

LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS: UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

JORGE VAN DE WYNGARD M.¹

INTRODUCCIÓN

Se ha avanzado bastante en Chile por alcanzar la plena vigencia de los derechos fundamentales que consagra la Constitución de 1980. Uno de los progresos más significativos se logró hace algunos años con la reestructuración completa del proceso de enjuiciamiento criminal, reforma que fue inspirada y estructurada bajo el paradigma de asegurar la plena vigencia de los señalados derechos básicos de las personas. Pero, además, hay varios otros ajustes legales llevados a cabo en las últimas décadas que van en el mismo sentido, y actualmente no se concibe la elaboración de cualquier nuevo procedimiento sin tener en cuenta las exigencias de racionalidad y justicia que demanda la Constitución Política al respecto.

Todo este auspicioso panorama ha tenido el efecto consecuencial de ir incorporando a nuestra cultura legal una noción más clara de la importancia de tales derechos fundamentales. Por ello, es posible constatar que han pasado a formar parte del lenguaje y del razonamiento jurídico de los operadores del derecho, en los más variados ámbitos, las demandas en pro de que se garanticen oportunidades y términos que permitan el más amplio ejercicio de las posibilidades de defensa en todo tipo de procesos.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Bernardo O'Higgins.

Ha contribuido de manera decisiva en esta corriente la jurisprudencia, a esta altura abundante, del Tribunal Constitucional, que se ha transformado en un poderoso impulsor de la vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el marco de la legislación vigente.

No obstante todo lo anterior, subsisten áreas dentro de nuestro ordenamiento jurídico donde la vigencia de ciertos derechos garantizados en la Carta Fundamental aún espera una consagración más profunda y una operatividad más efectiva. Fundamentalmente se trata de materias cuya vigencia data de épocas previas a la Constitución de 1980, la que se caracteriza por consagrar un catálogo de derechos fundamentales en favor de las personas mucho más amplio que sus predecesoras.

En estas materias se ha seguido un comportamiento que podríamos calificar como “típico” de nuestra idiosincrasia legal y que se justifica en aras de preservar el decisivo valor de la “certeza y seguridad jurídica”.

Nos referimos a la tradicional práctica de continuar validando normativas vigentes, aun cuando estas sean alteradas por regulaciones posteriores de superior rango, bajo una especie de temor jurisdiccional a declarar la “derogación tácita” de las mismas.

Así, se espera cómodamente la certeza de la derogación expresa, aun cuando pase largo tiempo antes de que ella ocurra y, en el intertanto, se desarrollan innumerables argumentaciones y estrategias jurídicas para justificar la subsistencia de disposiciones que no es posible conciliar con las más nuevas.

Esta situación se constata con claridad en el caso del derecho procesal militar donde a la luz de las exigencias de la Constitución Política y de los tratados internacionales de derechos humanos es bastante evidente, al menos en el plano de la doctrina, que existen disposiciones vigentes que, a pesar de todas las particularidades y matices que es dable suponer y conceder respecto de la judicatura militar, no es posible estimarlas como suficientes para adecuarse a lo que demandan las normas jurídicas jerárquicamente superiores citadas más arriba.

Pero, en tanto no se aborde una modificación global de la judicatura militar, y por las ya consabidas razones de certeza y seguridad mencionadas, nuestro sistema jurídico y sus operadores siguen actuando y validando su vigencia bajo el argumento, no menor en todo caso, que el derecho penal y procesal militar quedarían inoperantes si se diera curso a la declaración de derogaciones tácitas amplias. Así ha parecido entenderlo incluso nuestro

propio Tribunal Constitucional² sobre la base de sus últimos pronunciamientos en la materia, particularmente y entre otros, en relación con el derecho a gozar de un debido proceso en el juzgamiento militar.

Sí es posible afirmar que ya se han ido produciendo algunos estudios en la doctrina³ que están conformando una especie de masa crítica que contribuirá a fundamentar y delinear una futura adecuación de la legislación procesal y penal militar en esta decisiva materia. A ello se suma que los propios actores de la misma han tomado plena conciencia del tema, lo cual se manifiesta en que, dentro de posibilidades limitadas, han tratado de aumentar las garantías de los intervinientes en esa judicatura.

En este campo y descendiendo un poco en la escala jerárquica normativa, nos encontramos con una gran área de regulación reglamentaria, tanto dentro de las Fuerzas Armadas como de Carabineros, que está destinada a establecer la manera como se ejercen por los respectivos mandos las potestades disciplinarias al interior de dichos cuerpos armados⁴.

Pues bien, acontece que dichas regulaciones de rango reglamentario presentan dos características bastante notorias. Por un lado, una ausencia casi total de estudios a nivel doctrinario que las analicen desde la perspectiva de la sistemática o dogmática jurídica y, por el otro, consecuencia de la primera, una nula constatación acerca de si dichas regulaciones y su implementación práctica implican la efectiva vigencia de los derechos fundamentales asegurados por la Carta Fundamental a todas las personas.

El punto no es menor, sobre todo si se considera la enorme cantidad de personas, varios miles, que diariamente están en situación de verse expuestos a ser objeto de una investigación y/o sanción disciplinaria dentro de las Fuerzas Armadas y Carabineros, y que se llevan a efecto, como ya señalamos, basándose en cuerpos normativos de rango reglamentario prácticamente inexplorados por la doctrina y jurisprudencia nacionales.

² Ver fallos del Tribunal Constitucional números 468, 559, 664, 769, 781, 979, 1001 y 1029, entre otros.

³ Ver, dentro de la escasa literatura, "Justicia Militar y Estado de Derecho", Jorge Mera Figueroa, U. Diego Portales, Santiago de Chile, 1998; "Hacia una reforma de la justicia militar", del mismo autor, Ed. Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2002; y mi trabajo "La Jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso", Ed. Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile, 2008.

⁴ Según el artículo 101 inciso final de la Constitución Política de 1980, las Fuerzas Armadas y Carabineros, son, entre otras características allí señaladas, entidades "disciplinadas".

De aquí nace el propósito de esta investigación. Es decir, apuntaremos a enmarcar, a la luz de la Constitución Política y de los tratados internacionales de derechos humanos, las normas reglamentarias que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria dentro de las Fuerzas Armadas y Carabineros, lo cual significa, en concreto, evaluar la manera como se encuentran plasmados, regulados y desarrollados, decisivos derechos fundamentales de las personas, tales como el de defensa jurídica, el del juez natural, el del debido proceso, o garantías penales tales como la prohibición de presunciones de derecho en materia de responsabilidad penal o la irretroactividad de las sanciones.

Resulta necesario recordar aquí que por especiales y relevantes que sean ciertas actividades en el contexto del desarrollo y consolidación del Estado de Chile, como lo constituye toda el área de la defensa y seguridad nacionales; ello no puede ni debe ser obstáculo para que, guardando las debidas y adecuadas diferencias del caso, se alcance una plena y real vigencia, en pro de los integrantes de los cuerpos armados, de los derechos que nuestra Carta Fundamental reconoce en beneficio de “todas las personas”, no pudiendo existir en nuestro país personas o grupos privilegiados, como lo serían los demás chilenos en relación con aquellos que son miembros de los institutos castrenses.

El análisis que a continuación podrá conocerse busca abrir nuevos surcos en esta área bastante desconocida de nuestro universo jurídico y pretende enmarcarse en los esfuerzos que ya se están desarrollando tenuemente por adecuar todo el campo de la jurisdicción penal y disciplinaria militar al nivel de protección de los derechos fundamentales que demandan una democracia y un Estado de Derecho del siglo XXI.

MARCO REGULATORIO OBJETO DEL ESTUDIO

Las normas que constituyen el bloque normativo regulatorio de la potestad disciplinaria de las Fuerzas Armadas y Carabineros se conforman sobre la base de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, según se precisa a continuación⁵.

- A) Constitución Política de 1980, en aquellas disposiciones atinentes al tema en análisis.

⁵ No nos referiremos en este trabajo al Reglamento de Disciplina de la Armada, contenido en el DS 1232 del 21 de octubre de 1986, en atención a que en lo sustantivo y en lo que nos interesa en este trabajo, no difiere mayormente de lo estatuido en el reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas y que, en definitiva, se aplica al Ejército y a la Fuerza Aérea.

- B) Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, N° 18.948, de 27 de febrero de 1990.
- C) Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, N° 18.961, de 7 de marzo de 1990.
- D) Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, DFL (G) N° 1, de 27 de octubre de 1997.
- E) Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, DS N° 412 (Defensa), de 3 de enero de 1992, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 2 (Interior) de 1968.
- F) Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, DS N° 1445, de 14 de diciembre de 1951.
- G) Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11, DS N° 900 (Interior), publicado en el Diario Oficial el 17 de julio de 1967.
- H) Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, Decreto (Defensa), DN L-N°346, de 9 de abril de 1974.
- I) Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros de Chile N° 15, DS N° 118 (Defensa), de 7 de abril de 1982.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La norma jurídica fundamental de nuestro país, establece todo un contexto general de valoración suprema de la persona y de sus derechos fundamentales, que sirve de marco para encuadrar todo análisis específico de una problemática relacionada con tales derechos y que no puede dejar de consignarse y repetirse en todo trabajo que aborde este tipo de asuntos.

Así, debemos señalar que la Constitución Política consagra el Principio de la primacía de la persona al referirse a ella en el primer inciso de su Art. 1, estableciéndose allí, como se sabe, que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, debiendo precisarse que esa igualdad en derechos está referida a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, precisamente por cuanto todos compartimos tal naturaleza y, por lo tanto, los derechos que se fundan en ella y emanan de la misma son los mismos para todas las personas, con prescindencia de cualquiera otra consideración.

El inciso cuarto del Art. 1 de la Constitución nos recuerda que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”*, debiendo guardar siempre en su accionar un *“pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Por lo tanto, toda la normativa que emana del Estado, de sus instituciones y autoridades, en cualquiera de sus expresiones, tiene este límite infranqueable. El Art. 5 inciso segundo lo establece perentoriamente al prescribir que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, agregando que *“es un deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos”*. Finalmente, por si lo anterior no fuese ya lo suficientemente categórico, el Art. 6 inciso primero de la Constitución nos recuerda que *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...”*, con lo cual se reafirma la necesidad ineludible de respetar y garantizar siempre y a todos, sin exclusiones, sus derechos fundamentales. En especial, la Carta Fundamental nos recuerda que las leyes y cualquier otro tipo de normas jurídicas que tengan vigencia en Chile deben ser dictadas *“conforme”* a ella, es decir, en lo que nos interesa, tales normas no podrán nunca afectar, usando el lenguaje del Art. 19 N° 26 de la Constitución, los derechos fundamentales de las personas en su esencia, ni tampoco impedir su libre ejercicio. Y tal mandato perentorio también vale para las autoridades encargadas de aplicar tales normativas, como lo recuerda en Art. 6 inciso segundo de la Constitución, que señala que *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*.

Ahora bien, descrito el precedente marco general de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas que establece la Constitución, interesa detenerse, para los efectos de este trabajo, en la que tal vez constituye la disposición constitucional más específicamente relacionada con él. Nos referimos a lo que prescribe el Art. 19 N° 3. Dentro de dicha disposición se consagra la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En ese contexto, aparece una primera cuestión que llama de inmediato la atención. Nos referimos al derecho a la defensa jurídica que tiene toda persona y que se consagra en el inciso segundo de la citada norma, que prescribe 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”*.

Vale decir que la Constitución establece primero una regla general, amplia, en cuanto a que todos tenemos derecho a contar con defensa jurídica, lo que normalmente se traduce en la posibilidad de contar con el asesoramiento y la defensa de un letrado, sin perjuicio de que la ley en ciertos casos nos faculte para asumir nuestra propia defensa, si así lo estimamos pertinente. Sin embargo, y refiriéndose específicamente sólo a lo integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, es decir, a quienes pertenecen al Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea, Carabineros e Investigaciones⁶, precisa que el derecho a la defensa jurídica se regirá por lo que dispongan las normas pertinentes de sus respectivos estatutos, aun cuando también se encarga de acotar que esta excepción sólo dice relación con lo concerniente a aspectos “administrativos y disciplinarios”.

Es decir, los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, como cualquiera otra persona, gozan del derecho fundamental a contar con defensa jurídica y tal derecho les debe ser reconocido y respetado por todos los órganos y autoridades del Estado, y por cualquiera otra persona, institución o grupo. Particular vigencia tiene este derecho en materia criminal.

Pero, el derecho a defensa jurídica de los miembros de las mencionadas instituciones, cuando se vean involucrados en situaciones de índole administrativa y disciplinaria al interior de la entidad de la que forman parte, excepcionalmente no se regirá por las disposiciones comunes a tal derecho que establece la ley, sino por las específicas que contemplen los estatutos correspondientes de cada una de esas instituciones.

La expresión “estatuto” que utiliza el Art. 19 N° 3 la entendemos referida a normas de rango legal que fijan preceptos generales y obligatorios en relación con el personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, las cuales, a su vez, normalmente son precisadas en las cuestiones de detalle, a través de normas emanadas de la potestad reglamentaria de ejecución.

No resultaría admisible suponer que la regulación del derecho a defensa jurídica en estas situaciones pueda ser hecha exclusiva y directamente por la autoridad administrativa, sin sujeción a un marco legal previo, por básico que éste sea. De hecho, debe recordarse que de acuerdo al Art. 19 N° 26 de la Constitución las garantías que ella establece sólo pueden ser reguladas, complementadas o limitadas por “preceptos legales”, en tanto que el Art. 105 de la misma Carta Fundamental nos recuerda que corresponde a una

⁶ Según lo precisa el Art. 101° de la Carta Fundamental.

Ley Orgánica Constitucional determinar, entre otras, las normas básicas referidas a la carrera profesional y al mando dentro de las Fuerzas Armadas y Carabineros, aspectos que se relacionan estrechamente con los asuntos administrativos y disciplinarios.

En este esquema es que cobran importancia los DFL N° 1 y 2, de 1997 y 1992, respectivamente, y que mencionamos con anterioridad, dado que ambos son normas de rango legal y fijan el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, en su caso.

La mayor importancia que tiene la disposición que hemos estado analizando en relación con el derecho a la defensa jurídica contemplada en el Art.19 N° 3 de la Constitución, es que ella se traduce en la única excepción que la Carta Fundamental admite respecto de los derechos que ella misma garantiza a todas las personas en el numerando referido. Por lo tanto, todas las otras garantías que se contemplan en la citada disposición⁷, en especial el debido proceso o las que se refieren a principios básicos del derecho penal y sancionatorio en general, resultan plenamente aplicables a todos los integrantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, lo cual tiene especial relevancia en lo que implica el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de dichas instituciones.

Idéntico comentario debemos hacer extensivo, en lo pertinente a todo lo que dispone el Art. 19 N° 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.

⁷ El Art. 19 N°3 de la Constitución, luego de consagrar el derecho a la defensa jurídica precisa que: *“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.*

Toda sentencia de un órgano que ejerza 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.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

Finalmente, en lo que dice relación con el análisis de las disposiciones constitucionales aplicables al tema de este trabajo, debe destacarse que de acuerdo al Art. 101 inciso final, las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos “obedientes”, “jerarquizados” y “disciplinados”, características que constituyen el fundamento constitucional de la potestad disciplinaria que ejercen los mandos de dichas instituciones en relación con el personal de las mismas.

Asimismo, en conformidad con el Art. 105, y como ya se señaló más arriba, corresponde a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y a la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros establecer las normas básicas referidas a la carrera profesional y al mando.

LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

El tema de la disciplina resulta esencial en los institutos armados y por ello no debe llevar a asombro que ya en el primer artículo de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y luego de referirse a las misiones permanentes que deben realizar dichas instituciones, se enfatice que *“El personal⁸ 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”*.

Lo anterior resulta ser una consecuencia, como ya señala la Constitución, del carácter jerarquizado y disciplinado de las Fuerzas Armadas, cuestión que se encarga de reiterar el artículo 2° de la Ley Orgánica al disponer que *“El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes jerarquizados y disciplinados”*.

En atención a las características reseñadas surge la justificación de la existencia de un proceso de calificaciones anuales que afecta al personal de estas instituciones, cuestión regulada en el artículo 24° de la Ley Orgánica: *“El desempeño del personal se evaluará, anualmente, a través de un sistema de calificaciones que considerará el rendimiento y la capacidad para el*

⁸ Entiéndase por personal, para los efectos de esta ley y las disposiciones que en adelante citaremos, según lo disponen los artículos 4° y 5° de la Ley en análisis, al personal de planta (oficiales, cuadro permanente y de gente de mar, tropa profesional y empleados civiles), el personal a contrata y el personal de reserva llamado al servicio activo, quedando sometidos a la jerarquía y disciplina de las Fuerzas Armadas también los conscriptos y los subalféreces, cadetes, grumetes, aprendices y alumnos de las escuelas institucionales que no formen parte del personal de planta.

ejercicio de sus funciones, basándose para ello en los conceptos contenidos en las correspondientes hojas de vida”, agregándose en la misma disposición que “Este sistema de calificaciones deberá contemplar los recursos de reconsideración, reclamación y apelación”.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 26° de la Ley en cuestión, el sistema anterior de hoja de vida para cada integrante del personal de estas instituciones, a partir de la cual se elaboran sus calificaciones, desemboca en un proceso también anual de juntas de selección, ordinarias o extraordinarias, conformadas por oficiales, que tienen por objeto *“el conocimiento, estudio y valorización de las calificaciones del personal, elaboración de las listas de clasificación, formación del Escalafón de Complemento y la Lista Anual de retiros y consideración de las solicitudes de reincorporación”*. La misma disposición agrega que *“Se convocarán y constituirán, además, Juntas de Apelación, conformadas por Oficiales Generales o por Oficiales Superiores y Jefes, según corresponda.*

La Junta de Apelación para Oficiales será presidida por cada Comandante en Jefe y estará conformada exclusivamente por Oficiales Generales de la respectiva Institución”.

En cuanto a la naturaleza de las decisiones que adopten las juntas de selección y apelación, el mismo artículo señala que: *“Las Juntas de Selección y Apelación de las Fuerzas Armadas son soberanas en cuanto a las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones”.*

Finalmente, en cuanto a su modo de obrar se dispone que: *“Las sesiones y actas de las Juntas serán secretas”.*

Al término del proceso anterior de calificación *“el personal será clasificado, de conformidad con la ley, en Listas que reflejen su capacidad y rendimiento” (art. 27° LOC FFAA).*

Nos hemos detenido en las disposiciones anteriores, puesto que si bien no es el objeto de este trabajo el entrar a analizar el mecanismo mediante el cual se establecen los ascensos, nombramientos o retiros del personal de las Fuerzas Armadas, resulta evidente que dicho proceso está marcado fuertemente por la hoja de vida de cada uno de los involucrados, documento que, entre otros aspectos, refleja lo que ha sido su comportamiento disciplinario y las subsecuentes eventuales anotaciones negativas de su desempeño. En otras

palabras, la carrera profesional de cada integrante de las Fuerzas Armadas depende en buena medida de lo que refleje su hoja de vida, de modo que resulta muy importante que el ejercicio de la potestad disciplinaria sea ejercida con la mayor justicia y prudencia, y con todos los recaudos necesarios, puesto que ella influye de manera decisiva en el futuro laboral, por así decirlo, de cada uno de los afectados⁹.

Resulta valorable que la ley haya dispuesto la existencia de juntas de apelación, tomado debida conciencia de lo decisivo que en ellas se resuelve y no resulta, en principio, objetable que se le dé un carácter de soberanas en sus decisiones, toda vez que se ve difícil que cualquier otra entidad ajena a los institutos armados pudiera entrar a revisar decisiones que son tomadas por los expertos profesionales en la materia. De hecho, incluso ello podría atentar contra el profesionalismo de las mismas instituciones. No obstante, sí parece más cuestionable el carácter secreto de las sesiones y actas de las juntas de selección y apelación, toda vez que siempre ese carácter trae al menos la sospecha de la posibilidad de comisión de arbitrariedades, cuestión que, moleste o no, es una conducta probable.

Por otro lado, cabe destacar de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas dos conceptos que son esenciales en el tema que nos ocupa. Nos referimos al de jerarquía y al de mando. El artículo 35° define al primero señalando que es *“el ordenamiento del que deriva la autoridad inherente de todo superior en razón de su grado o antigüedad. Da primacía sobre quienes tengan grado o antigüedad inferior e implica respeto y obediencia del subalterno. No interfiere ni se contrapone al mando militar”*. En tanto el artículo 45° expresa que: *“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.*

Mando Militar es el que corresponde por naturaleza al Oficial de Armas y por excepción al de otro escalafón, sobre el personal que le está subordinado, en razón del puesto que desempeñe o de una comisión asignada y que

⁹ De hecho, el artículo 54° letra c) de la Ley en análisis dispone que serán comprendidos en el retiro absoluto los oficiales que *“fueren separados o suspendidos en atención a medidas disciplinarias, administrativas o a sanciones penales conforme al Código de Justicia Militar”*; y la letra f) agrega que también estarán en esa situación *“Quienes deban ser eliminados de acuerdo a las resoluciones que adopten las respectivas Juntas de Selección y de Apelación, en su caso, como consecuencia del proceso de calificaciones que establece esta ley”*. De conformidad con el artículo 55° a los empleados civiles se les aplican estas mismas normas.

tiende directamente a la consecución de los objetivos de las Fuerzas Armadas. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancia y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos”.

Cabe llamar la atención sobre la naturaleza y extensión del mando militar. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancias y en principio no tiene más restricciones que las que, deberíamos entender, se establecen expresamente en las leyes y reglamentos. Vale decir, en materia de mando militar pareciera que se puede mandar todo aquello que no esté prohibido o restringido por el ordenamiento jurídico. Ello da un margen de discrecionalidad necesario para la eficiencia de la función militar, dirán algunos, pero implica un grado de responsabilidad y prudencia enormes, dirán otros.

Nuevamente cabe insistir aquí que es en virtud de esa jerarquía y mando que el personal de las instituciones armadas será eventualmente objeto de imputaciones y sanciones disciplinarias que pueden llegar a afectar seriamente su actividad profesional futura.

En resumen, puede señalarse respecto de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que ella prácticamente no se refiere a la manera como se ejercerán las facultades disciplinarias propias del mando militar y de la jerarquía y disciplina de tales instituciones. Claramente para el legislador orgánico estos aspectos deben ser de competencia del Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas y del Reglamento de disciplina de las mismas, cuerpos normativos que cobran entonces particular importancia para los efectos de este trabajo.

La Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas sigue en cierta medida el esquema normativo que regula a los empleados públicos en general, a saber, la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración fija prioritariamente los grandes principios y las normas más importantes que rigen al personal de dicha Administración, para luego descansar en el Estatuto Administrativo la regulación del personal de manera más detallada.

Sin embargo, se echa de menos alguna referencia más específica a criterios jurídico-constitucionales bajo lo cuales debe ejercerse el mando militar y la potestad disciplinaria hacia el personal de las Fuerzas Armadas, siendo la Ley Orgánica el cuerpo normativo destinado a establecer, aún cuando fuese en términos generales, esos criterios orientadores y moderadores del ejercicio de las facultades reseñadas.

LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE CARABINEROS

No obstante las grandes semejanzas que existen entre Carabineros y las Fuerzas Armadas, sus leyes orgánicas respectivas presentan ciertas diferencias en la materia que nos ocupa, no obstante haber obvias y múltiples similitudes en otros puntos.

El artículo 1° inciso final de la ley entrega una primera aproximación general al punto de análisis al disponer que: *“Derivado de las particulares exigencias que imponen la función policial y la carrera profesional, los organismos y el personal que las 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”*. En tanto el artículo 2° nos recuerda que *“Carabineros de Chile como cuerpo policial armado es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado y su personal estará sometido a las normas básicas establecidas en la presente ley orgánica, su Estatuto, Código de Justicia Militar y reglamentación interna”*.

Esta ley, al igual que su símil de las Fuerzas Armadas, entra a regular el proceso de calificaciones del personal de Carabineros¹⁰, de carácter anual según el artículo 23°, disponiendo su artículo 22° que *“El desempeño profesional se evaluará a través de un sistema de calificación y clasificación.*

La decisión que se emita se fundará preferentemente en los méritos y deficiencias acreditados en la Hoja de Vida que debe llevarse de cada funcionario, observación personal, cualidades profesionales, morales, intelectuales y capacidad física.

Los órganos de selección y apelación competentes son soberanos en cuanto a las apreciaciones que emitan sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos a Carabineros la revisión de los fundamentos de sus decisiones”.

Este proceso es muy relevante puesto que como lo señala el artículo 23° recién citado, de él depende el ascenso y la permanencia en la Institución.

¹⁰ Según el artículo 5° de la Ley el personal de Carabineros está integrado por el de nombramiento supremo (oficiales de fila, oficiales de servicio y personal civil) y el de nombramiento institucional (personal de fila y civil).

Llama la atención que en este proceso nuevamente la hoja de vida funcionaria tiene un papel central, no obstante lo cual la ley también se abre a la posibilidad de que se consideren otros aspectos, tales como la observación personal de su desempeño, sus cualidades profesionales, morales e intelectuales y su capacidad física. Ello supone un espectro más amplio y razonable de evaluación que probablemente también sea tomado en cuenta por las juntas de selección de las Fuerzas Armadas, pero al menos en su Ley respectiva no existe una mención expresa a estos otros factores.

Se reitera aquí el carácter soberano de los órganos encargados de la selección y apelación, pero no se menciona, al menos en esta ley, el carácter secreto de sus sesiones y actas.

Más notorio aún es el hecho de que no hay aquí una regulación más o menos detallada de cómo opera el proceso de selección y los órganos respectivos, como sí ocurre en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, sino que, según lo dispone el artículo 24°, *“El proceso de clasificación del personal, como asimismo las autoridades y órganos encargados de aquél, su composición, funcionamiento y atribuciones se ajustarán a las disposiciones contenidas en el Estatuto del Personal y reglamentación pertinente.*

El sistema de calificación y clasificación del personal deberá contemplar los recursos de reconsideración, reclamación y apelación”.

Al parecer, el legislador consideró que el desarrollo de estos aspectos no era una materia propia de estar regulada en la Ley Orgánica y remitió sin más el tema a la ley común, graficada en el Estatuto del Personal de Carabineros y su reglamentación complementaria.

Pero, por otra parte, debemos destacar el artículo 36° de esta ley, que haciéndose cargo de la carencia que hacíamos notar respecto de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, dispone que *“La potestad disciplinaria será ejercida por las autoridades institucionales competentes a través de un racional y justo procedimiento administrativo”*, norma de gran relevancia puesto que supone una mención expresa al bloque constitucional de garantías del debido proceso. La misma norma, reiterando lo que dispone la ley de las Fuerzas Armadas, agrega que *“El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de Disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle”* y el artículo 37°, complementando lo anterior, señala que *“El personal de Carabineros estará sujeto a todas aquellas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que se establezcan en el Estatuto del Personal y demás normas legales y reglamentarias”*.

Vale decir que es una característica definida de esta ley el entregar derechamente a la ley común y a las disposiciones reglamentarias complementarias todo lo que significa la regulación del ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de Carabineros.

Sin embargo, la misma ley se encarga de precisar que son causales de retiro absoluto del personal de nombramiento supremo la de ser separado del servicio o suspendido por medida disciplinaria administrativa o por sanciones penales impuestas conforme al Código de Justicia Militar (Art. 41° letra c); y la de ser eliminado por lista de clasificación o sanción disciplinaria de carácter expulsivo establecida en proceso administrativo (Art. 41° letra g). Esta última causal también se aplica al personal de nombramiento institucional, según el artículo 43° letra d.

Por lo tanto, y a pesar del interesante resguardo establecido en el artículo 36° ya citado, cabe dirigir especial atención a la manera como se ejerce la potestad disciplinaria administrativa, en atención a las graves consecuencias que su ejercicio puede acarrear para el personal de Carabineros.

Finalmente, el artículo 50° reitera el concepto de mando militar de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, haciéndolo aplicable a Carabineros. *“Mando es el ejercicio de la autoridad que la ley y los reglamentos otorgan a los oficiales y demás personal de Carabineros sobre sus subalternos o subordinados por razón de destino, comisión, grado jerárquico o antigüedad.*

El mando policial en Carabineros corresponde por naturaleza al Oficial de Orden y Seguridad, y al de otro escalafón por excepción, sobre el personal que le está subordinado en razón del cargo que desempeña, o de comisión asignada y que tiende directamente a la consecución de la misión encomendada a Carabineros de Chile. Es total, se ejerce en todo momento y circunstancias y no tiene más restricciones que las establecidas expresamente en las leyes y reglamentos”.

ESTATUTO DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Uno de los aspectos más relevantes de esta norma legal está dado, en consonancia con lo dispuesto en la Ley Orgánica respectiva, por toda la detallada explicación que ella efectúa de lo que se denomina el “sistema de calificaciones”. Son elementos básicos de dicho sistema la hoja de vida, la hoja de calificación y la clasificación del personal (Art. 75° inciso final).

Dicho sistema de calificación tiene por objeto evaluar el desempeño funcionario del personal, de acuerdo con las características de su empleo, el

grado jerárquico, su especialidad y las exigencias del respectivo cargo (Art. 75° inciso 1).

La importancia de las calificaciones respecto del personal de las Fuerzas Armadas es de la máxima relevancia, toda vez que ellas sirven de base para resolver la permanencia, la eliminación del servicio o la prórroga del respectivo contrato cuando corresponda, como asimismo, para determinar la procedencia de los ascensos, mandos, destinaciones o comisiones del personal (Art. 75° inciso 2).

El sistema de calificaciones es aplicable a todo el personal, incluido el personal a contrata y el personal a jornal, con excepción de los Oficiales generales, los que están exentos de este proceso (Art. 77° inciso 1).

Ahora bien, el documento base que da inicio a todo este proceso de calificaciones y que nos conecta más directamente con el objeto de este trabajo es la hoja de vida del personal. Ella es *“el documento que contiene un registro cronológico de todas las actuaciones del personal que incidan directamente en su desempeño durante el correspondiente período de calificación”*. En ella se deben efectuar tanto las anotaciones de mérito como de demérito que lo afecten, como asimismo las que correspondan a su vida funcionaria, tales como resoluciones recaídas por investigaciones sumarias administrativas y sentencias definitivas en causas civiles y criminales (Art. 79°).

Las anotaciones de demérito son *“aquellas destinadas a dejar constancia de acciones u omisiones del personal que impliquen un desempeño reprochable, hayan sido o no objeto de sanciones disciplinarias”* (Art. 80° inciso 2). Dada la trascendencia de las mismas, se toma el debido recaudo de exigir que ellas sean puestas de inmediato en conocimiento del personal, el cual puede solicitar reconsideración ante la misma autoridad que efectuó la anotación si se manifestare disconforme con ella, pudiendo reclamar ante los superiores de dicha autoridad si ella no acogiere su recurso. En todo caso en cuanto a los plazos y procedimientos respectivos, la ley se remite al Reglamento de Disciplina respectivo (Art. 80° inciso 5).

El proceso calificadorio continúa con la hoja de calificación que se elabora al término del correspondiente período de calificación, en la cual se resume y evalúa el desempeño anual derivado de las anotaciones que registra la hoja de vida (Art. 82° inciso 1). La calificación se efectúa personalmente por el oficial que se desempeña como calificador directo del calificado, quien valorizará los conceptos que contemple la respectiva hoja de calificación y propondrá, cuando corresponda, la lista de clasificación (1, 2, 3 ó 4) (Art. 82° inciso 2).

Llama la atención en este punto, el hecho de que el oficial calificador normalmente será el mismo oficial bajo cuyas órdenes se ha desempeñado durante el respectivo periodo anual el calificado, y, por lo tanto, se trata del mismo oficial que normalmente habrá efectuado las anotaciones en la hoja de vida que después procede a evaluar. Si bien se alegará que dicho oficial será quien mejor conoce al calificado por el trato directo que tiene respecto de él, también es cierto que concentra un gran poder sobre sus subordinados, abriendo la puerta a actuaciones discrecionales en las cuales es posible que se aniden arbitrariedades fruto, entre otros aspectos, incluso de malas relaciones personales o manías, caprichos, y en general toda suerte de subjetividades que puedan estar presentes en el calificador.

Previendo esa situación, la ley dispone que en las calificaciones del personal de planta y a contrata habrá también un calificador superior, a quien corresponde aprobar o modificar la hoja de calificación de ese personal. El calificador superior es el oficial bajo cuya inmediata dependencia se desempeña el calificador directo. Sin embargo, si la calificación ha sido efectuada por un Oficial general no existe calificador superior (Art. 83°), lo cual mantiene las mismas dudas ya presentadas anteriormente dado que si bien se podría señalar que en el caso de un Oficial General la posibilidad de una actuación arbitraria es menos esperable, nadie puede dar una certeza absoluta de que ello no ocurra.

Una vez confeccionada la hoja de calificación, ésta debe ser notificada al personal, el cual tiene el derecho a reclamar de los conceptos contenidos y de su valorización dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la respectiva notificación. Dicha reclamación se eleva por conducto regular al conocimiento de la Junta de Selección que corresponda, la que resolverá (Art. 84° incisos 1 y 2).

El proceso que comentamos continúa con las Juntas de Selección, que son cuerpos colegiados que tienen diversa integración dependiendo de las personas sobre las cuales ejercen sus atribuciones. Ellas funcionan en dos períodos de sesiones. En el primer período ejercen las funciones que a continuación mencionaremos y, en el segundo, resuelven sobre las solicitudes de reconsideración que se planteen por los afectados respecto de sus acuerdos (Art. 96°).

En lo que nos interesa, corresponde a estas Juntas, entre otras atribuciones en su primer periodo de sesiones: a) Resolver, en única instancia, los reclamos que haya interpuesto el personal en contra de sus calificaciones. Las Juntas podrán aceptar o rechazar un reclamo con el solo mérito de los antecedentes contenidos en la calificación, de los que agregue el reclamante y de

los que las propias Juntas estimen necesario considerar; b) Estudiar, aprobar o modificar las calificaciones del personal para conformarlas con las hojas de vida y demás antecedentes que obren en su conocimiento, a fin de que dichos documentos reflejen, en la forma más exacta posible, el valer de cada miembro de la Institución; c) Clasificar al personal en alguna de las Listas de Clasificación, conforme al mérito de sus calificaciones; y, d) Formar, cuando corresponda, la lista de retiros (Art. 97°). Si se dispone el funcionamiento de Juntas de Selección de oficiales subalternos éstas también tendrán similares atribuciones (art. 98°), acaeciendo lo mismo con las Juntas de Selección de empleados civiles y personal a contrata (Art. 101°). Asimismo, corresponderá a la Junta Especial de Selección del Personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar, formar la lista de retiros y resolver el ingreso al escalafón de complemento, cuando corresponda (Art. 100°).

Una norma de capital importancia que preside el funcionamiento de todas estas Juntas de Selección viene dada por el Art. 104, el cual dispone que: *“Las Juntas de Selección, en el desempeño de sus funciones, deberán obtener el máximo de antecedentes posibles para formarse un juicio acertado de cada caso que estudien. Para este efecto, podrán solicitar los elementos de consulta que estimen necesarios, citar ante ella a los miembros de la Institución que consideren convenientes, solicitar a la autoridad competente la instrucción de sumarios administrativos e incluso proponer la aplicación de medidas disciplinarias cuando comprobaren errores u omisiones que denoten negligencia, parcialidad o injusticia manifiesta de parte de los calificadores.*

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

Resulta destacable comprobar cómo a través de esta norma se manifiesta una preocupación del legislador por introducir criterios de racionalidad y justicia en el procedimiento y decisión que adopten estas Juntas. No obstante, resulta criticable que todo este cúmulo de adecuadas prevenciones se consagren sólo en términos meramente facultativos para estas Juntas, quedando así entregado nuevamente al buen criterio de sus integrantes el recurrir a las medidas establecidas.

Los acuerdos de estas Juntas de Selección deben ser notificados al personal, los cuales pueden interponer recurso de reconsideración dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la notificación del acuerdo respectivo (Art. 105°).

Culminado el primer período de sesiones, las Juntas se abocan en el segundo período de sesiones a resolver dichas solicitudes de reconsideración.

Ahora bien, respecto de las resoluciones que se adopten en el segundo período de sesiones cabe interponer un recurso de apelación, pero solo en determinados casos, siendo los más importantes cuando el personal se encuentre en el caso de ser eliminado del servicio del personal de planta por haber sido clasificado en lista N°4 o en lista N°3 por segunda vez consecutiva; o por haber sido incluido en lista de retiro; o por haberse dispuesto el ingreso al escalafón de complemento; o por modificaciones a las calificaciones que signifiquen cambios en la lista de clasificación; o por modificaciones que se introduzcan a las calificaciones de los oficiales superiores.

El plazo para apelar es de 5 días hábiles, contados desde la notificación del acuerdo respectivo, siempre que el afectado manifieste su decisión de apelar dentro del plazo de 24 horas (Art. 106°).

En general, se mantiene aquí un cuidado por abrir instancias y oportunidades para que los afectados puedan hacer valer sus argumentaciones en defensa de sus intereses, pero se extraña una reglamentación más minuciosa de los procedimientos de impugnación expresados a través de los recursos de reconsideración, reclamación y apelación. En esa línea sorprende la exigencia recién señalada en orden a que el afectado exprese su voluntad de apelar en un plazo tan breve de solo 24 horas.

Para el conocimiento de las apelaciones antes señaladas se constituyen Juntas de Apelaciones. A estas Juntas les corresponde conocer y resolver en segunda y última instancia las apelaciones que interponga el personal, y tienen las mismas atribuciones que las Juntas de Selección, pudiendo, en consecuencia, solicitar antecedentes, citar a cualquier miembro de la Institución, ordenar investigaciones y otras similares. Nuevamente, en todo caso, el ejercicio de estas medidas es meramente facultativo para la Junta de Apelación (Art. 111°). Las resoluciones de estas Juntas son irrevocables (Art. 112°) y con el término de su funcionamiento termina el proceso de selección anual del personal (Art. 113°).

Constituyendo el proceso de calificación y selección el central en los Institutos armados –de ahí su regulación detallada–, debe insistirse que todo ese proceso comienza y en cierta medida descansa en las anotaciones que se hagan en la hoja de vida de cada funcionario, entre otras, de sus faltas a los deberes, obligaciones y responsabilidades del cargo, en el marco de una responsabilidad administrativa, o, en su caso, penal y civil.

El Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas se refiere a las responsabilidades del personal, estableciendo que *“El personal que infrinja sus obligaciones y deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle.*

La sanción administrativa o disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria no excluyen la acción disciplinaria” (Art. 153°).

Tal norma no constituye una innovación respecto de la norma general de responsabilidad administrativa que rige para todos los funcionarios públicos en nuestro país. Cabe destacar, asimismo, que las medidas disciplinarias deben estar previamente determinadas en la normativa pertinente, a saber, Código de Justicia Militar, Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas y Reglamento de Disciplina de la Armada (Art. 154°). En otras palabras, se reconoce aquí el principio constitucional de la irretroactividad de la norma sancionatoria.

Si se está en presencia de una infracción de gravedad y cuando corresponda, ella se podrá establecer mediante una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente, la que tendrá por objeto verificar la existencia de los hechos y la individualización de los responsables y su participación, si los hubiere (Art. 155°). El legislador remite a un Reglamento la determinación del procedimiento a seguir en estos casos.

Esta norma es destacable en cuanto señala la posibilidad de instruir un sumario administrativo para la determinación de aquellas responsabilidades que se estimen como más graves, lo cual se supone va en beneficio del imputado en cuanto se entiende que dicho procedimiento sumario le entregará garantías para su adecuada defensa. Sin embargo, el recurso a este procedimiento de investigación sumaria es facultativo y la calificación de la gravedad de la infracción que sirve de base para la instrucción del sumario queda entregada a la discrecionalidad de la autoridad competente. Asimismo, la remisión sin más trámite de la Ley a un Reglamento sobre Sumarios Administrativos, sin entregar ningún criterio o principio regulador de ese procedimiento que resulte obligatorio para la autoridad administrativa al momento de elaborar la normativa reglamentaria correspondiente, constituye una omisión grave de parte del legislador.

ESTATUTO DEL PERSONAL DE CARABINEROS

Como es de esperar, la normativa del Estatuto del personal de Carabineros presenta similitudes con su símil de las Fuerzas Armadas. Es así como el Art.

19° señala que todo el personal de la institución debe ser calificado anualmente, a excepción de los oficiales generales, manteniendo así la misma norma que rige para el personal de las Fuerzas Armadas.

El sistema de calificaciones también está basado en la existencia de Juntas, que en este caso toman el nombre de Calificadoras y que son de méritos y de apelaciones. Sin embargo, llama la atención que, a diferencia de la regulación más o menos detallada que existe de las juntas de selección en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en este caso todo lo relativo a la composición, funcionamiento y atribuciones de estas Juntas queda entregado a una norma reglamentaria, lo mismo que las calificaciones del personal y su clasificación definitiva (Art. 20°). Dada la importancia que tiene esta materia, y a la que ya nos referimos en más de una ocasión en el apartado precedente, resulta preocupante que el legislador renuncie sin mayores prevenciones a la regulación, aun cuando fuera en los aspectos más esenciales, a este trascendente tema que afecta la vida funcionaria y los derechos de todos los integrantes de Carabineros de Chile.

La única regulación relativamente más detallada es la referente a la existencia de una Junta Calificadora Extraordinaria de oficiales que se constituye por el General Director y los Generales Inspectores y que, en lo que interesa, podría acordar el retiro inmediato de uno o más oficiales superiores y oficiales jefes de fila y de los servicios, o su inclusión en el escalafón de complemento. Los acuerdos de esta Junta admiten un recurso de reconsideración por el afectado ante ella misma, no explicitando la respectiva norma si el afectado tiene algún otro mecanismo de defensa (Art. 23°).

Aparte de las normas citadas, es notoria la ausencia en el Estatuto del Personal de Carabineros de la existencia de otras normas que regulen los derechos y deberes disciplinarios de este personal, así como el ejercicio de la potestad disciplinaria, entendiéndose que hay una remisión amplia y no sólo complementaria a la normativa reglamentaria pertinente.

En este aspecto, suponemos que se ha estimado que las propias autoridades superiores de Carabineros tienen mayores elementos de juicio y criterios especializados para regular todo el tema disciplinario, sobre todo atendiendo al hecho de que el personal de Carabineros se ve afecto y enfrentado a una infinidad de situaciones que se relacionan con la vida cotidiana ciudadana en múltiples áreas y facetas y que, por lo tanto, se presenta una enorme cantidad de situaciones especiales que deben ser previstas en normativas reglamentarias muy específicas y de permanente actualización y ajuste, cuestiones que resultan mucho más difíciles de lograr a través de una regulación legal.

Sin embargo, y como ya hemos señalado, en el ejercicio de la potestad disciplinaria inevitablemente se afectarán derechos fundamentales del personal de la institución, más allá de si los procedimientos y las sanciones son justos o no, y, por lo tanto, resulta asombroso que no existan disposiciones de rango legal que aborden este trascendente aspecto, sobre todo si estamos hablando del "Estatuto del Personal".

La gravedad de este asunto parece haber pasado relativamente desapercibida, estimándose que estamos en presencia de lo que la doctrina ha llamado una inconstitucionalidad por omisión, toda vez que sabemos que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana solo pueden ser regulados, complementados o limitados por disposiciones legales, las cuales no pueden afectar esos derechos en su esencia ni imponer condiciones, requisitos o tributos que impidan su libre ejercicio (Art. 19° N°26 de la C. Política).

En la especie, y al haber una ausencia total de regulación del ejercicio de la potestad disciplinaria en el Estatuto del Personal, pensamos que hay un vacío normativo que reviste el señalado carácter de inconstitucionalidad por omisión y que necesariamente demanda una modificación del cuerpo legal en análisis a fin de incorporar en él al menos algunos principios y normas básicas referentes al tema.

En esta orfandad legislativa surge como única cortapisa el ya decisivo Art. 36° de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, que remite a las exigencias constitucionales del debido proceso para los efectos del ejercicio de la potestad disciplinaria, pero estimamos que en ningún caso esa sola mención, que además no desarrolla el conjunto de garantías específicas que ellos conllevan, sirve como elemento de salvataje para esta grave omisión legislativa. Es más, en una lógica básica de técnica legislativa, lo que correspondía es que en esta ley común que constituye el Estatuto del Personal de Carabineros, se desarrollara con mayor amplitud lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley Orgánica, dejando entregado a normas reglamentarias posteriores solo los aspectos de detalle y meramente adjetivos que rodean el ejercicio de la señalada potestad.

Al contrario de lo anterior, apreciamos aquí cómo la ley común esquivo la lógica exigencia señalada y sin más remite el tema al plano reglamentario o simplemente no señala nada, lo que es aún peor.

No es admisible que en definitiva los derechos esenciales que la Constitución reconoce a todas las personas, puedan ser afectados en el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de Carabineros de Chile en virtud

de un conjunto de normas reglamentarias que no tienen un sustento legal claro. No es posible que el legislador se limite, sin dar ningún criterio básico, a conferir una potestad amplia y discrecional a la autoridad administrativa para la regulación de una materia en donde están en juego derechos tan relevantes como la integridad física o psíquica, la honra, la vida privada, la libertad personal, etc., que pueden verse afectados por el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Hay jurisprudencia y doctrina abundantes donde se critica precisamente el hecho de cómo en ciertas ocasiones el legislador orgánico renuncia a su potestad y entrega al legislador común autorizaciones genéricas para regular aspectos que de acuerdo con la Constitución son propias de regulación orgánica constitucional. Y peor aún, también hay muchos casos en que incluso esa remisión se hace, sin más trámite, derechamente a normativa reglamentaria, en circunstancias que resulta obvio que todos los aspectos esenciales de un asunto que de acuerdo con la Constitución deben ser objeto de regulación orgánica constitucional o que pertenecen al campo del dominio legal, no pueden ser abandonados en la potestad reglamentaria, puesto que con ello se incurre en una flagrante inconstitucionalidad.

El Estatuto del Personal de Carabineros, tal como su símil de las Fuerzas Armadas, representan en este sentido uno de los mejores ejemplos de una técnica legislativa deficiente y que desconoce principios constitucionales básicos, lo cual demanda su urgente revisión a fin de adecuarlos a las exigencias internacionales y constitucionales relativas a la regulación de los derechos fundamentales de las personas.

Deberá insistirse, por último, que las exigencias constitucionales de regulación de los derechos fundamentales de las personas por normas de rango legal y que se encuentran en la citada disposición del Art. 19° N°26 responden a todo un conjunto de factores históricos de muy clara orientación y que indican cómo las autoridades administrativas terminaron por conculcar severamente los derechos de las personas al amparo de estas remisiones amplias que hacía un legislador irresponsable de la naturaleza de sus funciones. No debe olvidarse que el legislador es quien encarna, se supone, la voluntad soberana y pluralista del pueblo, y que es por tanto a él a quien corresponde la difícil y compleja tarea de dictar las normas sustantivas que determinen ni más ni menos el ejercicio de nuestros derechos fundamentales y su protección debida, resultando por ello de suma gravedad que dicho legislador renuncie a ese esencial cometido y descansa por completo en la normativa que discrecionalmente pueda elaborar una autoridad de menor legitimidad y representatividad como lo son las de naturaleza administrativa.

El papel de la ley es precisamente el de reflejar, luego de una discusión pluralista, amplia, detallada, pausada, compleja, rica en matices, equilibrada y con renunciamientos y concesiones mutuas, un cierto consenso que se nutre de todo lo anterior y que debería generar una normativa que se acerque en mayor medida a lo que sea más adecuado para las personas y que a pesar de todos los reparos y críticas que se puedan hacer al proceso legislativo y a sus partícipes, en definitiva garantiza de mejor manera nuestros derechos que una mera regulación reglamentaria elaborada unilateralmente al amparo de una autorización discrecional y respecto de la cual sólo cabe aspirar a que su autor obre bien inspirado.

REGLAMENTO DE DISCIPLINA DE CARABINEROS DE CHILE

Como veníamos señalando, es esta norma de rango reglamentario la que desarrolla con mayor detalle el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de Carabineros de Chile, encontrando aquí variadas normas que merecen destacarse.

En primer lugar, considerando que la potestad disciplinaria se ejerce fundamentalmente sobre las faltas en que incurra el personal, esta normativa precisamente señala que *“Para los efectos de este Reglamento, se entenderá por falta toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales”* (Art. 2°). La remisión a deberes “morales” resulta del todo objetable a la luz del principio constitucional de tipicidad, ya que no hay ningún catálogo normativo donde se señalen cuáles son esos deberes morales cuyo no cumplimiento constituiría una falta.

El conocer y resolver sobre las faltas de los subalternos es un deber funcional y propio de la misión o puesto que desempeñan los Oficiales de Orden y Seguridad de Carabineros (Art. 9°). La misma norma exige, además, que los procedimientos disciplinarios se tramiten con la mayor prontitud posible, aspecto destacable considerando que la justicia que tarda no es en definitiva justicia, pero que no puede tampoco recaer en una celeridad que igualmente termine sacrificando dicho supremo valor jurídico.

Llama prontamente la atención el hecho de que el conocimiento de las faltas no sólo sea de competencia exclusiva del oficial respecto de sus subalternos, sino que además este mismo las resuelve de acuerdo con sus atribuciones disciplinarias y *“con arreglo al propio juicio que se forme sobre aquéllas”* (Art. 10°). Esta facultad está pues entregada en términos bastante amplios, discrecionales y confiando en el ejercicio de la prudencia y justicia por parte del oficial respectivo, cuestión que la experiencia práctica demuestra que es

una salvaguarda muy feble, no obstante reconocerse que en una institución jerárquica la mantención de la disciplina y el respeto y la obediencia son fundamentales para la eficacia de sus misiones.

De todas maneras, el mismo art. 10° en su inciso segundo, asumiendo la posibilidad de abusos o falta de criterio, exige que en la resolución respectiva se deje constancia *“de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran a favor o en contra, o en su defecto, del hecho de estimarse que no concurre ninguna de éstas”*. Sin embargo, inmediatamente después, la misma disposición aclara que *“Su omisión no invalidará la resolución, sin perjuicio de las sanciones a que se haga acreedor el responsable”*, lo cual le resta gran parte de su importancia a la exigencia antes mencionada.

No cabe duda que quienes elaboraron esta normativa reglamentaria asumían el riesgo que significa concentrar en el oficial respectivo el ejercicio pleno de la potestad disciplinaria y por ello el art. 11° enuncia una serie de *“recomendaciones”* para quienes ejerzan esta potestad: *“Los Oficiales con facultades disciplinarias deben proceder con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia, considerando principalmente la verdadera responsabilidad del inculpado, en relación con la naturaleza o importancia de la falta.*

Deben guardar, además, la reserva y discreción necesarias para evitar que se resienta el ascendiente moral o prestigio profesional del afectado”.

En realidad, lo que debe hacer la norma es optar por la vía de crear instancias disciplinarias que estén revestidas de características que objetivamente aseguren la independencia, imparcialidad, justicia y racionalidad de las mismas, cuestión que entendemos no es fácil de lograr, pero a la cual no puede renunciarse a priori, bajo la sola argumentación de que se trata de instituciones esencialmente disciplinadas y jerarquizadas y que tienen a su cargo misiones que exigen prontitud, firmeza y eficacia en su consecución.

En aras del principio de la bilateralidad de la audiencia, el Art. 12° exige que antes de aplicarse una sanción debe oírse al afectado, aun cuando no se regula en detalle cómo opera ese mecanismo y si queda constancia en algún documento de las argumentaciones esgrimidas.

Sin embargo, la misma disposición genera un problema mayor. Dispone que *“Cuando una falta no se establezca fehacientemente por la observación del Jefe o por la propia confesión del inculpado, y, en general, cuando existan dudas sobre los hechos o grado de responsabilidad, deberán esclarecerse de conformidad con las normas dadas en el Reglamento de Sumarios*

Administrativos, cuando se trate de faltas graves o hechos de importancia, o mediante indagaciones verbales o escritas en los demás casos”.

Al tenor literal claro de la norma transcrita debemos entender que la comisión de cualquier falta, por grave que ella sea, se establecerá (o sea se dará por probada y comprobada) “por la observación del Jefe” o “por la propia confesión del inculpado”. Esta disposición resulta especialmente grave puesto que consagra la discrecionalidad más absoluta concentrada en la persona del “Jefe”. Él conoce, aprecia, da por comprobado y resuelve aplicando la sanción respectiva. Y establecer como medio alternativo para la comprobación de la falta la sola confesión del inculpado es reprochable al mismo nivel que lo anterior.

Debemos recordar nuevamente en este punto, que las faltas van a la hoja de vida del funcionario y ella después se reflejará en su calificación y clasificación y en la posibilidad cierta de ser pasado a retiro, con grave detrimento para una serie de derechos fundamentales sustantivos de que es titular.

De acuerdo con la norma en análisis, sólo cuando no se puede establecer fehacientemente la falta por la observación del Jefe o la confesión del inculpado o cuando existan dudas sobre los hechos o grado de responsabilidad, la falta deberá esclarecerse por indagaciones verbales o escritas, si no es grave o importante, o por un Sumario Administrativo, si la falta se estima grave o se trata de hechos de importancia.

Estimamos, yendo más allá de la norma transcrita, que cada vez que se impute la comisión de una falta grave siempre deberá instruirse un Sumario Administrativo antes de sancionar, y en el caso de faltas menos graves, a lo menos deben existir las indagaciones verbales o escritas de que habla la norma, debiendo dejarse constancia escrita de todo lo obrado, y guardando siempre la posibilidad de que el afectado pueda intervenir, aportando sus argumentos, descargos y pruebas, debiendo también quedar constancia escrita de ello.

Finaliza el Art. 12º, nuevamente con una recomendación que se lee como aporte interesante, pero que en sí misma no reviste mucha trascendencia, ya que nada garantiza que la verificación que se exige sea realmente tomada en cuenta para los efectos del ejercicio de la potestad sancionatoria. Señala de este modo la norma que *“antes de aplicar la sanción, el superior con potestad disciplinaria tendrá la obligación de verificar, personalmente, la forma como ésta incidirá en el próximo proceso calificador y clasificatorio del afectado, para lo cual deberá revisar la clasificación del año anterior, e incluso las restantes sanciones aplicadas en el año calificador”.*

El Art. 13° reitera un principio que es común a toda la legislación militar, al establecer que *“La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad penal y civil, y por tanto, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial, no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos”*.

El mismo Art. 13° reconoce el principio del non bis in ídem en materia administrativa, en tanto el Art. 20° otorga seguridad jurídica al establecer un plazo de prescripción de seis meses para la persecución de las faltas, aun cuando hay excepciones.

El Art. 21° contiene una norma que aun cuando puede ser también en ciertos casos un poco ilusoria, en la medida que hace intervenir a terceros superiores en el control del ejercicio de la potestad disciplinaria resulta adecuada... En efecto, se dispone que *“Todo superior que tenga subordinados con atribuciones disciplinarias, deberá informarse frecuentemente de la forma como se aplican las sanciones; revisando las Hojas de Vida y Libros de Castigos y documentación pertinente, a fin de encauzar el criterio en cuanto a la apreciación de las faltas y el uso correcto de las facultades disciplinarias que concede el presente Reglamento”*.

No siendo el propósito de este trabajo entrar en el derecho sancionatorio sustantivo, no puede dejar de resaltarse que la enumeración de faltas que pueden ser cometidas por el personal de Carabineros y que efectúa el art. 22° es extraordinariamente amplia y sobre todo, en algunos casos, discutible desde el punto de vista de la manera como se encuentran tipificadas, aumentando con ello la discrecionalidad de la autoridad sancionatoria. Además, la propia disposición señala que corresponde a la Dirección General de Carabineros complementar por medio de directivas la clasificación de las faltas, señalando su gravedad y fijar una escala aproximada de sanciones.

Bien podrá argumentarse que es precisamente esta amplitud y cierta vaguedad en la enumeración de las faltas y de sus sanciones en donde descansa la potestad disciplinaria, en cuanto son los propios mandos quienes están mejor capacitados para apreciar la mayor o menor gravedad de alguna infracción disciplinaria o cuando un hecho puede ser catalogado como falta en atención a la especificidad de la carrera profesional respectiva. Pero, si se asume esa realidad, entonces con mayor razón, y como adecuada y necesaria compensación equilibradora, se hace más urgente que desde el punto de vista formal-procesal se otorguen altas garantías a los eventuales sujetos susceptibles de ser sancionados. Lo que no resulta adecuado es dar amplia discrecionalidad tanto en el fondo como en la forma en materia de potestad disciplinaria.

Entre las sanciones disciplinarias aplicables al personal de Carabineros se encuentran la amonestación, la reprensión, el arresto, la multa, la disponibilidad hasta por tres meses, la suspensión del empleo hasta por dos meses, la calificación de servicios, la separación del servicio, el licenciamiento por razones de ética profesional y la baja por mala conducta. Como se puede apreciar, a través de la imposición de estas sanciones se afectan directamente derechos tan importantes como el de la libertad personal y el de la honra.

Ahora bien, el afectado por alguna sanción disciplinaria de aquellas que no han sido objeto de una investigación sumaria y que considere que ha sido sancionado injustamente, ofendido en su dignidad, menoscabado en sus derechos o desautorizado en sus facultades tiene derecho a reclamar, en primera instancia, ante el superior directo del que adoptó la resolución (Art. 40°). Ese superior puede confirmar, suspender, postergar, modificar o anular las sanciones que hubieren impuesto sus subordinados cuando circunstancias justificadas así lo aconsejen o se compruebe fehacientemente, con nuevos antecedentes, que se ha cometido algún error o injusticia (Art. 28°).

Si el afectado tampoco queda conforme con lo resuelto por el superior directo de quien adoptó la sanción en su contra podrá apelar ante el superior directo del jefe que resolvió en primera instancia, el cual conocerá y fallará sin ulterior recurso (Art. 41°).

Los referidos recursos de reclamación y apelación no suspenden los efectos de la medida disciplinaria, a menos que se trate de la eliminación (Art. 50°).

En consecuencia, vemos aquí cómo se respeta el principio de la doble instancia, pero se echan de menos varios aspectos tales como la nula mención a la posibilidad de contar con una asesoría o defensa jurídica que, a estas alturas, al menos debiera ser considerada como una posibilidad cierta. Tampoco se explicita el procedimiento a seguir, si es escrito u oral, y parece claro que los superiores directos conocen y resuelven según su exclusivo criterio, sin tener que sujetarse a mayores requisitos, elementos probatorios u obligación de realizar diligencias probatorias.

Sólo cabe mencionar, a título de descargo, que el superior que debe resolver un recurso de reclamación debe hacerlo en el más breve plazo (lo cual en ciertos casos puede ser contraproducente), "*con pleno conocimiento de los hechos y absoluta justicia*" (nuevamente la norma cae en recomendaciones de tipo moral y por lo demás obvias), pudiendo pedir los informes y realizar las diligencias "*que estime convenientes*", es decir, podría estimar

que no es necesario pedir ningún informe o diligencia y resolver de todas maneras basado en su sola apreciación (Art. 48°).

Es claro que en la normativa falta un desarrollo amplio de las exigencias de un debido proceso, con normas más específicas en cuanto a plazos, notificaciones, oportunidades y modos de defensa, exigencia de fundamentación de las resoluciones, escrituración, publicidad, etc., nada de lo cual aparece consignado en la normativa en referencia.

La normativa tiene en todo caso la excepción de que cuando la medida disciplinaria aplicada consiste en el retiro o la eliminación de las filas de la Institución, el afectado puede ejercer el recurso de reclamo siguiendo el conducto regular hasta llegar al General Director, quien conoce y falla en última instancia, sin ulterior recurso. Igual derecho tiene el personal cuando le afecte una medida disciplinaria que implique su clasificación en lista de eliminación (Art. 43°).

Si bien es saludable esta ampliación de las posibilidades de reclamo, hasta llegar a la máxima autoridad institucional, nuevamente hay una carencia total de normativa específica que regule la manera como se van conociendo y resolviendo estas diferentes instancias de reclamo, quedando por tanto en todos los casos a la pura apreciación discrecional de la autoridad el acoger o no el reclamo.

El derecho a reclamo y el de apelación tienen un plazo de cinco días hábiles para ejercerse y deben constar por escrito y se dirigen al superior directo del Jefe contra cuya resolución se reclama (Art. 44°). Además, el reclamo se debe referir exclusivamente al hecho que lo motiva y debe fundarse en situaciones reales y no en apreciaciones o presunciones personales. Igualmente debe contener los antecedentes o medios que justifiquen o comprueben la veracidad de lo que se expone, advirtiéndose que la reincidencia en formular reclamos o apelaciones infundados se estimará como falta grave a la disciplina (Art. 46°).

Resulta curiosa la lógica de la normativa que comentamos. Respecto del sancionador prácticamente no hay exigencias para el conocimiento y resolución de las faltas que se atribuyen a los afectados, pero respecto de éste último y su posibilidad de reclamar o apelar no sólo se fijan plazos y varios requisitos (algunos de los cuales pueden resultar difíciles de cumplir en una institución jerarquizada donde nadie quiere aparecer enemistado con sus superiores), sino que se le amenaza con sanciones por el solo hecho de ejercer su inviolable derecho a impugnar lo resuelto en su contra.

El corolario de todo este proceso disciplinario, y cuando la sanción disciplinaria se encuentra firme (es decir, cuando el afectado se manifiesta conforme con ella, o no ejerce los recursos reglamentarios o, ejerciéndolos, éstos se encuentran agotados, y cuando se trata de resoluciones que no admiten recurso alguno) es que ella se anotará en el Libro de Vida correspondiente, lo cual, por supuesto, incidirá directamente en las calificaciones y clasificación del funcionario y en su vida profesional y laboral (Art. 49°).

Emulando el recurso de revisión en materia penal, la normativa en análisis otorga una potestad revisora de oficio de las sanciones disciplinarias al General Director, *“cuando se establezca la existencia de nuevos antecedentes, cuyo conocimiento oportuno hubiese influido sustancialmente en la resolución que se revise”* (Art. 51°). No obstante, esta potestad está limitada a un plazo muy breve de sólo seis meses desde que la sanción haya quedado a firme (Art. 52°), lo cual la diferencia notoriamente del recurso de revisión en materia penal.

En definitiva, el balance de lo dispuesto en el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile no puede ser calificado como positivo. No puede desconocerse el esfuerzo por otorgar cierta racionalidad y lógica al procedimiento de sanciones disciplinarias, como tampoco puede obviarse que debe existir en esta materia una mayor laxitud en aras de la eficiencia y eficacia de la Institución y la naturaleza de las tareas que ella debe abordar. Sin embargo, en todo el espíritu de la norma hay una suposición delicada, cual es la de suponer un ejercicio juicioso, prudente y racional del mando sobre los subordinados en el ámbito disciplinario, lo cual no dudamos es la regla general, pero precisamente las normas de un debido proceso han sido establecidas pensando en aquellos casos en que el juzgador no reúne esos atributos y es entonces la normativa la que orienta su proceder en aras de la justicia, evitando que se abra paso la arbitrariedad.

El reglamento de Disciplina debe ser modificado para aumentar las medidas en pro de los afectados por procesos disciplinarios, de modo tal que ellos cuenten con mecanismos más efectivos y amplios para su adecuada defensa.

REGLAMENTO DE DISCIPLINA DE LAS FUERZAS ARMADAS

El reglamento de disciplina que rige al personal de las Fuerzas Armadas, al igual que el de Carabineros, pretende desarrollar más pormenorizadamente el ejercicio de la potestad disciplinaria de los mandos superiores sobre sus subordinados y que se encuentra muy sucintamente consagrado, como ya

vimos, en la Ley Orgánica Constitucional y en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

La normativa que comenzamos a analizar se preocupa de regular con detalle el complejo proceso de la orden que entrega el superior a su subordinado y la respuesta que éste debe tener frente a dicha orden, mecánica que constituye la esencia de la disciplina militar.

El Art. 20° precisa que *“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 una contraorden”*.

Este reglamento regula la manera como se ejerce la potestad disciplinaria, precisando que están sometidos a ella: *“a) Personal de Planta: Es aquel que desempeña cargos permanentes y ocupa plazas consultadas en la Planta de las FF.AA. (Oficiales, Cuadro Permanente y Gente de Mar, Suboficiales, Clases, Soldados y Marineros y Empleados Civiles); b) Personal a Contrata: Es aquel que desempeña cargos transitorios y cuyas plazas no están consultadas en la Planta de las FF.AA.; c) Personal de la Reserva llamado a Servicio Activo: Es aquel que no hallándose en servicio, es llamado a éste en forma transitoria; d) Los Conscriptos; e) Los Profesores Civiles y Personal a Jornal; f) Toda persona que en campaña o en el estado de guerra siga a las FF.AA. o que tenga con ellas cualquier clase de relaciones que puedan influir en sus actividades; g) Los prisioneros de guerra; h) Los civiles que viajen en calidad de pasajeros en las naves o aeronaves militares. Los alumnos de la Escuela Militar, Escuela Naval, Escuela de Aviación, Escuela Femenina del Ejército, Escuela de Suboficiales del Ejército, de Grumetes de la Armada, de Especialidades de la Fuerza Aérea y Aprendices que no forman parte del personal de planta, estarán sometidos a los Reglamentos de Disciplina de sus respectivos establecimientos”* (Art. 31°).

Manteniendo la norma general en materia de legislación militar, la norma establece que *“La circunstancia de que los Tribunales Militares deban conocer de un hecho, o estén conociendo de él, no impide el ejercicio de las atribuciones disciplinarias respecto de los inculcados por parte de sus superiores jerárquicos”* (Art. 32°). En el mismo sentido, el Art 33° precisa, a efecto de delimitar competencias, que *“Los superiores a quienes este Reglamento confiere atribuciones disciplinarias, castigarán todas las faltas contra el orden y la disciplina cometidas por Oficiales, Empleados Militares, Navales y de Aviación, Tropa y Gente de Mar y Empleados Civiles, **que no alcancen a constituir delitos penados por el Código de Justicia Militar.** En caso de duda respecto de si un hecho constituye delito o mera falta disciplinaria, sin perjuicio de la sustanciación de la investigación sumaria administrativa correspondiente, se*

enviará copia autorizada del parte correspondiente al Juzgado Militar o de Aviación que corresponda, a fin de que resuelva lo que proceda, de conformidad al artículo 132 del Código de Justicia Militar. Si este Tribunal declara que el hecho constituye una mera falta, el Jefe de la Repartición o Unidad a que pertenezca el inculpado lo sancionará de acuerdo con las prescripciones del presente Reglamento". El Art 74°, sobre la misma materia, precisa una denominación general para la expresión faltas, a saber: *"Se considerarán faltas a la disciplina todas las acciones u omisiones que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los reglamentos u órdenes de los superiores, relacionados con el servicio, que no alcancen a constituir delito".*

Al igual que en Carabineros, las faltas serán castigadas de acuerdo al propio juicio que se forme respecto de la comisión y naturaleza de las mismas el respectivo superior jerárquico del presunto culpable (Art. 60°), exigiéndosele que obre con rectitud, moderación y elevado espíritu de justicia para garantizar ampliamente la firmeza de la resolución y la absoluta corrección del procedimiento (Art. 34°).

El Art. 35°, al igual que el Art. 12° del Reglamento de Disciplina de Carabineros, plantea el mismo preocupante problema ya reseñado en su oportunidad, al disponerse que cuando la falta conste hasta la evidencia, sea por la propia observación, por un parte oficial, por otros antecedentes verbales o escritos o por la propia confesión del inculpado, "no procederá la instrucción de una Investigación Sumaria Administrativa" (ISA). Lo mismo ocurrirá "en aquellos casos en que los hechos que podrían originarla aparezcan claramente establecidos en los partes, denuncias y diligencias preliminares", debiendo, en este caso, lo Comandantes de todas las jerarquías, "hacer uso inmediato de sus facultades de mando, administrativas o disciplinarias". Como única prevención balanceadora, la norma en análisis señala que el superior, antes de hacer uso de sus atribuciones disciplinarias, deberá conocer la defensa o justificación del acusado, sin que se establezca modo o forma en que dicha defensa o justificación deba rendirse, si queda constancia de ella en algún documento escrito y si efectivamente se esgrimió.

Si no se dan los supuestos anteriores o si apareciendo ellos aún le asisten dudas a la autoridad sobre los hechos o el grado de culpabilidad deberá iniciarse la correspondiente ISA antes de ejercer la acción disciplinaria.

Es decir, nuevamente nos encontramos con que el criterio que prima será siempre la voluntad del oficial encargado de sancionar la falta, y si a su juicio ella se encuentra adecuadamente comprobada no le es necesario abrir una investigación sumaria administrativa, por grave que sea la falta y sus consecuencias que se estén imputando al afectado.

Reiteramos la necesidad, en este punto, de que ambas disposiciones, es decir, el Art 12° del reglamento de Disciplina de Carabineros, y el art. 35° de esta norma, sean objeto de una revisión destinada a garantizar de mejor manera los derechos de los imputados por faltas disciplinarias al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros, sobre todo desde el punto de vista de regular expresamente sus posibilidades, modalidades y plazos de defensa.

Los arts. 36°, 37°, 38°, 39° y 40° contemplan una serie de prevenciones importantes para los efectos de la determinación de la responsabilidad y la aplicación de la sanción correspondiente, pero no abordan el tema de la defensa del imputado. Son prescripciones que apuntan a regular el ejercicio de la potestad disciplinaria pero solo destinadas a la persona del sancionador y no del afectado. Por ejemplo, normas para determinar la calidad y extensión del castigo a aplicar, la necesidad de considerar circunstancias agravantes y atenuantes, el non bis in ídem en materia disciplinaria, la unidad de juzgador, la prohibición de rigores injustificados o de aplicar sanciones no contempladas en el Reglamento, la necesidad de guardar debida reserva o discreción y la prohibición, por regla general, de sanciones grupales. Igual cosa puede predicarse respecto de la exigencia que impone el Art. 46° en orden a que los oficiales superiores evalúen periódicamente la manera como se están ejerciendo las atribuciones disciplinarias por sus subordinados con potestad disciplinaria.

El art 41° consagra los derechos del afectado por una sanción disciplinaria a solicitar reconsideración de la misma ante el oficial que la adoptó y de reclamar de ella ante el superior directo de quien lo sancionó, siguiendo en esta línea la regla general de los recursos de reconsideración y reclamación.

La prescripción de las faltas es de seis meses desde que se tomó conocimiento de ellas por parte del superior que debe sancionarlas (Art. 43°), plazo que se interrumpe si hay proceso militar o ISA en curso.

Sin perjuicio del derecho que tiene el afectado de reclamar, de acuerdo al Art 44°, las sanciones comienzan a cumplirse, salvo causas muy justificadas, inmediatamente de impuestas.

Desde el punto de vista del derecho sancionatorio sustantivo, se fijan como sanciones disciplinarias aplicables, las cuales varían dependiendo de la jerarquía o rango del afectado, las de amonestación, presentaciones, reprobación, servicios especiales, servicios extraordinarios, arresto militar (hasta por dos meses), disponibilidad, suspensión de empleo, separación del servicio, licenciamiento del servicio, retiro y calificación de servicios (Art. 49°).

Es importante destacar que el Art. 50° exige que los castigos de suspensión del empleo, calificación de servicios, retiro, separación del servicio, rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio deben decretarse “previa la instrucción de una investigación sumaria administrativa o de antecedentes en los cuales consten la falta y la defensa del inculpado”. Esta norma, aplicable precisamente a las situaciones de sanciones más lesivas para los derechos de los funcionarios, rectifica en cierta medida los problemas que plantea el citado Art. 35°, pero desgraciadamente su última parte la desnaturaliza en cierta medida, puesto que coloca como alternativa a la ISA la posibilidad de que existan “antecedentes” (denominación genérica e imprecisa) en los que consten la falta y la defensa del inculpado, la cual, nuevamente, no queda para nada precisada en qué sentido, forma y oportunidad se podrá ejercer.

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, existiendo una clara despreocupación de la normativa por los derechos de defensa de los afectados, asumiéndose en general que la aplicación de sanciones es el proceder correcto y que ellas están bien concebidas y ajustadas a exigencias de justicia y racionalidad, de modo que se evita desarrollar una normativa más específica que cautele los derechos de defensa de los afectados. Debe suponerse, entre otras cosas, que una excesiva regulación en esta materia podría entorpecer los procesos disciplinarios y afectar la disciplina general en materia castrense, de modo que la normativa es más bien pro sancionador.

El Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas desarrolla la posibilidad de que los afectados por sanciones disciplinarias puedan impugnar las sanciones que se les impongan, a través, como ya adelantamos, de los recursos de reconsideración y reclamación, principalmente.

No obstante, llama la atención la falta de regulación que ya hemos advertido en el sentido de que si el afectado tuviera una regulación precisa de sus oportunidades de defensa ante el superior que pretende sancionarlo, se evitaría en algún grado la interposición de estos recursos.

De acuerdo a lo estipulado en el art. 78° los afectados tienen derecho a impugnar las sanciones cuando consideren que se les ha impuesto un castigo injusto o se les ha hecho una anotación en su Hoja de Vida que consideran que los afecta en sus carreras.

Los mecanismos de impugnación son, en primer lugar, el recurso de reconsideración ante el mismo Oficial que lo sancionó y, posteriormente, el de reclamación ante el superior jerárquico de quien lo sancionó. Si el afectado considera que se le ha tratado indebidamente por sus superiores o compañeros, o cuando considere menoscabados sus derechos o atribuciones, debe entablar directamente el recurso de reclamación.

Respecto del recurso de reconsideración, éste carece de toda regulación, especificándose nada más que se interpone ante el mismo superior que adoptó la medida disciplinaria (Art. 79°).

Si el superior desecha la reconsideración, manteniendo la medida, el afectado podrá interponer el recurso de reclamación, el cual se efectúa ante el superior directo de aquel que aplicó la sanción y, por conducto regular¹¹, se puede llegar con esta reclamación en sucesivas instancias hasta el Comandante en Jefe institucional en materias que digan relación con el mantenimiento de la disciplina, e incluso, hasta el Presidente de la República en aquellos casos en que considere menoscabados sus derechos y atribuciones o cuando la sanción que se le aplique sea la de retiro (Art. 79°). Si la sanción ha sido impuesta directamente por el Comandante en Jefe Institucional el recurso de reclamación sólo se podrá interponer ante el Ministro de Defensa Nacional (Art. 80°), sin perjuicio de lo ya señalado en la disposición anterior acerca de la posibilidad de reclamar ante el Presidente de la República en los casos en que allí se precisa.

Una norma muy cuestionable dice relación con el breve plazo que existe para interponer el recurso de reclamación, a saber, como mínimo transcurrida

¹¹ Según el art. 4° del cuerpo reglamentario en análisis se entiende 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 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.

una noche a contar del momento en que el reclamante tuvo conocimiento del hecho que motiva el reclamo y a más tardar dentro del plazo de tres días (Art. 83°). Juzgamos muy breve dicho plazo, sobre todo si se trata de situaciones de complejidad y donde la sanción aplicada sea grave.

Las reclamaciones deben hacerse, además, por escrito, el cual debe entregarse al superior directo, correspondiendo a éste hacerlo llegar por conducto regular al jefe al cual va dirigido dentro del plazo de 24 horas (Art. 84°).

El superior tiene un plazo de 10 días para resolver, plazo que contrasta con los tres días que tiene el afectado para reclamar. No obstante, dicho superior puede, si lo estima necesario, siendo por ello solo facultativo, disponer que se realicen diligencias o se acompañen los documentos que estime necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos, consignando por escrito todas las actuaciones verbales, las que debe agregar al respectivo expediente de reclamación. De disponerse dichas diligencias o investigaciones el plazo para fallar de diez días se cuenta desde que ellas hayan finalizado (Art. 85°).

Esta norma, que otorga mayor racionalidad, certeza y justicia al proceso, desgraciadamente, al igual que ocurre en Carabineros, es meramente facultativa como ya dijimos, y por lo tanto perfectamente el oficial encargado de resolver la reclamación puede prescindir de ella.

Si el reclamante no está de acuerdo con lo resuelto respecto de ella tiene derecho a presentar un recuso de apelación, de conformidad al Art. 86°.

El plazo para apelar es de tres días que se cuentan desde que se le notifica al reclamante el fallo de la reclamación. La apelación tiene requisitos formales, en cuanto debe ser por escrito y expresar circunstanciadamente las razones en que se fundamenta (Art. 91°). Esta norma, si bien es celebrable en cuanto admite la posibilidad de apelar, es al mismo tiempo reprochable en cuanto fija nuevamente un plazo muy breve de tres días fatales y además exige que esté fundada circunstanciadamente, lo que hace a estas alturas mucho más perentoria la concurrencia de un letrado que asesore al afectado, al menos, ya a estas alturas del desarrollo de la cuestión. Esta apelación se puede ir interponiendo sucesivamente ante los superiores jerárquicos siguiendo el conducto regular, dentro de los mismos plazos y con las mismas exigencias en cada instancia, hasta llegar al Presidente de la República, cuando sea procedente, o, en su caso, hasta el Comandante en Jefe Institucional (Art. 93°).

El resultado de la reclamación debe anotarse en la Hoja de Vida o Libro de Conducta respectivo (Art. 95°) y toda reclamación manifiestamente

infundada o que no se ajuste en su forma o fondo a las normas que rigen la conducta militar constituye una falta a la disciplina y será sancionada (Art. 96°). Esta norma, similar a la de Carabineros, es igualmente reprochable, sobre todo por su amplitud y subjetividad bajo la cual puede ser apreciada, lo que, en la práctica, puede transformarse en un potente inhibidor de la posibilidad de presentar reclamaciones por los afectados por medidas disciplinarias. Debería ser derechamente eliminada o, al menos, restringida y precisada en términos mucho más estrictos que los actuales.

Llama la atención que en el caso del personal de las Fuerzas Armadas, a diferencia del de Carabineros, no se contemple la posibilidad del recurso de revisión que sí tiene el General Director de Carabineros. Podrá argumentarse que en este caso los afectados pueden llegar hasta el Presidente de la República, pero también debe contra argumentarse que los plazos son breves y fatales, en tanto el recurso de revisión en Carabineros amplía el horizonte de tiempo hasta seis meses.

En resumen, podemos señalar que la normativa reglamentaria de disciplina de las Fuerzas armadas tiene grandes similitudes con la de Carabineros y, por lo tanto, encarna en buena medida la mayoría de los defectos que ya se comentaron respecto de aquélla.

La necesidad de reformar ambos cuerpos reglamentarios se hace pues ineludible y ello debe ser necesariamente una labor que se realice de manera simultánea con ambos textos, toda vez que en lo básico no se ven grandes diferencias entre el personal de las Fuerzas Armadas y el de Carabineros en cuanto al ámbito disciplinario desde la perspectiva de los aspectos de un debido proceso y el resguardo de los derechos fundamentales de los afectados.

REGLAMENTO DE INVESTIGACIONES SUMARIAS ADMINISTRATIVAS (ISA) DE LAS FUERZAS ARMADAS

Esta norma reglamentaria detalla minuciosamente el procedimiento para llevar a cabo las investigaciones sumarias administrativas (ISA) al interior de las Fuerzas Armadas. Así, este cuerpo normativo precisa que una investigación sumaria administrativa es *“el conjunto de actuaciones y diligencias practicadas en una fiscalía administrativa, formada por un fiscal y un secretario, nombrados por resolución competente, para averiguar y establecer las causas, naturaleza, circunstancias y los responsables de aquellos accidentes, irregularidades u otros sucesos que no son de común ocurrencia, acaecidos en el servicio o con ocasión de él, que deben ser conocidos, calificados y resueltos por las autoridad militar, naval o aérea”* (Art. 1°).

Muy importante de dejar sentado de inmediato, y según ya vimos al analizar el reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas, es que la decisión de abrir una ISA es facultativa para la autoridad militar competente. Así, el Art. 2° dispone que *“La autoridad institucional, antes de ordenar la substanciación de una investigación sumaria administrativa, deberá estudiar en detalle los antecedentes que la originan, la trascendencia del hecho denunciado y la necesidad que existe en su investigación, a fin de pronunciarse sobre su procedencia y el plazo en que deberá ser realizada”*. La misma disposición, y en lo que nos atañe, establece que *“por regla general”* corresponde ordenar una ISA *“por faltas graves o gravísimas contra la disciplina, que requieran de investigación para establecer los hechos”*. Es decir, además de que la autoridad podría no verse obligada a disponer una ISA aun en este caso, también podría considerar que los hechos se encuentran establecidos desde ya y por lo tanto estimar que no es necesaria la ISA, sino que derechamente sancionar al infractor, por gravísima que sea la falta que se le impute. También debería instruirse una ISA cuando existan actuaciones del personal que a juicio de la respectiva autoridad institucional afecten su responsabilidad funcionaria.

La aprensión anterior se ve plenamente confirmada por lo dispuesto en el art. 3°, el cual dispone que *“No procederá la instrucción de una investigación sumaria administrativa cuando la falta de que se trate conste por los medios probatorios que establece el presente reglamento, sea por propia observación, parte oficial, antecedentes verbales o escritos, o corroborada por la propia confesión del inculpado”*. Tampoco procede *“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, informando su resolución cuando fuere del caso, por los canales de mando o técnicos. El superior, antes de hacer uso de sus atribuciones disciplinarias, deberá conocer la defensa o justificación del inculpado”*. Como se ve, el margen de discrecionalidad otorgado a la autoridad militar es amplio y en definitiva dependerá de su criterio y apreciación el determinar si se abre paso o no a una ISA, mecanismo que asegura en mejor forma la posibilidad de defensa del afectado.

En cuanto al desarrollo mismo de la ISA existen normas que velan por la imparcialidad y por el actuar objetivo de los fiscales, aspectos importantes y que responden a las exigencias normales en la materia.

Sin embargo, hay un aspecto muy preocupante. En efecto, el Art 14° dispone que *“Las actuaciones y diligencias de las actuaciones serán reservadas y sólo podrán conocer de ellas el Fiscal y el secretario, la autoridad que dispuso su substanciación, los superiores jerárquicos directos de éstos, los*

oficiales de justicia que deban informar en ellas y los inculpados o afectados, en su oportunidad". Vale decir, que se trata de un sumario secreto o reservado para la persona de los afectados, aspecto que merece serios reparos en cuanto a su vigencia desde la perspectiva de lo dispuesto en el Art 8° inciso segundo de la Constitución, que consagra el Principio de publicidad para todas las actuaciones y resoluciones de los órganos del Estado y prohíbe que se establezca por norma reglamentaria el secreto de tales eventos, como sería en la especie. Además, sabemos que el secreto de un sumario implica una vulneración de los derechos básicos de defensa de un inculpado y atropella las garantías propias de todo juzgamiento, en especial si éste tiene un carácter sancionatorio. Peor aún, esta reserva se encuentra establecida por mera norma reglamentaria.

Incluso, el Art. 14° inciso segundo dispone que solo terminada la investigación se le podrá dar publicidad, *"siempre que así lo estime conveniente la autoridad a quien le haya correspondido resolver"*, apareciendo nuevamente aquí esa nociva discrecionalidad que hemos estado resaltando y que, insistimos, vulnera flagrantemente a estas alturas lo dispuesto en la norma constitucional antes citada.

Las normas sobre notificación al afectado en general responden a los parámetros de exigibilidad en la materia y los medios de prueba, así como la valoración de los mismos, también corresponde a los parámetros comunes, tales como declaraciones, confesión, documentos, informe de peritos, etc. Incluso, los fiscales pueden utilizar otros medios de prueba que estimen convenientes, los que apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

En cuanto al tratamiento particular de cada medio de prueba, la norma reglamentaria que analizamos es en general cuidadosa y trata de respetar adecuadamente las exigencias que se estiman como las racionales, justas y propias de estos casos. No obstante, se hace presente la necesidad de modificar el Art. 68° en cuanto a la reserva o secreto que allí se dispone sobre ciertos documentos y actuaciones o declaraciones que pueden ser medios de prueba, toda vez que algunos de sus puntos también pueden estimarse derogados por la introducción del referido Principio de Publicidad, en el año 2005, a la Constitución Política¹². En su defecto, esta disposición, de conformidad con

¹² El Art. en cuestión dispone que *"Se agregarán a la investigación los documentos emanados de terceras personas, presentados con el conocimiento de sus autores o dueños, y siempre que tengan relación directa con los hechos investigados. Aun sin ese consentimiento se agregarán cuando la fiscalía lo estime indispensable, pudiendo ordenar en tales casos que se mantengan en reserva por el secretario, dejándose constancia en la investigación.*

lo dispuesto en el Art. 8° de la Constitución, necesita ser respaldada por una ley de quórum calificado para poder subsistir.

Merece también algún grado de reparo el hecho de que conforme al Art. 70° cualquier miembro de las Fuerzas Armadas puede ser designado perito, aspecto que en una institución jerarquizada tiende a sembrar algún manto de dudas respecto de una imparcialidad plena del perito. No obstante, se entiende que en determinados casos el personal especializado se encuentra precisamente dentro de la Instituciones armadas, pero, hay otras opciones como el personal en retiro u otras alternativas que se pueden explorar, menos impugnables que la del personal en servicio activo. También no parece del todo racional establecer, conforme al Art. 72° inciso final, que el perito tendrá un plazo de 48 horas para evacuar su informe, aun cuando el fiscal puede ampliar ese plazo. La verdad es que resulta difícil entender cómo una persona por experta que sea podrá realizar un peritaje serio y científico en tan breve plazo.

Disposición clave la constituye el Art 84° inciso final, que señala que en el caso de que el dictamen del Fiscal arroje cargos contra determinada persona, la autoridad que dispuso la instrucción de la ISA debe ponerla en conocimiento de el o los inculpados por intermedio del fiscal y por escrito, para que respondan a dichos cargos dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación. La respuesta debe ser por escrito. El expediente se facilitará al afectado, a su representante o al abogado a quien haya solicitado su asesoría, debiendo mantenerse dentro del recinto militar.

Cuando el Fiscal estime necesario agregar a la investigación documentos secretos pertenecientes o emanados de las Fuerzas Armadas, Carabineros o la Policía de Investigaciones, los requerirá mediante solicitud fundada dirigida por conducto regular a la autoridad institucional correspondiente. Sin embargo, si la autoridad requerida considerare que su remisión puede afectar la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público o la seguridad de las personas, podrá rehusarse a ello. En tal caso, el fiscal podrá recurrir a la autoridad superior respectiva, pudiendo llegar por conducto regular hasta el Comandante en Jefe, General Director o Directo General, según el caso, quien resolverá en definitiva. El fiscal dispondrá la formación de un cuaderno separado para agregar los documentos secretos que le sean remitidos, al que se incorporarán las declaraciones de testigos que se requiera mantener en reserva para preservar secretos que interesen a la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público o la seguridad de las personas. Todos los que hubieren tomado conocimiento de estos antecedentes estarán obligados a mantener el secreto de su existencia y contenido, aun cuando hubiese terminado la investigación”.

Esta norma, en concordancia con el Art. 14°, reafirma el problema más grave de las ISA, es decir, ellas se llevan a cabo en su totalidad bajo el carácter de secretas, en especial para el o los afectados, y estos sólo se enteran de ella y de todas las diligencias y actuaciones que ha incluido una vez finalizada la misma, teniendo tan solo 5 días para elaborar su defensa y contestar. Tal situación significa una vulneración de los derechos de defensa de los afectados y del debido proceso en general y no resulta conciliable con las exigencias de la Constitución Política y los Tratados Internacionales de derechos humanos vigentes en Chile.

Llama también poderosamente la atención lo unilateral de la normativa, en el sentido de que la autoridad que debe resolver puede ordenar al fiscal que reabra la investigación y practique nuevas diligencias, sin embargo el afectado no tiene esa posibilidad aun cuando al conocer el sumario estime que es necesaria la práctica de nuevas diligencias para acreditar su argumentación. Aquí claramente no se respeta el principio de la bilateralidad de la audiencia (Arts. 88° y 89°).

En contra del fallo de la autoridad encargada de resolver, el afectado tiene derecho a interponer recurso de reconsideración dentro del plazo de tres días (Art. 90°). No conforme con lo resuelto en ese recurso, el afectado puede interponer recurso de reclamación fundado ante el superior directo del jefe contra cuya decisión se reclama, también dentro del plazo de tres días desde que fue notificado (Art. 91°). Si, a su vez, tampoco queda conforme con lo que se resuelva en su reclamación, tiene derecho a presentar un recurso de apelación ante el superior de la autoridad de cuya resolución se apela, en el plazo de tres días contados desde que fue notificado. Podrá, asimismo, interponer apelación sucesivamente del fallo de las apelaciones, hasta llegar al Comandante en Jefe institucional y sólo en aquellos casos en que el afectado o inculpado considere menoscabados sus derechos o atribuciones, o cuando la sanción que se le aplique sea la de retiro, podrá apelar hasta el Presidente de la República (Art. 92°). Todos los plazos anteriormente citados se amplían a cinco días hábiles en el caso de la Armada.

Es de celebrar que los afectados tengan estas posibilidades de impugnar lo resuelto en su contra y que, se subentiende, puedan asesorarse por un abogado en todos estos trámites, pero sería de desear que todos estos recursos no deban interponerse ante el mismo jefe que resolvió en su contra y que en muchos casos es su superior directo con el cual han estado y seguirán estando en contacto. Se entiende que se ha querido mantener la regla del conducto regular, pero tratándose de estas delicadas situaciones, sería mucho más provechoso que los recursos se interpusieran por el afectado directamente ante el superior que debe resolverlos y no ante su superior directo que lo sanciona,

aun cuando el papel de éste sea sólo el de remitir el recurso y todos sus antecedentes a su superior para que éste resuelva.

REGLAMENTO DE SUMARIOS ADMINISTRATIVOS DE CARABINEROS DE CHILE

El Art. 1° define el sumario administrativo que se puede llevar a cabo al interior de Carabineros como *“el conjunto de diligencias y actuaciones tendientes a la comprobación por vía administrativa, de hechos determinados y trascendentes, cuando haya dudas en las circunstancias o éstos resulten poco evidentes, con el objeto de establecer responsabilidades o de acreditar causas originarias de algún derecho”*.

En todo caso, la aparente amplitud o vaguedad de esa disposición se ve rápidamente superada cuando el Art. 5°, en términos taxativos, precisa que los sumarios sólo pueden ser originados por cinco causales, entre las cuales interesa destacar que se pueden instruir para *“determinar el grado de responsabilidad en las faltas disciplinarias graves en que aparezca involucrado el personal, siempre y cuando su culpabilidad y participación no esté fehacientemente establecida por otros medios”*, como también para *“apreciar administrativamente la responsabilidad de los funcionarios de la Institución que fueren acusados de algún hecho delictuoso, sea éste de la competencia de la Justicia Militar u Ordinaria”*, y *“en todos aquellos casos en que las disposiciones legales y/o reglamentarias así lo determinen”*.

Inmediatamente resulta necesario resaltar que esta normativa, siguiendo lo dispuesto en el Reglamento de Disciplina de Carabineros, y emulando lo que dispone el reglamento de ISA de las Fuerzas Armadas, deja abierta a la discrecionalidad de la autoridad pertinente la facultad de disponer la realización de un sumario administrativo, sobre todo en la determinación de las faltas disciplinarias graves, al precisar que será procedente si la culpabilidad y participación no están fehacientemente establecidas por otros medios. El Art. 6°, de hecho, desarrolla esta idea al precisar que *“Los Jefes con facultad para ordenar la instrucción de sumarios, sólo deben ejercer esta atribución, cuando los hechos no se encuentren suficientemente esclarecidos ni determinados los responsables y se trate de situaciones de trascendencia que requieran su total esclarecimiento”*. La expresión “sólo” es muy decidora.

Estimamos, como ya señalamos precedentemente, que tratándose de faltas disciplinarias graves que se imputen a una persona siempre debe ser necesaria la instrucción de un sumario administrativo.

Totalmente impugnabile resulta, pues, el Art. 7° que dispone que *“No se ordenará la instrucción de sumarios en los siguientes casos: a) Cuando, aun estando contemplado como causal, el o los responsables del hecho estén totalmente individualizados y confesos, procediendo en tal situación a formular los cargos de rigor y disponer las medidas administrativas y disciplinarias adecuadas a las normas estatuidas en los Reglamentos N°s. 8 y 11 de Carabineros de Chile, e incluso, si corresponde, la eliminación del servicio”*.

Estimamos que esta norma resulta abiertamente inconstitucional al desconocer los más elementales derechos de defensa del afectado y que baste su sola confesión para que sin investigación de por medio se le pueda incluso eliminar del servicio, acusado de cometer, entre otros motivos, una falta grave a la disciplina.

Tal drasticidad, sobre todo a la luz de las consecuencias que puede tener para los derechos fundamentales del afectado la sanción que se le pudiera aplicar, no resulta bajo ningún punto de vista conciliable con la igualdad y dignidad propias de toda persona (Art. 1° y 19 N°2 C. Política), con la igualdad de protección de sus derechos por la ley (Art. 19 N°3 C. Política), con su derecho a defensa, con las exigencias de un procedimiento e investigación racionales y justos, y, sobre todo, con la exigencia de que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado (Art. 19 N°3 incisos segundo a quinto C. Política).

Es importante destacar que en los sumarios administrativos debe procederse a la designación de un fiscal instructor, respecto del cual se pueden hacer valer las mismas causales de implicancia y recusación establecidas para los jueces, aspecto relevante para preservar la debida imparcialidad de este funcionario.

Sin embargo, también hay que señalar que de acuerdo a los Arts. 18° y 27° las actuaciones del sumario son secretas o reservadas, aspecto que guarda concordancia con lo que ocurre en las ISA de las Fuerzas Armadas, y respecto de lo cual ya hemos señalado el grave problema que presenta tal situación en relación con el adecuado derecho a defensa y el debido proceso en general que merece toda persona sujeto pasivo de una investigación sumaria¹³. Sin embargo, es dable también destacar, aspecto que no está contenido

¹³ De hecho, debe tenerse muy presente en este punto que de acuerdo al Dictamen N° 23.142, del 24 de mayo del 2007, la Contraloría General de la República ha establecido que desde el 26 de agosto de 2005, el artículo 27° del reglamento de Sumarios administrativos de Carabineros, que establece la reserva en las actuaciones de dichos procesos,

en el reglamento de las ISA, que el fiscal, en el caso de Carabineros, puede autorizar al inculpado para que tome conocimiento de aquellas diligencias que se relacionen con cualquier derecho que trate de ejercer, siempre que ello no entorpezca la investigación (Art. 27° inciso final). Una norma de esta naturaleza, al menos, debiera estar también contemplada respecto de las ISA en las Fuerzas Armadas, permitiendo atenuar en algo la grave inequidad que significa el secreto del sumario.

Aspecto también reparable se encuentra en el Art. 32° al fijarse un plazo de tan solo 10 días hábiles para la instrucción del sumario, en circunstancias que ello puede significar un grave atentado para la realización de una investigación debidamente acabada que permita con justicia determinar exactamente las responsabilidades de los involucrados. Ciertamente es que la misma norma permite que se amplíe ese plazo de investigación, pero ello es solo una eventualidad.

Los medios de prueba se encuentran establecidos (Art. 43°) y corresponden a los que en general se consagran en nuestra legislación procesal civil, estimándose que no hay un grado de apertura suficiente a la posibilidad de recurrir a otros medios de prueba, como sí ocurre en nuestro proceso penal.

Respecto de la prueba de testigos, se echa de menos un artículo que recuerde la prohibición constitucional de obligar a declarar en contra del inculpado a su cónyuge, ascendientes, descendientes y demás personas que señale la ley (Art. 19°N°7 letra e) de la C. Política). Llama también a reparo la norma del Art. 55° en cuanto le da primacía a los informes de peritos elaborados por funcionarios de la Institución por sobre los elaborados por personas ajenas a Carabineros, salvo que éstos últimos estén reconocidos como autoridades en la materia. Tal norma puede implicar un riesgo de falta de imparcialidad del perito-funcionario y al darle primacía a su informe esa eventual falta de imparcialidad puede repercutir de manera muy negativa en la vista del fiscal.

En cuanto a la confesión, es objetable que de conformidad al Art. 57° inciso final, la que se preste ante el superior que se avoque al conocimiento

ha sido derogada por el artículo 8° de la Constitución Política. La Contraloría detalla que *“En estas condiciones, y a la luz de lo manifestado por esta Contraloría General a través de los dictámenes N°s: 59.154, de 2005; 5.232, 39.268 y 47.235, de 2006, no existiendo una ley de quórum calificado que haya declarado la reserva de las actuaciones de los sumarios instruidos por Carabineros de Chile, cabe entender que éstas, desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.050, son públicas”*.

e investigación de un determinado hecho tendrá valor de plena prueba, a pesar que la norma coloca requisitos adicionales para que esa confesión tenga tal valor.

Nos parece del todo reprochable que de conformidad al Art. 62° se establezca que el inculpado podrá contestar la Vista Fiscal, o sea la acusación del mismo, por sí mismo o por medio de un oficial de fila o asimilado, eliminándose la posibilidad de que en esta decisiva instancia lo pueda asesorar un letrado. Ciertamente es que de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 19° n°3 inciso segundo de la Constitución Política, tratándose de los aspectos disciplinarios y administrativos no es exigible el derecho a ser asesorado por un letrado, pero estimamos que al imputarse una falta disciplinaria grave ese derecho debiera estar expresamente contemplado en esta norma reglamentaria.

Otro punto objetable lo representa el Art. 66° que, a propósito de las llamadas “medidas preventivas”, permite a los fiscales adoptar la medida de arresto hasta por 4 días y que incluso podría ampliarse con aprobación del jefe que ordenó la investigación sumaria. Asimismo se puede disponer la incomunicación hasta por dos días.

Por de pronto, no está del todo claro cuál podría ser el fundamento legal que autoriza al fiscal a disponer esta medida de arresto, debiendo recordarse que las medidas privativas de libertad sólo pueden establecerse por disposición legal. Podríamos estar aquí en presencia de una inconstitucionalidad flagrante. Pero más grave aún es el hecho de que la medida de arresto y la de incomunicación pueden adoptarse cuando ellos se nieguen a confesar su participación en el hecho estando acreditada su responsabilidad por los demás medios de prueba (Art. 67° letra a) y respecto de inculpados y testigos cuando sean sorprendidos en flagrantes contradicciones o falsedades de mala fe (Art. 67° letra b). Vale decir que en estos casos el arresto y la incomunicación en realidad no son medidas preventivas, sino que derechamente sancionatorias que adopta el fiscal. En el fondo se asimila las conductas descritas a una falta disciplinaria y se sanciona ello con privación de libertad, aspectos todos muy cuestionables desde la perspectiva constitucional, en cuanto a la legalidad de estas verdaderas sanciones o penas, en cuanto a los fundamentos en que ellas se basan, y en cuanto a la facultad del fiscal para disponerlas.¹⁴

¹⁴ Tan evidente es esta situación que cabe citar aquí una circular muy importante dentro de Carabineros de Chile. Nos referimos al documento “MEDIDAS PREVENTIVAS DEL REGLAMENTO DE SUMARIOS ADMINISTRATIVOS, N° 15. Imparte instrucciones sobre inaplicabilidad de Arts. 66 y 67 del Reglamento precitado. Circular Digcar. N° 1.326.- Santiago, 11 de diciembre de 1992”. En dicha circular se dispone en la parte pertinente

Siguiendo con los aspectos objetables, en relación con la vista o dictamen del fiscal instructor, el Art. 70° establece la estructura que debe adoptar y en relación con la parte considerativa de la misma consigna que debe contener las razones legales, reglamentarias, doctrinarias o meramente morales que sirvan para calificar el hecho y sus circunstancias y para establecer la responsabilidad del inculpado, cuestión sorprendente sobre todo en lo tocante a las razones “meramente morales”. Ello plantea un serio problema desde la perspectiva de que el derecho sancionatorio en general en nuestro país se rige por las normas del Artículo 19 N°3 incisos seis a ocho de la Constitución, el cual establece que toda sanción debe estar fundada en una norma de derecho preexistente y bajo ninguna circunstancia una determinación de responsabilidades, aun cuando sea de índole disciplinaria o administrativa, puede estar avalada por consideraciones morales. La misma disposición vuelve a incurrir en esta singular situación al exigir al fiscal que cite *“las disposiciones legales, reglamentarias o morales desde el punto de vista institucional en que se funde la resolución que se adopte”*. La verdad es que si bien es dable reconocer una especie de código moral bajo el cual debe regirse el personal de Carabineros, ello no es posible de extender bajo ninguna circunstancia a la aplicación de sanciones disciplinarias tales que podrían implicar hasta la expulsión del

que: *“Esta Dirección General ha efectuado un análisis relativo a la procedencia de continuar aplicando las normas reglamentarias contenidas en los Artículos 66 y 67 del Título VI, sobre Medidas Preventivas -de arresto e incomunicación-, contenidas en el Reglamento de Sumarios Administrativos, N° 15. Lo anterior, habida consideración de la normativa general, de carácter constitucional y legal, que rige el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual de las personas”*; concluyéndose en definitiva que *“Un análisis de las disposiciones constitucionales y legales que en lo pertinente se han transcrito, permiten advertir que, efectivamente, los Artículos 66 y 67 del Reglamento N° 15 antes mencionado, contravienen los derechos constitucionales que aseguran a toda persona su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*, agregándose que *“En este contexto normativo general, se advierte que las medidas preventivas que contempla el Reglamento de Sumarios Administrativos, N° 15, contravienen y exceden la Carta Fundamental. Así, en primer lugar, cabe observar que las referidas medidas tienen por fundamento jurídico una disposición de rango reglamentario contenida en un Decreto Supremo y no en una ley como lo exige la Constitución Política de la República”*. De esta manera, el alto mando de Carabineros concluye que *“Habida consideración de lo anterior, este Alto Mando, sin perjuicio de propiciar la correspondiente derogación de las normas reglamentarias señaladas, dispone adoptar en forma inmediata las siguientes medidas:*

1.- Se ordena, en uso de la facultad que el artículo 104 del Reglamento de Sumarios Administrativos, N° 15 confiere al señor General Director, no aplicar los artículos 66 y 67 del Reglamento precitado, en los Sumarios Administrativos que actualmente se estén tramitando al interior de la Institución”.

funcionario. Sobre todo, el punto más impugnado aquí es la enorme cuota de vaguedad y subjetividad que la apelación a una especie de código moral trae implicado.

La situación se sigue complicando de conformidad con el Art. 78° al establecerse allí que el inculcado, en el caso de que se considere que se hace ameritador de sanciones disciplinarias, tiene un plazo de sólo dos días contados desde el siguiente a aquel en que es notificado para poder responder. Debe recordarse que la investigación ha sido secreta y el inculcado tiene tan solo 48 horas para poder contestar, situación que linda en la irracionalidad y por tanto la hace abiertamente inconstitucional. La norma que permite ampliar a 4 días el plazo si el sumario fuere muy extenso no alcanza a atenuar los efectos de la irracionalidad denunciada. Además, el estudio del expediente debe hacerse en el lugar que determine el fiscal. Igualmente se exige que la contestación sea por escrito, con consideraciones de hecho y de derecho si se las estima procedentes (no obstante que no se contempla la asistencia de letrado) expuestas con claridad y debidamente fundamentadas. Por otra parte deben indicar los medios de prueba e incluso individualizar a los testigos, todo esto dentro de 48 horas, repetimos. En el colmo de lo abusivo deben indicarse, asimismo, las tachas que se hacen a los testigos del sumario.

El período probatorio es también de sólo 4 días, entendiéndose que este es un plazo establecido en beneficio del inculcado y nuevamente es muy breve, atentando contra el derecho reconocido en los tratados internacionales de tener el tiempo suficiente para producir y aportar las pruebas en defensa propia.

El Art. 94° reconoce el derecho del inculcado a reclamar en contra del dictamen que les ha impuesto alguna sanción, lo cual se hace ante el superior jerárquico del jefe dictaminador. Si tampoco hay conformidad con lo resuelto por esa autoridad superior se podrá reclamar ante el superior jerárquico del jefe que resolvió en segunda instancia, quien conoce y falla sin ulterior recurso (Art. 95°). Al igual que en la ISA de las Fuerzas Armadas, si la sanción consiste en la eliminación o retiro de las filas, se podrá apelar sucesivamente hasta llegar al General Director (Art. 98°). Todas las apelaciones tienen un plazo de sólo dos días, manteniéndose aquí el problema ya denunciado.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, se ha seguido un desarrollo muy lineal y jerárquico en el desarrollo de este trabajo y para los efectos de analizar la temática que nos convoca. En efecto, desde la Constitución Política hemos descendido

al nivel legislativo, primero al plano orgánico constitucional (LOC de FF.AA y de Carabineros), para después proseguir con la legislación común (Estatutos del Personal de las Fuerzas Armadas y de Carabineros), concluyendo en el nivel reglamentario general (Reglamentos de Disciplina de las Fuerzas Armadas y de Carabineros) y específico (Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas y Reglamento de Sumarios Administrativos de Carabineros).

Cierto es que aquella no es la única manera de abordar este tema, pero nos ha parecido que a través de esa estructura ha sido posible apreciar una serie de aspectos del todo lógicos que emanan de la normativa que regula el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros y que evidencian algunas carencias, inconsistencias y problemas que es necesario abordar, amén de poder ir realizando un análisis comparativo entre la legislación aplicable a las Fuerzas Armadas y la que rige para Carabineros.

Premeditadamente no hemos hecho un desarrollo acucioso de las garantías que tanto la Constitución Política como los Tratados Internacionales de derechos humanos vigentes en Chile contemplan en relación con la actuación de los órganos jurisdiccionales y la defensa de las personas que se ven sometidas a su proceder, puesto que entendemos que se trata de puntos ya conocidos por un lector medianamente interiorizado de las grandes temáticas jurídicas que hoy se debaten en nuestro país. Más directamente, cuando ha sido procedente, nos hemos referido a el o los aspectos cuestionables de la normativa que se ha analizado en relación con las exigencias que las mencionadas normas superiores plantean respecto de los derechos y garantías fundamentales de todas las personas.

En realidad el propósito fundamental de este trabajo y su utilidad máxima consiste en haber realizado un análisis relativamente detallado de una normativa prácticamente inexplorada en nuestra dogmática jurídica a la luz de tal vez el tema de mayor trascendencia que ella pueda tener desde la perspectiva de las personas. Nos referimos a evaluar el grado de respeto que se da de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el ejercicio de la potestad disciplinaria propia de los mandos al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

Ya hemos advertido que hay en esta temática mucho desconocimiento, poco interés, una especie de subcultura militar que no apunta precisamente al análisis crítico de esta normativa y una serie de prejuicios que atentan las más de las veces contra un análisis objetivo y serio.

Por eso creemos que este trabajo constituye un primer paso, una primera ventana que se abre a un área que requiere ser abordada puesto que hay problemas que solucionar y mecanismos que perfeccionar, sin que nada de ello signifique alterar la disciplina que debe existir al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros y que resulta esencial para el adecuado éxito de las misiones que se les han encomendado.

Dicho todo lo anterior, nos parece imprescindible efectuar aquí una especie de recapitulación más genérica que dé cuenta de los principales problemas que hemos detectado en la materia que se ha estudiado.

Una primera consideración que fluye nítidamente es que toda la normativa que regula el ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros está construida sobre el supuesto de que el oficial o jefe o superior que la ejerce lo hará movido con un auténtico espíritu de justicia, prudencia y rectitud, de modo tal que se asume que es él quien unilateralmente debe apreciar el comportamiento de sus subordinados, evaluarlo y, si es del caso, proceder a sancionarlos. A partir de ese presupuesto comienza posteriormente a construirse un sistema de recursos, tales como reconsideración, reclamación y apelación, que está destinado a que la decisión adoptada sea objeto de un segundo o más análisis, pero siempre dentro de la lógica del “conducto regular” y en un proceso netamente intrainstitucional.

Entendemos que hay razones no menores para justificar esta construcción. Nos referimos, por de pronto, a la necesidad de mantener la disciplina y en especial al hecho de que el subordinado entienda y asuma que debe obedecer a su superior bajo el riesgo de que él mismo será quien lo sancione llegado el caso. También entendemos que son los propios militares y carabineros quienes mejor conocen la naturaleza de las misiones y subsecuentes responsabilidades que ellas traen aparejadas para el personal en servicio y lo imprescindible que es que ellas se cumplan, de modo que aparece de cierta lógica que sean ellos mismos quienes estén más capacitados e interiorizados para evaluar las faltas a la disciplina al interior de sus instituciones.

Sin embargo, creemos imprescindible que se elaboren algunas modificaciones en esta materia, de modo de garantizar en mejor medida, y más allá de toda duda razonable, la adecuada independencia de juicio de quienes resuelven aplicar sanciones tan graves que pueden llegar hasta la expulsión del afectado o, al menos, significar una mancha muy decisiva en sus hojas de vida, lesionando varios de sus derechos fundamentales.

No es el propósito de este trabajo proponer una fórmula específica para solucionar este problema, sino el más modesto de advertir el problema e

instar a quienes tienen las competencias para ello a fin de que se elaboren fórmulas que cautelen de mejor manera esa imparcialidad de juicio que es tan decisiva en una persona que ejerce atribuciones disciplinarias.

En este mismo orden de consideraciones, y como consecuencia de lo anterior, podemos apreciar que en general la normativa no establece la necesidad de que quienes apliquen sanciones disciplinarias se sometan a demasiados requisitos de orden formal-procesal tanto para la investigación de los hechos como para la determinación de sanciones, sin perjuicio de asumir que hay una regulación más detallada en el tema de los sumarios administrativos, haciendo a la vez la salvedad que estos son siempre facultativos en cuanto a su instrucción.

En contraste, las normas plantean a veces exigencias de orden procesal-formal mucho más detalladas para los afectados en cuanto a sus posibilidades de defenderse e impugnar aquello que los afecta, en particular en cuanto a plazos para producir y aportar pruebas, para contestar, para objetar, etc., cuestión que se agrava porque en general la posibilidad de asesoría y defensa jurídica o está excluida, o no se menciona o se restringe.

Este desequilibrio entre juzgador y juzgado, notorio por lo demás, debe ser necesariamente reparado, en especial por el lado del primero, haciéndose imprescindible aumentar el entramado de exigencias de índole formal-procesal que no tiene por objeto empezar a burocratizar, enredar, hacer menos eficaz la mantención de la disciplina, sino que, y bien lo saben los procesalistas, precisamente asegurar que cada vez que se juzgue la conducta de una persona y se le pretenda sancionar ello sea fruto de un proceso previo que le haya permitido al afectado tener las adecuadas y necesarias oportunidades de defenderse y de expresar y probar sus argumentos, descargos, pruebas, defensas, contra argumentaciones e impugnaciones.

Además, debe recordarse que en cuanto al fondo, es decir, en lo relativo a la determinación de las faltas y su clasificación, e incluso en cuanto a la tipificación de las mismas, es posible apreciar que hay márgenes de discrecionalidad en beneficio de la autoridad militar. Por lo tanto, bien se puede establecer que cuando hay cierta discrecionalidad en cuanto al fondo, con cuanta mayor razón, y como necesario mecanismo de contrapeso, se hace necesario extremar las exigencias formales-procesales que eviten la arbitrariedad del juzgador.

Pasando a otra consideración, 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 también vuelven a remitirse a otra norma más específica, como es el Reglamento de sumarios administrativos, para recién allí empezar a descubrir aspectos que a estas alturas hace mucho rato que debieron estar incluidos en el nivel legal. Notable excepción a lo anterior está representado por el Art. 36° de la LOC de Carabineros que menciona expresamente la necesidad de que el procedimiento administrativo se encuadre en las exigencias constitucionales de racionalidad y justicia. Desgraciadamente esa exigencia no parece haber sido asimilada en plenitud, con posterioridad, por la normativa reglamentaria pertinente de dicha institución.

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.

No se trata de que tales normas sean derechamente inconstitucionales, sin perjuicio de que en algunos puntos específicos esa situación pudiera darse, sino que más bien 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,

la 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.

Un aspecto específico preocupante es que uno de los argumentos que se esgrimen en defensa de la manera como se ejerce en la actualidad la potestad disciplinaria es que tratándose de situaciones graves se lleva a efecto un sumario administrativo, el cual ya cuenta con una regulación específica y que establece etapas e instancias de adecuada defensa para el inculpado.

Pero al mismo tiempo se omite precisar que tanto en las Fuerzas Armadas como en Carabineros la decisión de instruir un sumario es siempre facultativa de la autoridad castrense pertinente, de modo que si ésta considera que los hechos están adecuadamente en evidencia o comprobados o ha obrado la sola confesión del inculpado, aun cuando se trate de faltas gravísimas y que pueden traer aparejadas las más duras sanciones, perfectamente podría proceder a sancionar sin abrir la correspondiente investigación sumaria, con lo cual casi todos los más elementales derechos de defensa del afectado quedan anulados y se entra a una, a nuestro juicio, clara inconstitucionalidad toda vez que la Constitución es clara para exigir que toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción (y este es el caso) debe, siempre, fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En los casos en que se aplica sanción por una falta que se estima grave sin abrir una investigación sumaria se atropella flagrantemente la norma constitucional citada.

Seguramente se argumentará que la autoridad militar es lo suficientemente juiciosa para disponer siempre una investigación sumaria si el asunto es complejo o se trata de una acusación grave al afectado. Pero la respuesta entonces es obvia. Si siempre se actúa, de hecho, de esa manera, cuál sería el problema para que en la norma se establezca de manera imperativa y siempre la necesidad de una investigación sumaria para los casos graves.

Además, imitando el proceso penal, no siempre la investigación sumaria debe ser larga y compleja, si es lo que preocupa, puesto que en la misma normativa se pueden establecer procedimientos simplificados, siempre y cuando guarden las debidas defensas para el inculpado.

Otro punto específico complicado es el carácter secreto que se le atribuye a las investigaciones sumarias tanto en Carabineros como en las Fuerzas

Armadas, aspecto del todo cuestionable sobre todo desde la perspectiva de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Dicho punto se vuelve más grave aun al considerar que los afectados tienen plazos muy breves para enterarse de todo lo que se ha obrado en su contra y contestar, sin que, por lo demás, tengan un acceso garantizado a defensa jurídica.

Sin embargo, y como se hace referencia en el cuerpo de este trabajo, hay ya jurisprudencia administrativa de la Contraloría que ha señalado que el carácter de secreto o reservado de las investigaciones sumarias es inconstitucional dado que se contrapone a lo dispuesto en el Art. 8º de la Constitución en relación con el Principio de Publicidad. Debe entenderse pues que las normas respectivas tanto en Carabineros como en las Fuerzas Armadas se encuentran tácitamente derogadas desde agosto del 2005.

En el caso particular de Carabineros es también preocupante que se hagan referencias a principios morales del todo indeterminados para los efectos de apreciar y de sancionar la conducta del personal de esa institución. Tales referencias deben ser suprimidas de la normativa en cuestión, puesto que implican desconocer las exigencias mínimas de tipicidad que la Carta Fundamental exige para toda norma que contemple sanciones a las personas y no sólo a la sola ley penal.

También podemos señalar que en la normativa reglamentaria de Carabineros se aprecian mayores vulneraciones a las garantías de una investigación y un juzgamiento racionales y justos que en la de las Fuerzas Armadas, sobre todo en cuanto a principios tan básicos como la bilateralidad de la audiencia, la producción de las pruebas, la imparcialidad de los intervinientes y juzgadores, los plazos y las oportunidades de defensa. Ello es paradójico a la luz de lo dispuesto en el señalado Art. 36º de la LOC de Carabineros.

En definitiva, creemos haber englobado en estos últimos párrafos las principales conclusiones a que hemos llegado luego de un análisis ciertamente crítico de la normativa convocada. La intención, lo repetimos una vez más, es abrir las puertas a un necesario debate que lleve a una revisión integral y concordada de esta normativa que asegure para todos los que se encuentran sujetos al ejercicio de la potestad disciplinaria al interior de las Fuerzas Armadas y Carabineros un grado superior al actual de reconocimiento y respeto por sus derechos fundamentales, en especial en instancias en que se ven sujetos a la posibilidad de sanciones particularmente graves que pueden marcarlos no solo en su vida laboral futura, sino en general en sus existencias, las más de las veces entregadas por completo a la Institución de la cual decidieron formar parte.

LA MARCA TRIDIMENSIONAL

CARLOS A. CORNEJO GUERRERO¹

SUMARIO

- I. Marco teórico.
- II. Concepto y definición de marca tridimensional.
- III. Condiciones de registrabilidad de la marca tridimensional que consiste en la forma del producto o de su envase.
 - III.1 Distintividad.
 - III.1.1 Distintividad Intrínseca de marcas tridimensionales que consisten en la forma del producto o su envase.
 - III.1.1.1 Formas no usuales como condición de distintividad de las marcas que consisten en la forma del producto o de su envase.
 - III.1.1.1.1. La Forma usual.

¹ El autor es Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Profesor Ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y tiene estudios de Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador Visitante en la Universidad de British Columbia, Vancouver-Canadá y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Ha sido Director General de la Academia de la Magistratura, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Piura, así como Vice-Decano y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte. Actualmente es Presidente de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener.