

¿QUÉ PERSPECTIVA DE FUTURO TIENE EL DERECHO MILITAR CHILENO?

What Perspective of Future has the Military Chilean Law?

SERGIO CEA CIENFUEGOS*
RICARDO CORONADO DONOSO**

RESUMEN: Los autores analizan una perspectiva futura del Derecho Militar en Chile y su importante papel para las Fuerzas Armadas, la Defensa Nacional y Seguridad Nacional. Efectúan sucintamente una prospección, básicamente con la legislación chilena, de los motivos que justifican el orden jurídico militar, como de igual forma, tratan de abordar un concepto de Derecho Militar, sus características y los contenidos o materias que regula esta rama especializada del Derecho. El orden jurídico militar otorga atribuciones a los cuerpos armados, pero asimismo consagra limitaciones de ejercicio, de

-
- * Abogado Universidad de Chile, Magister en Derecho Administrativo Universidad de Chile, Profesor Universitario de la Universidad Bernardo O'Higgins, ex Fiscal General Militar de Chile y socio fundador del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y de Asociación Internacional de Justicias Militares. <sergioceac@gmail.com>.
- ** Abogado Universidad Central, Postítulo en Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor Universitario UCINF, Teniente Coronel de Justicia Militar del Ejército de Chile. Email: <derechosfundamentales.rcd@gmail.com>.

Artículo recibido el 29 de septiembre y aprobado el 5 de diciembre de 2010.

tal manera de no afectar los derechos fundamentales. Se resaltan las características del Derecho Militar, que tradicionalmente se han considerado para esta rama, entre ellas, autonomía, especialidad y dinamismo, sin perjuicio que de ellas, la autonomía se conceptualiza con un criterio moderno que impide a dicha organización militar tener un carácter cerrado.

ABSTRACT: The authors analyze a future perspective of the Chilean Military Law and its important role for the Armed Forces, National Defense as well as National security. They succinctly carry out a prospecting, basically with the Chilean legislation, of the reasons that justify the Military Justice System as well as try to cover a Military Law concept, its characteristics and the contents or matters that regulate this specialized branch of Law. The Military Justice System provides powers to the armed bodies, but at the same time establishes limitations on exercise in such a way as not to affect the fundamental rights. The features of the Military Law are highlighted, which have traditionally been considered for this branch, among them, autonomy, expertise and dynamism, without prejudice to them, autonomy is conceptualized with a modern criteria that prevents the organization from having a closed character.

PALABRAS CLAVES: Derecho Militar - Fuerzas Armadas - Defensa Nacional - Seguridad Nacional

KEY WORDS: Military Law - Armed Forces - National Defense - National Security

I. INTRODUCCIÓN

1. *Notas preliminares*

En una sociedad moderna, el orden jurídico estatal existe para permitir el pleno desarrollo de las personas, respetando y protegiendo sus derechos fundamentales. En nuestro país se consagra un Estado Democrático de Derecho y que tiene su fuente principal y básica en la Constitución Política de la República, complementada por los tratados internacionales en aquellas materias referidas a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

La Constitución Política de Chile del año 1980 refleja la historia e idiosincrasia de nuestro pueblo, consagra un sistema de controles múltiples, recíprocos y en alguna medida, difusos, otorgando a diversos órganos atribuciones y competencias en aspectos esenciales del Estado. Nuestra organización

republicana reconoce la separación de poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, cada cual con sus funciones principales, pero también admite la existencia de algunos vínculos entre dichas esferas potestativas, de tal manera que por ejemplo, el Presidente de la República es un "*importante legislador*".¹

Sin perjuicio de las tres clásicas competencias ya mencionadas, la Constitución Política de Chile establece diversos órganos dotados de autonomía e independencia, tales como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, los Tribunales Electorales y el Banco Central, que permiten hacer más eficientes, entre otros aspectos, los sistemas de control de los diversos actos del Estado.

Así también, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se consagra otro mecanismo distinto a la autonomía de determinados entidades u órganos como los descritos precedentemente, y que se traduce en el otorgamiento de potestades o atribuciones exclusivas y excluyentes a ciertas instituciones en materias de relevancia para la existencia de un Estado.

En ese contexto surgen las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que por su naturaleza, mantienen el monopolio de la fuerza física, que permite sustentar la soberanía exterior e interior, respectivamente, como verdaderos guardianes de la autodeterminación del Estado de Chile.

De tal trascendencia son las misiones constitucionales encomendadas a estos cuerpos armados, que el Estado ha establecido expresamente su sometimiento al poder civil, haciéndolas depender del Ministerio de Defensa o del Ministerio encargado de la Seguridad Pública, según sus funciones.

Cuando el papel que se atribuye es la defensa de la Patria, se está consagrando una protección a la integridad territorial, de los recursos naturales, de los habitantes de la República y finalmente de la autodeterminación del pueblo, sin sometimiento a ningún Estado extranjero.

En este caso, si bien las Fuerzas Armadas dependen administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional, en el caso extremo que constituye una guerra, su Jefe Supremo será el Presidente de la República.

¹ Vid. Constitución Política de la República de 1980, artículos 32 n°s 1, 2, 3; 63 n°14; 64; 65; 68 y 73.

En cambio, en Chile para la protección del orden público y la seguridad pública interior y para dar eficacia al Derecho, existen los cuerpos de Carabineros e Investigaciones, que se relacionan con el Estado por medio del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas, integradas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como además, por Carabineros de Chile, constituyen lo que se denominan *cuerpos armados*. Esta noción implica que tienen el monopolio de las armas, y por ello se les impone la obligación esencial de ser obedientes y no deliberantes, rigiéndose por el principio de apoliticidad.

La obediencia es un mecanismo de control vertical y horizontal a la vez. En efecto, el control es vertical dentro del mismo cuerpo armado, por cuanto un inferior se encuentra supeditado a un mando superior (como subalterno o subordinado), llegando hasta S.E. el Presidente de la República.

En cambio, el control es horizontal, porque debe respetar a todos los poderes públicos en sus distintas atribuciones, sin posibilidad de interferir en ellos ni menos limitarlos en su ejercicio, particularmente cuando se trata del poder más relevante en un Estado democrático, que es el poder político.

El orden jurídico estatal regula la protección de los derechos fundamentales mediante la imposición de ciertos límites a los poderes públicos, y delimita en consecuencia las funciones y deberes de los cuerpos armados, para que estos cumplan las finalidades constitucionales, reconociendo la propia Constitución Política que en circunstancias excepcionales se podrían afectar algunas garantías individuales en pro de una defensa de los intereses colectivos, tal como acontece por ejemplo en el estado de asamblea, respecto de los derechos de reunión, trabajo, libertad personal y propiedad, entre otros.

Para el adecuado funcionamiento de los cuerpos armados se requiere una normativa que establezca su estructura, atribuciones y funciones, y que obviamente regule la conducta de sus integrantes, para que se puedan satisfacer los fines constitucionales previstos para el órgano.

Creemos que esta finalidad no puede ser alcanzada por medio de las tradicionales ramas del derecho público, dada la especialidad de la función castrense. Por ello postulamos que se requiere el reconocimiento de un orden jurídico especial, el orden jurídico militar.

2. El orden jurídico militar

Los cuerpos armados, por sí solos, no pueden asumir las delicadas y particulares funciones constitucionales sin contar con una normativa jurídica especial, que asegure la eficacia operativa del respectivo órgano, orden jurídico que tiene dos características: a) El orden jurídico militar considera una organización a la que se le asignan tareas, deberes y funciones, b) El orden jurídico militar impone a su organización una serie de límites, condiciones y restricciones.

A. EL ORDEN JURÍDICO MILITAR COMPRENDE UNA ORGANIZACIÓN A LA QUE SE LE ASIGNAN MISIONES, DEBERES, ATRIBUCIONES Y FUNCIONES

En efecto, el Estado protege a las personas asignando deberes de protección a sus cuerpos armados frente a las amenazas externas o internas y a su vez, resguarda a las personas de estos mismos entes protectores, evitando eventuales abusos o arbitrariedades.

De este modo, protege los derechos fundamentales de las personas, pero a la vez mantiene el control de la fuerza frente a los poderes del Estado, que sin el monopolio de aquélla, se transforman en entes inermes, desprovistos de autoridad y autodeterminación.

Afirmamos que el orden jurídico militar comprende normas sobre organización de los entes que lo componen, e integra una multiplicidad de contenidos, entre los cuales encontramos la incorporación a las plantas o dotaciones, carrera profesional, ascensos y retiros, mando y sucesión de mando, antigüedad, previsión, presupuesto, contrataciones públicas y empresas públicas en el ámbito de la Defensa, entre otros.

Estas normas son particulares, atendida la especialidad de la función militar, y su naturaleza administrativa surge porque permiten el apropiado vínculo entre el Estado y los integrantes de los cuerpos armados, constituyendo un verdadero derecho administrativo militar.

B. EL ORDEN JURÍDICO MILITAR IMPONE LÍMITES, CONDICIONES Y RESTRICCIONES

En este aspecto, sostenemos que existe una subordinación del poder militar al civil, y sólo en aspectos técnicos relativos a la ciencia de la guerra, podrá existir cierto grado de autonomía del cuerpo militar, el que nunca será

total, por cuanto el Presidente de la República será su Comandante Supremo² especialmente en situaciones de crisis o conflicto.

En Chile, la Constitución Política de 1980, en un aprendizaje de experiencias históricas, asignó cierta relevancia al orden jurídico militar, al consagrar constitucionalmente un capítulo especialmente destinado a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, en que se determinan sus misiones constitucionales tales como la defensa de la patria y el orden público interior, respectivamente.³

A pesar de que existía una suerte de conciencia nacional acerca de la importancia de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en la estructura de nuestra sociedad, las anteriores cartas fundamentales no consagraron de manera expresa un estatuto especial para estas instituciones.⁴

El establecimiento de una finalidad expresamente manifestada en la norma constitucional, permite sortear con éxito cualquier intento por malinterpretar su razón de ser, evitando de este modo que se utilice para obtener, mantener o modificar el poder político en contra de la voluntad soberana.

Originalmente en la Constitución Política de 1980 se había asignado a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile la protección del orden institucional de la República⁵. Esta concepción se reveló luego desacertada, al obtenerse consenso en cuanto esa protección del orden institucional no es una obligación únicamente de los cuerpos armados, policiales o militares, sino también de todos los órganos públicos⁶. El criterio anterior es concordante

² Constitución Política de la República, artículo 32 N°s 16, 17, 18 y 19.

³ El texto original de la Constitución Política de 1980 consagraba la regulación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en el Capítulo X, artículos 90 a 94. El texto actual de la Carta Fundamental lo hace en el Capítulo XI, artículos 101 a 105.

⁴ La Constitución Política de la República de 1925 sólo mencionaba a los cuerpos armados en el Capítulo III artículo 22.

⁵ Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, el artículo 90 inciso segundo disponía que: *"Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República"*.

⁶ Constitución Política de la República de 1980, reformada por la ley n° 20.050 de 26 de agosto de 2005, artículo 6: *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República"*.

y armónico con el sistema Constitucional moderno de controles difusos y múltiples de las potestades públicas.

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...

En efecto, las normas de derecho operacional son propias del Derecho Internacional y permiten al Estado defender su soberanía exterior e intervenir en operaciones de paz, respetando los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y las reglas de enfrentamiento.

La intervención en operaciones de paz, en casos de conflictos entre Estados es de suyo complejo, por cuanto comprende entre otros aspectos el derecho humanitario, especialmente respecto del trato debido a los prisioneros de guerra, a la población civil que ha sufrido los rigores de ella, y, en general, a una conducción de las hostilidades sin provocar daños colaterales.

Las normas jurisdiccionales, en tanto, están referidas al régimen disciplinario y penal militar, sustentándose en la protección de dos bienes jurídicos fundamentales como la jerarquía y la disciplina, que son los dos pilares en los que descansan los cuerpos armados para cumplir apropiadamente sus fines.

Cabe precisar que, históricamente, las potestades disciplinarias y jurisdiccionales se encontraban en un mismo cuerpo jurídico⁷, y sólo en el siglo pasado se produce una separación del ámbito disciplinario y jurisdiccional en relación a la normativa específica de cada una de ellas, lo que se constata en los artículos 132 y 431 del Código de Justicia Militar de 1925, que precisamente asignó a S.E. el Presidente de la República, la normativa reglamentaria en el ámbito disciplinario para las Fuerzas Armadas, produciéndose una separación de éstas.

⁷ Ordenanzas de Carlos III de 1768 y Ordenanza del Ejército Chileno de 1839.

No obstante lo anterior, actualmente en países tales como España y EEUU, el ejercicio de la potestad sancionadora, puede ser impugnado mediante recursos jurisdiccionales, es decir, se consagró la posibilidad de "judicializar" los conflictos en materia disciplinaria, entregando su decisión a los Tribunales de Justicia.

Un ejemplo concreto de lo expuesto es la situación que actualmente acontece en España, en que la Quinta Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, tiene una jurisprudencia contencioso-disciplinaria⁸, en virtud de la cual corresponde a la jurisdicción militar 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.

3. El Concepto de Derecho Militar

En doctrina se constata la existencia de diversos contenidos o materias que comprenden el concepto de derecho militar, algunos de los cuales lo reducen sólo al ámbito penal o jurisdiccional.

Los oficiales auditores argentinos GONZÁLEZ y FERNÁNDEZ⁹, expresan que el Derecho Militar, es un "*conjunto de normas que describen las obligaciones y deberes militares, que surgen de la Constitución nacional, de las leyes, de los reglamentos y de las órdenes superiores, a que se encuentran sujetos los miembros de la institución militar y que le permiten a ésta cumplir sus fines*".

El coronel y auditor naval español DE QUEROL señala sobre la materia que "*es el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas, para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la Patria*".¹⁰

En Chile, el ex ministro de la Corte Marcial Renato ASTROZA¹¹ no considera el concepto de un Derecho Militar, sino que utiliza la denominación de jurisdicción penal y disciplinaria militar y el derecho penal militar, para comprender un sistema normativo para los cuerpos armados.

⁸ Artículo 17 de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de Julio.

⁹ GONZÁLEZ y FERNÁNDEZ (1986) p. 103.

¹⁰ DE QUEROL y DURÁN (1948) p. 18.

¹¹ ASTROZA (1985) pp. 6 y ss.

A nuestro parecer, el Derecho Militar es una rama del derecho público, especial, nacional e internacional, que regula la organización y funcionamiento de los cuerpos armados y de sus integrantes, para el adecuado cumplimiento de sus fines y deberes, respectivamente.

En el Derecho comparado, por regla general se ha excluido a las policías encargadas del orden público interior, de la noción de cuerpos castrenses o armados, como ejemplo encontramos España, Argentina, México, Uruguay, EEUU, entre otros.

Los casos en que existe un tratamiento jurídico conjunto entre militares y policías, como cuerpos armados, en especial en el ámbito penal militar, son entre otros, Chile, Perú y Colombia.

Específicamente en el caso de Carabineros de Chile, cabe consignar que en nuestro país, esta institución policial fue incluida en el Código de Justicia Militar en el año 1932, mediante Decreto Ley n° 650 de ese año, incorporándose los artículos 405 y siguientes, conjuntamente con las normas especiales para la Armada de Chile, dado que anteriormente no se consideraban expresamente.

Nuestra Constitución Política de 1980, expresamente señala en el inciso tercero, del artículo 101, que las Fuerzas Armadas y Carabineros tienen la calidad de cuerpos armados, con las características comunes de obediencia, no deliberancia, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, aún cuando efectivamente tienen estas instituciones fines constitucionales distintos.

Asimismo, a partir de la Reforma Constitucional del año 2005, introducida por la Ley n° 20.050, se produce una importante modificación al sistema orgánico administrativo de estos cuerpos armados, al vincularlos a ministerios distintos, toda vez que las Fuerzas Armadas mantienen su dependencia original del Ministerio de Defensa Nacional y en cambio Carabineros de Chile, como integrante de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, pasan a estar supeditados al Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Entre los fines asignados por el Estado a los cuerpos armados, se destaca la Defensa de la Patria, que comprende la protección de intereses vitales de un Estado como son su Seguridad Nacional, Soberanía Exterior, la Población y el mantenimiento de la Integridad Territorial, frente a agresiones externas que les afecten.

En consecuencia, la Defensa de la Patria es la protección de la potestad de autodeterminación del Estado frente a otros Estados, esto es, su poder

soberano, y además comprende la preservación de los otros elementos esenciales de un Estado como son su territorio, comprendiéndolo en sentido amplio con inclusión de sus recursos naturales; y finalmente, su población.

En el caso de los bienes jurídicos que son protegidos por Carabineros, tales como el orden público interno y la seguridad interior, para un sector de la doctrina serían ajenos a la naturaleza castrense que se le reconoce en las normas constitucionales y de leyes orgánicas, al cuerpo policial militarizado.

En efecto, el profesor Jaime Couso a propósito de los delitos de maltrato de obra a Carabineros de servicio, expresa que "... el caso más significativo de juzgamiento de civiles en la operatoria práctica de la Justicia Militar Chilena, se encuentra lejos de la acción de las fuerzas armadas propiamente tales. Se trata del maltrato de obra y el atentado cometido por un civil en contra de un carabinero (Arts. 416 y 416 bis del CJM), en el que ni siquiera existe una tensión entre las necesidades de un juicio justo ante un juez imparcial y las supuestas necesidades de juzgamiento técnicamente más sofisticado en relación con conocimientos de cuestiones castrenses."¹²

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MILITAR

Las características del Derecho Militar, deben abordarse con una visión extensiva, capaz de alcanzar sus aspectos sustantivos y adjetivos, tanto en el contexto jurisdiccional, administrativo u operacional.

Desde la citada perspectiva, surge como elemento común que el derecho militar es una rama del derecho público, con un origen en normas nacionales e internacionales, esto es, existe un ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre el Estado y los integrantes de los cuerpos castrenses, pero no en un plano de igualdad, sino en uno de naturaleza potestativa, en que el Estado asigna deberes y misiones que deben cumplirse en un entorno específico de profesionalismo, jerarquía y disciplina, para que efectivamente sean capaces de alcanzar los fines especialmente determinados para los órganos castrenses.

1. Autonomía

El derecho militar presenta una autonomía, que consiste en la regulación de los cuerpos armados como órgano de la administración del Estado¹³,

¹² Couso (2002) p. 140.

¹³ Artículo 2° del Decreto con Fuerza de Ley n°1/19.653.

pero también se refiere a las relaciones entre el Estado y los integrantes del cuerpo castrense y finalmente determina las relaciones funcionarias entre su personal.

Para FERRATER MORA¹⁴ autonomía es definida como el *“hecho de que una realidad esté regida por una ley propia, distinta de otras leyes, pero no forzosamente incompatible con ellas”*. Esta definición nos permite conceptualizar una autonomía del Derecho Militar, en el sentido que es una rama del derecho que se diferencia de las otras ramas del Derecho Público, porque existen principios y valores colectivos e instrumentales como la defensa de la patria, la seguridad de la nación, jerarquía y disciplina, que se protegen para preservar la integridad del Estado, ya que la aplicación de las demás normas del derecho público, no alcanza para satisfacer esos intereses superiores.

La autonomía del Derecho Militar no puede otorgar a las Fuerzas Armadas el carácter de una organización cerrada. En efecto, afirma SILVA BASCUÑÁN¹⁵, que *“no conviene convertir a la milicia en clase cerrada separada del resto de la colectividad. A ello tenderá el legislador limitando las normas jurídicas de excepción aplicables a los militares que los diferencia de las que rigen los sectores sociales. Tan sólo en aquellos aspectos en los que, ineludiblemente, se impongan –dadas las modalidades específicas, propias de la formación y actividad militar–, podrán dictarse leyes que consagren regímenes especiales que se aprueben con las más altas exigencias formales y de quórum calificado”*.

La norma jurídica militar requiere un complemento con otras ramas del derecho, especialmente con el Derecho Constitucional; Derecho Administrativo y el Derecho Procesal Penal. En este contexto la autonomía del Derecho Militar es relativa.

2. Especialidad

Como anota DE QUEROL¹⁶, *“para mantenerse eficientes con respecto a sus propios fines, los Ejércitos necesitan conservar sin fisuras la solidaridad de sus miembros. Necesitan guardar incólumes sus prerrogativas morales y su prestigio. Necesitan que, en la dinámica humana con que actúan, cada voluntad y cada servicio funcionen sin desviación, para que el conjunto de la máquina militar marche siempre con perfecto engranaje de todas sus piezas”*.

¹⁴ FERRATER (1979) p. 161.

¹⁵ SILVA BASCUÑÁN (2003) p. 344.

¹⁶ DE QUEROL Y DURÁN (1948) p. 54.

Sin duda que los fines constitucionales del cuerpo armado determinan su especialidad, por ello CEA CIENFUEGOS¹⁷ expresa que *"...si los cometidos constitucionales asignados a las Fuerzas Armadas son de tal trascendencia para un Estado, parece indispensable dotarlos de una normativa jurídica especial que precisamente les permita observarlos y desarrollarlos"*.

La especialidad de la función militar y de los deberes militares se fundamenta en los fines superiores del cuerpo armado, que sólo pueden lograrse cuando cada militar cumple individualmente sus obligaciones profesionales de manera disciplinada y jerarquizada. En efecto, sobre la materia la Excm. Corte Suprema ha señalado, en sentencia de fecha 28 de mayo de 2007 que: *"...la disciplina es pilar fundamental para el adecuado funcionamiento de los cuerpos armados. Se erige como la columna vertebral de las Fuerzas Armadas y de Orden y de Seguridad Públicas, eminentemente jerarquizadas, que perderían, sin ella, la íntima cohesión necesaria para el logro de sus objetivos y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica, en definitiva, la observancia a las normas y órdenes que consagra el deber profesional. No es, en verdad, concebible que las instituciones armadas puedan cumplir su misión constitucional, si no se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquier otra organización estatal. La importancia que las formaciones castrenses otorgan a la disciplina y al respeto por las jerarquías la corrobora el hecho que uno de los primeros bienes jurídicos protegidos por el Código lo represente, precisamente la disciplina, la cual es tutelada mediante la incriminación de conductas como la insubordinación, la desobediencia y las amenazas y los ataques a superiores e inferiores"*.¹⁸

Estimamos que, como el objeto de regulación de esta rama denominada derecho militar es el cuerpo castrense. El ordenamiento jurídico constitucional y legal le asigna potestades y límites propios de aquellos entes militares, que se fundan en valores constitucionales específicamente determinados para éstas instituciones, de tal manera que puedan cumplir sus funciones, lo cual sin duda exige una normativa especial.

¹⁷ CEA (2002) p. 263.

¹⁸ Corte Suprema. *Contra Leiva Suazo* (2007), considerando 18.

En definitiva, es válido el aserto de que *“la jurisdicción militar ha dejado de ser una jurisdicción de excepción, para convertirse en una jurisdicción especializada”*.¹⁹

3. Dinamismo

Si bien el Derecho Militar presenta un contenido dinámico, derivado de los conflictos internacionales, avances tecnológicos y evolución de las sociedades modernas, no afirmaremos que es una característica propia de esta rama, dado que la mayoría de los órdenes jurídicos también presentan esa condición. En todo caso estimamos necesario detenernos en este punto, para señalar que la profesionalización de los cuerpos armados ha generado la necesidad de ir reformando los diversos contenidos del derecho militar, que en una primera época se vinculaban casi exclusivamente con la jurisdicción penal y disciplinaria, pero que hoy abarcan normas sobre operaciones de paz, contratación pública, estados de excepción constitucional, entre otras.

En efecto, en la Edad Media surgen las primeras disposiciones referida a la justicia militar, particularmente en España, destacándose entre estas el Fuero Juzgo, Fuero Real, los Fueros Municipales y las Partidas, contemplándose en toda esta normativa un ámbito exclusivamente orientado a la jurisdicción militar, separado de la justicia ordinaria. En las postrimerías del siglo XV se origina la aparición de cuerpos armados profesionales, permanentes y especializados que requieren una regulación permanente, mediante *“una justicia autónoma, rápida y enérgica, dirigida a mantener la disciplina de las Unidades creadas”*²⁰.

Desde la época en que produce profesionalización de los cuerpos armados, estas entidades castrenses se incorporan al Estado Nacional, tanto para tiempo de paz como de guerra, por lo que su normativa evolucionará de ese tipo de Estado, transitando desde aquellos de naturaleza Absolutistas, Liberales, Sociales y Democráticos de Derecho.

Una de las últimas etapas evolutivas que presentan los cuerpos armados, se origina al producirse la globalización como fenómeno político y económico, motivo por el cual se ha ido perdiendo paulatinamente el primario carácter nacional de las instituciones castrenses, pasando de una coopera-

¹⁹ Intervención del Ministro de Defensa de España, el 23 de abril de 1987 ante el Congreso de Diputados, citado por JIMÉNEZ (1995) p. 66.

²⁰ JIMÉNEZ (1987) p. 185.

ción, a la ejecución de operaciones conjuntas cuyas normas se encuentran fundamentalmente en el Derecho Internacional.

El dinamismo no se presenta de una manera homogénea, dado que depende de las características de los distintos Estados y continentes.

En Europa, el avance sobre la materia ha sido sustancial, mediante sistemas de protección conjunta, como es el caso del Tratado de Lisboa²¹, en cambio en Latinoamérica todavía existen situaciones que impiden una integración plena, como por ejemplo los asuntos limítrofes.

Para Juan Emilio CHEYRE, al referirse al dinamismo de la función militar, señala que *"la función clásica, suponía que el concepto de defensa estaba constituido fundamentalmente por la seguridad exterior y crecientemente por la seguridad internacional –entendida como aquella acción vinculada a disposiciones de organismos internacionales– y estaba muy claro que está era una tarea fundamentalmente de las Fuerzas Armadas y que la seguridad pública era una tarea [fundamentalmente] (SIC) de las policías; sin embargo el puzle que expliqué anteriormente lleva a que hoy día la función militar clásica obedezca a realidades diferentes, y que esta función militar clásica tenga como contrapartida y como límite lo que en estrategia y en ciencia política denominamos: la seguridad en su concepto amplio, esto es, el concepto de 'securitización total'; entonces, tenemos Fuerzas Armadas, que no por su propia definición, sino que incluso por disposición de los poderes democráticos, asumen roles en tareas de combate a la droga, al terrorismo, al crimen organizado, a la violencia interna, etc..."*²²

En efecto, en Latinoamérica, en forma creciente, se están asignando nuevos roles en tiempo de paz a las Fuerzas Armadas, pero si se revisan los mar-

²¹ El Tratado de Lisboa publicado el 17 de Diciembre de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea, inserta un artículo 28 A al Tratado de la Unión Europea, que recoge el texto del artículo 17, con las modificaciones siguientes: *"a) Se inserta el nuevo apartado 1 siguiente y el apartado que viene a continuación pasa a ser el apartado 2: La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros"*.

²² CHEYRE (2008) p. 23.

cos constitucionales, solamente en algunas cartas fundamentales, tales como Colombia²³ y Brasil²⁴, se consideran expresamente funciones que exceden el sentido y alcance de los conceptos de defensa de la patria y de seguridad nacional.

En consecuencia, los conceptos de defensa de la patria y seguridad nacional, contenidos en nuestra Constitución Política, deben entenderse no desde una interpretación originaria o tradicional, sino mediante una perspectiva evolucionista y sociológica, que permita al Estado enfrentar los nuevos desafíos que se le presentan en los más diversos ámbitos, recurriendo al uso de la fuerza en aquellos casos en que la realidad social actual y el régimen democrático determinen el contexto de su aplicación.

Esta interpretación sociológica mediante un contexto cultural ha sido considerada por BASSA²⁵, quien señala, citando a HABERLE y ZAGREBELSKY: *“Recordemos que HABERLE postula la apertura de los intérpretes de la Constitución hacia la sociedad, rompiendo con el monopolio estatal (169); por su parte, ZAGREBELSKY afirma que “ya no es desde la Constitución desde donde se puede mirar la realidad, sino desde la realidad desde donde se debe mirar la Constitución”.*

Concluye BASSA²⁶ en definitiva que existe la posibilidad de vincular la interpretación constitucional *“con el contexto cultural de aplicación de las normas”.*

²³ La Constitución Política de Colombia en su Artículo 217 dispone que *“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.*

²⁴ La Constitución Política de Brasil en su artículo Art. 142 expresa que *“Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Fuerza Aérea son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas con base en la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, y que tienen como misión la defensa de la Patria, la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquiera de estos, de la ley y del orden”.*

²⁵ BASSA (2009) p. 112.

²⁶ *Ídem.*, p. 113.

III. CONTENIDOS DEL DERECHO MILITAR

1. *Jurisdicción Penal Militar*

Esta materia comprende aspectos sustantivos como los delitos militares, y procesales o adjetivos referidos a la competencia, procedimiento en tiempo de paz y guerra y organización de los tribunales militares.

Históricamente, en los sistemas procesales militares basados en el modelo europeo romano continental existió una muy clara diferenciación entre la potestad sancionadora disciplinaria y penal militar, asignándose la primera al ámbito del derecho administrativo, y la segunda al ámbito de justicia castrense.

No acontece lo mismo en los sistemas anglosajones en los que se ha sostenido por algunos especialistas, que no existe una separación plena entre la jurisdicción disciplinaria y la jurisdicción penal militar.

En efecto, DE LORENZO PONCE DE LEÓN refiriéndose a la *Army Regulation* 600-20 de 15 de julio de 1999 de los Estados Unidos de América, señala que "el Capítulo 4º lleva por título "Disciplina Militar y Conducta" (*Military Discipline and Conduct*) y es quizás, en lo que aquí interesa, de trascendental importancia al consagrar principios básicos de la disciplina como su concepto y fundamento; el principio de obediencia; las normas de cortesía entre los miembros de la Fuerzas Armadas; la conducta profesional; el ejercicio de la autoridad militar, en donde se establece taxativamente que los medios para corregir las faltas de disciplina, por orden de importancia, abarcan desde la simple medida de corrección administrativa (*administrative corrective measures*) para las infracciones insignificantes hasta, con carácter punitivo, la vía disciplinaria para las infracciones leves, a las que se reserva el castigo no judicial (*nonjudicial punishment*), y la vía judicial penal para las infracciones de importancia (*trial by court-martial*)"²⁷.

La tendencia constatada en los modelos de justicia militar basados en el sistema europeo romano continental comienza a desaparecer, al judicializarse una serie de resoluciones adoptadas en el ámbito de la potestad disciplinaria, haciéndose exigible por nuestro Tribunal Constitucional los límites impuestos al *ius puniendi*, como son el principio de legalidad, retroactividad de la ley penal más favorable y de tipicidad expresa.

²⁷ PONCE (2003).

En cambio, en España existe la posibilidad de impugnar el ejercicio de la potestad sancionadora de los distintos mandos militares en el ámbito de la jurisdicción, lo que es de competencia de su Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo militar, por lo que en consecuencia estimamos que actualmente la potestad disciplinaria, podría en consecuencia, llegar a ser conocida en sede jurisdiccional.

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. Este contenido debería ser considerado en el Congreso Nacional, con ocasión del Proyecto de Ley que se refiera a la Reforma a la Justicia Militar, en materia de procedimiento.

2. Normas administrativas en el ámbito militar

Se comprende toda aquella normativa legal, que incide en la contratación administrativa militar, Estatutos del Personal de las Fuerzas Armadas en aspectos referidos a los nombramientos, ascensos, retiros, carrera profesional, previsión social, beneficios económicos, mando y sucesión de mando.

De igual forma incorpora el régimen patrimonial y financiero de la administración militar y las normas de protección medio ambiental que inciden en la función de los cuerpos armados.

Disposiciones que regulan el ejercicio operacional de los cuerpos armados: Los preceptos sobre la materia, limitan el ejercicio del uso de la fuerza, por parte de los cuerpos armados y policías militarizadas, en operaciones de guerra, tiempo de crisis o de restablecimiento o imposición de la paz, u otras que el Estado determine conforme al Derecho Internacional, mediante el pleno respeto a los derechos fundamentales, consagrados en instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario, que se originaron principalmente al término de la Segunda Guerra Mundial, especialmente para proteger la dignidad de las personas, durante el fenómeno de la guerra.

Se considera una especial protección de los cuerpos castrenses que participen en el conflicto, los prisioneros de guerra, heridos, náufragos, población civil, personas internacionalmente protegidas (integrantes de la Cruz Roja, personal sanitario, personal religioso, representantes de organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales).

IV. CONCLUSIONES

1. Las Fuerzas Armadas Chilenas se encuentran reguladas por un orden jurídico militar, que se fundamenta precisamente en las misiones constitucionales asignadas a ellas y que excede las nociones tradicionales en el ámbito de la justicia militar.

2. En el nuevo orden jurídico militar, cobra especial relevancia el derecho operacional y el derecho administrativo militar.

3. La Justicia Militar sólo debe centrarse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales sobre los cuerpos armados y específicamente para el mantenimiento de la disciplina militar y de aquellos bienes jurídicos de relevancia para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASTROZA HERRERA, Renato (1985): *Código de Justicia Militar comentado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 999 p.

BASSA MERCADO, Jaime (2009): *El Estado Constitucional de Derecho* (Santiago, Ediciones Legal Publishing) 220 p.

CEA CIENFUEGOS, Sergio (2002): "Algunas ideas de una justicia militar en Chile, para el siglo XXI", *Cuadernos de Análisis Jurídico* (nº 13): pp. 261-272.

CHEYRE ESPINOZA, Juan (2008): "Ponencia efectuada en el III encuentro internacional de Derecho Humanitario y Derecho Militar: Derecho Humanitario y Derecho Militar, una mirada prospectiva para el siglo XXI", *Revista Jurídica Militar de la Auditoría General del Ejército*: pp. 21-25.

COUSO, Jaime (2002): "Hacia una reforma de la justicia militar. Una perspectiva político-criminal", *Cuadernos de Análisis Jurídico* (nº 13): pp. 73-147.

DE QUEROL Y DURÁN, Fernando (1948): *Principios de Derecho Militar Español* (Madrid, Editorial Naval) 570 p.

FERRATER MORA, José (1979): *Diccionario de Filosofía* (6ª edición, Madrid, Alianza Editores) 3589 p.

GONZÁLEZ, Jorge y FERNÁNDEZ, Luis (1986): *Manual de Legislación Militar* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 779 p.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José (1995): "La jurisdicción militar", *I Comentarios a las leyes procesales militares* (Madrid, Ministerio de Defensa) pp. 61-72.

JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco (1987): *Introducción al Derecho Penal Militar* (Madrid, Editorial Civitas) 240 p.

PONCE DE LEÓN, Rodrigo de Lorenzo (2003) "La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América", *Revista Electrónica Noticias Jurídicas*, disponible en <<http://noticias.juridicas.com>>, fecha consulta: 7 septiembre 2010.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2003): *IX Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 343 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Nacionales

1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE Y SUS LEYES DE REFORMA
Constitución Política de la República de 1980.
Constitución Política de la República de 1925.

2) CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS NACIONALES
Ordenanza del Ejército Chileno de 1839.

DFL N°1/19.653, que fija el Texto Refundido Coordinado y Sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Extranjeras

1) CONSTITUCIONES POLÍTICAS EXTRANJERAS
Constitución Política de Colombia
Constitución Política de Brasil

2) CÓDIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS EXTRANJEROS
Ordenanzas de Carlos III de 1768.

Ley Orgánica 4/1987 de 15 de Julio, que regula la Competencia, Organización y Jurisdicción Militar en España.

JURISPRUDENCIA CITADA

CONTRA LEIVA SUAZO (2007): Corte Suprema, casación en el fondo, 28 mayo 2007, rol n° 6251-2005, *Microjuris* MJJ10024.