., en Revista de Derecho, vol. XIV, <http://www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2014/10/El-recurso-de-proteccio%C3%ACn-como-mecanismo-de-control-jurisdiccional-ordinario-de-los-actos-administrativos-una-respuesta-inapropiada-a-un-problema-juri%C3%ACdico-complejo.pdf>.

GALLEGO ANABITARTE, A., “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración”. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho, en RAP, núm. 34, 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 9ª ed., 2004, t. II.

GARCÍA MACHO, R., Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1992.

- “En torno a las garantías de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción”, en REDA, núm. 64, 1989, pp. 521 y ss.
- “Las relaciones de especial sujeción”, en documentos Iustel, www.iustel.es.

GARRIDO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, 3ª ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 124 – 154.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J. Derecho de petición: comentarios a Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona (Madrid, Editorial Civitas S.A), 1986.

GÓMEZ MARTÍNEZ, R. Derechos fundamentales y condición militar, Civitas Thomson Reuters, España, 2010.

GUAITA, A., “La Administración Militar”, en RAP. núm 7, 1952, pp 105-126.

HERBÓN COSTAS, J. J. Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?, Revista Española de Derecho Militar, N° 97, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, España, 2012, pp. 22 y ss. También en file:///C:/Users/ramon/Downloads/redem_97.pdf y en http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/actividades/fichero/2011_PreDef_trabajo_Querol.pdf.

HUIDOBRO SALAS, R., Derechos colectivos de carácter religioso (análisis en la ley sobre constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, en Revista de Derecho Público, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, N° 70, 2008, pp. 175-194.

- Derecho y Administración Militar en Chile, en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 74, 2011, pp. 257 – 271.
- Derecho y administración comunal, Santiago, Abeledo Perrot- Legal Publishing Chile, 2011.

JIMÉNEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Revista Jurídica Española “La Ley”, núm. 2, 1998, pp. 989 – 993.

KUNSEMULLER L., CARLOS. “Chile. Los principios del procedimiento penal y su aplicación en los procedimientos disciplinarios”. *Revue internationale de droit pénal* 2003/3 (Vol. 74), pp. 824 y ss., en <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-821.htm>.

LASAGABASTER HERRARTE, I., Las relaciones de sujeción especial, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ RAMON, F., La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas, CEC, Madrid, 1987.

- “Principios de la Ordenación Constitucional De las Fuerzas Armadas”, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Cívitas Madrid, 1991, t. III, pp. 2547-2597.
- “Acerca de las “especiales” relaciones de sujeción a que está sometido el recluso”, en REDA, núm. 14, 1997, pp. 496 y ss.

MATAMOROS MARTÍNEZ, R. Las reales ordenanzas para las fuerzas armadas: aspectos estructurales, Cuaderno Práctico N° 3, Enero-Abril 2010, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, p.6 y ss., disponible en formato digital en file:///C:/Downloads/cuaderno_practico_derecho_3.pdf.

MARTÍN MATEO, R. y Díez SÁNCHEZ, J. J., Manual de Derecho Administrativo, Thomson – Aranzadi, 29ª ed., 2012.

MAYER, OTTO, Derecho Administrativo Alemán, (del original francés Le droit administratif allemand , Edit. V. Giard et E Brière, Paris 1904, Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, trad.), Depalma, 2ª ed., 1982, t. 1.

MICHAVILA NUÑEZ, J. M., “Relación especial de sujeción en el sector Crediticio y Estado de Derecho”, en REDA, núm. 54, 1987, pp. 243 y ss.

MINISTERIO DE DEFENSA CHILE, Libro de la Defensa 2010, p. 242 y ss., en http://www.defensa.cl/media/2010_libro_de_la_defensa_5_Parte_Los_Medios_de_la_Defensa_Nacional.pdf

MOSO SEOANE, A., "Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (Relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)", en Revista Española de Derecho Militar, núm. 65, 1995, pp. 609-629.

MUÑOZ ALONSO, J. M., Derecho Administrativo Militar, Madrid, 1989, t. I., en especial pp. 187 y ss.

NEVADO MORENO, P., La Función Pública Militar, Marcial Pons, Madrid, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista Ius et Praxis, 12 (2): 13 – 41, 2006. También en formato digital en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200002&script=sci_arttext.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. Derecho de la libertad de conciencia I. Libertad de conciencia y laicidad, Civitas, Madrid, 1997.

- Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación, Civitas, Madrid, 1999.

PARADA, RAMÓN, Derecho Administrativo, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 13ª ed., 2002, t.1, p. 398.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "Estatuto Administrativo Interpretado. Actualizado, coordinado y sistematizado. Tomo II. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

PEÑARRUBIA IZA, J.M. El Ombudsman Militar y Defensor del Pueblo. Estudio de Derecho Comparado y Español. Editorial Dilex. S.L., 2001, p. 85.

PEÑA TORRES, M. Funciones de las Fuerzas Armadas Y del Consejo De Seguridad Nacional en Chile y Propuestas de Reforma Constitucional. *Ius et Praxis*[online]. 2002, vol.8, n.1 [citado 2016-03-20], pp. 95-116. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100008>.

PRECHT PIZARRO, J. La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, en *Boletín Jurídico, Centro de Libertad Religiosa – Derecho UC*, año III - N° 7-mayo- 2008.

- La libertad religiosa en la Constitución Chilena de 1980, en 20 años de la Constitución de Chilena 1981 – 2001, Enrique Navarro Beltrán, editor, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., Chile, 2001.

PERRUCA ALBADALEJO, Victoriano. Comparativa de derechos y deberes en el régimen disciplinario militar entre Chile y España, en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/comparativa-de-derechos-y-deberes-en-el-r%C3%A9gimen-disciplinario-militar-entre-chile-y-espa%C3%B1a>.

PRIETO ÁLVAREZ, T. La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas, Madrid, Thomson- Civitas, 2005.

ROJAS CARO, J. "Derecho Disciplinario Militar". Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1990.

SALINAS ARANEDA, C., Una primera lectura de la ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XX, Valparaíso, Chile, 1999, pp.299-341.

SOTO KLOSS, E. Derecho administrativo. Bases Fundamentales, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1996.

SOTO MUÑOZ, D. El derecho disciplinario militar de carabineros, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 85 AÑOS DE VIDA INSTITUCIONAL (1927-2012), p.384, <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Informacion/Aniversario85.pdf>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 59, Año 2015, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>

VAN DE WYNGARD M., Jorge. La potestad disciplinaria de la Fuerzas Armadas y Carabineros: un análisis Constitucional, pp. 34 y ss, en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/2-Van.pdf>.

- La potestad disciplinaria de las Fuerzas Armadas y Carabineros: un análisis constitucional, *Ars Boni et Aequi*, en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/10/2-Van.pdf>, pp. 76 y ss.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante