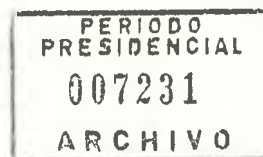


INTRODUCCION



1.- EL TEMA DE LA TRADICION VS. EXCEPCION.

La tradición en la letra y práctica constitucionales de nuestro país, constituye la facultad plena del Presidente de la República para disponer los nombramientos y retiros del personal de las Fuerzas Armadas.

La excepción de esta norma ha sido la restricción impuesta por la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA. y por el establecimiento constitucional de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe.

La proposición del ejecutivo por lo tanto viene a restituir una larga tradición constitucional y legal chilena, la que, por lo demás, corresponde al tenor de la legislación comparada al respecto.

Las normas vigentes, siendo una excepción a la tradición, tampoco fueron originadas consensualmente en los procedimientos constituyentes del autoritarismo. En varias instancias de su establecimiento hubo criterios opuestos, que seguían la tradición ya expuesta (ver anexo 1).

2.- EL TEMA DE LA PROFESIONALIZACION VS. LA POLITIZACION.

La carrera profesional de las FF.AA. obtuvo su plena consagración legal mediante el DFL. 1 de 1968. El rango orgánico constitucional que tal cuerpo alcanzó en 1990 garantiza el resguardo de su cumplimiento.

Mal puede, por lo tanto, argumentarse que la facultad presidencial alteraría los criterios Técnicos o Profesionales en materia de carrera profesional.

Paradójicamente, la Ley Orgánica de las FF.AA. ha establecido la mayor ingerencia de los Comandantes en Jefe en no respetar la carrera profesional, y toda vez que les permite proponer ascensos sin concurrir los requisitos para ello, a excepción del tiempo en el grado y de la lista de clasificación.

El criterio estrictamente profesional que los Comandantes en Jefe observarían para sus decisiones en materia de nombramientos, ascensos y retiros, es relativo. Las recomendaciones de las Juntas

Calificadoras - especialmente respecto de los grados superiores - son a menudo influidas o modificadas por los Comandantes en Jefe a su mero arbitrio.

El argumento de la politización como asáciado de la facultad plena presidencial, constituye una presentación hipotética, basada meramente en una desconfianza a priori de la capacidad de juicio ecuánime del Presidente de la República. La regla general, muy largamente respetada por los primeros mandatarios ha sido del respeto a los criterios profesional

La argumentación sobre la politización en el sentido de incentivación a los oficiales para buscar influencias políticas para asegurar sus promociones, aparte de ser también una apreciación hipotética, representa una presunción de debilidad en la formación profesional misma de los oficiales, al evidenciarse un temor frente a las conductas que ellos tendrían con un nuevo status legal sobre esta materia.

3.- LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE NOMBRAMIENTOS, ASCENSOS Y RETIROS.

Este tema constituye un argumento clave para precisar los alcances de los proyectos del ejecutivo.

En definitiva lo que se pretende es restituir la facultad presidencial plena en materia de Retiros.

Visto así, y dados los ejemplos concretos vividos relacionados con faltas a los deberes militares por parte de personal que no ha sido separado de la institución, es casi indefendible negar al Presidente el ejercicio pleno de la facultad.

La proposición de restablecer la facultad con el requisito de acompañar su ejercicio de un decreto fundado debe verse desde una perspectiva doble. Por una parte, constituiría una limitación a la facultad presidencial. Pero al mismo tiempo, representaría una carga agravante para el expediente de retiro en los casos respectivos, que el afectado presuntamente prefería no soportar.

ANEXO N° 1

HISTORIA DE LAS FACULTADES QUE LA CONSTITUCION ENTREGA AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN RELACION A LAS FF.AA.

1.- La Constitución del 25 estableció como facultad del Presidente de la República : “disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuirlas según lo hallare por conveniente”.

2.- El anteproyecto de la Comisión de Estudio de la nueva constitución dispuso en el N° 19 del Art. 37° entre otras atribuciones del Presidente, la de “Organizar las Fuerzas Armadas y de Orden de acuerdo en la Ley Orgánica Constitucional respectiva y distribuirlas a proposición de los Comandantes en Jefe Institucionales y General Director, en su caso”.

El propósito era restar discrecionalidad al Presidente de la República; por eso se suprimió la expresión “según lo hallare por conveniente” que estableció la Constitución del 25 y se sometió la organización de las FF.AA. a las disposiciones de una Ley Orgánica Constitucional y a la proposición del Comandante en Jefe.

3.- El anteproyecto elaborado por el Consejo de Estado modificó la proposición de la Comisión Ortúzar, dejando la atribución del Presidente como “Disponer de las Fuerzas Armadas de la Defensa Nacional, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional”.

Las modificaciones tendieron a reforzar la facultad Presidencial; en primer lugar, porque repuso la facultad de disponer - que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa “mandar lo que ha de hacerse” - de las Fuerzas de la Defensa Nacional, que contenía la Constitución del 25; en seguida, porque eliminó la participación de los Comandantes en Jefe en lo que a distribución de las Fuerzas se refiere; en tercer lugar porque se eliminó la referencia a Ley Orgánica alguna, señalando que la distribución se hacía en relación a las “necesidades de la seguridad nacional”.

Tanto el Consejero Carmona como Philippi, el General Izurieta y el General Huerta insistieron en la necesidad de entregar al Presidente de la República el control y mando sobre las Fuerzas Armadas, siendo para ello la facultad constitucional de disponer de ellas la clave del asunto por lo que la redacción del precepto no podía ser ambigua.

La redacción propuesta por el Consejo de Estado fue aprobada por la unanimidad de sus miembros.

- 4.- La Junta de Gobierno, en el proyecto que sometió a plebiscito en 1980, sólo innovó en relación al proyecto emanado del Consejo de Estado en que cambió la expresión "Fuerzas de la Defensa Nacional" por "fuerzas de aire, mar y tierra".
- 5.- En definitiva la única modificación en la Constitución del 80, en relación a la del 25, es que reemplazó la facultad presidencial para disponer y organizar y distribuir las Fuerzas "según lo hallare conveniente" por hacerlo conforme a las "necesidades de la seguridad nacional".
- 6.- En relación a ascensos y retiros la Constitución del 25 trataba el tema de los ascensos dentro de las facultades especiales del Presidente de la República. El art. 72 N° 7 señalaba que "es atribución especial del Presidente de la República proveer los demás empleos civiles y militares que determinen las leyes, conforme al estatuto administrativo y conferir, con acuerdo del Senado, los empleos o grados de Coroneles, Capitanes de Navío y demás Oficiales superiores del Ejército y la Armada. En el campo de batalla podía conferir estos empleos militares por sí solo".
- 7.- El anteproyecto de la Comisión Ortúzar trata el tema de los ascensos de los Oficiales Superiores en dos partes: en las atribuciones especiales del Presidente de la República y en el Capítulo destinado a las Fuerzas Armadas.

El inciso 18 del art. 27 del Proyecto Ortúzar señala como atribución especial del Presidente "efectuar por decreto supremo, los ascensos y llamados a retiro de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que se señala en esta Constitución".

En el art. 98 del capítulo destinado a las Fuerzas Armadas el anteproyecto Ortúzar prescribe que "los ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros se efectuarán por decreto supremo, a proposición del Comandante en Jefe respectivo y del General Director de Carabineros, en su caso, en conformidad a la ley y a los reglamentos internos de cada institución".

En atención a la Constitución del 25 el cambio más importante es la autonomía que entrega a las FF.AA. en materia de ascensos y retiros.

En primer lugar porque el Presidente requiere la proposición de los Comandantes en Jefe, en segundo, porque entrega a la ley y a los reglamentos internos su límite.

- 8.- En el seno de la Comisión hubo planteamientos contradictorios encabezados por Jaime Guzmán y por Juan de Dios Carmona.
- 9.- La tesis de Guzmán era no darle facultades al Presidente de la República y entregar a cada Comandante en Jefe la atribución de realizar los ascensos y llamados a retiro. La única designación que sería de la incumbencia del Presidente sería la del Comandante en Jefe, dentro de ciertos límites o márgenes.

La idea de Jaime Guzmán era constituir a las FF.AA. en instituciones sólidas, semejantes al Poder Judicial desde el punto de vista de su independencia.

La tesis de que el Comandante en Jefe asumiera la responsabilidad de los ascensos y de su inamovilidad tiene como corolario la de suprimir la facultad del Presidente de la República para llamar a retiro a oficiales subordinados a él.

Finalmente, Guzmán complementa su tesis, agregando que el Presidente, en casos calificados, podía llamar a retiro a un oficial con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional.

En cuanto a la materialización de los ascensos y retiros Jaime Guzmán estimaba que el Presidente de la República estaba obligado a dar curso al decreto cuando la proposición le fuera formulada, estando obligado a firmar la proposición del Comandante en Jefe.

- 10.- La tesis de Carmona se fundamentaba en que teniendo el Presidente la facultad para disponer las Fuerzas Armadas, ésta comprende la de efectuar los nombramientos a proposición del Comandante en jefe, manteniendo la facultad de llamar a retiro. Según Carmona las Fuerzas Armadas no son independientes si pueden tener una autonomía.

A su juicio en la tesis de Guzmán la autoridad del Presidente de la República se ve disminuída, truncando consecuentemente la obligación constitucional de obediencia de las FF.AA. si es que el Presidente no tiene la facultad de llamar a retiro a los miembros de ellas.

- 11.- El Consejo de Estado rechazó las normas propuestas por la Comisión Ortúzar, tanto porque eran contradictorias con el régimen presidencial que establecía la Constitución, como porque implicaban subordinar la autoridad del Primer Mandatario a los jefes de las Fuerzas Armadas y rompían la tradición histórica del país en esta materia.

La proposición queda redactada de la siguiente forma como facultad del Presidente "designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y el General Director de Carabineros y efectuar los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que se señala en esta Constitución".

En el capítulo dedicado a las Fuerzas Armadas complementa esta norma prescribiendo que "los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros se efectuarán por Decreto Supremo, en conformidad a la ley y a los reglamentos internos de cada institución".

El Consejo, repone la facultad del Presidente de la República para remover a los Comandantes en Jefe, elimina la proposición de los Comandantes en Jefe para los ascensos y retiros y repone la facultad presidencial para hacer los nombramientos.

La norma propuesta por el Consejo de Estado fue aprobada por unanimidad. Cabe destacar que la opinión de todos los Consejeros que habían pertenecido a las Fuerzas Armadas y Carabineros era contexte en el sentido que el Presidente de la República debía mantener intacta su facultad de designar y remover a los Comandantes en Jefe, así como disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales, reservando al Presidente como atribución exclusiva todo lo relacionado con la organización y distribución de las Fuerzas Armadas, con la sólo limitación que las normas básicas por la que se regían las Fuerzas Armadas estarán contenidas en la ley.

- 12.- La Junta de Gobierno sometió a plebiscito el siguiente artículo 32° N° 18, ubicado en las facultades especiales del Presidente de la República: "designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y el General Director de Carabineros en conformidad al artículo 93° y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas, de Carabineros en la forma que señala el artículo 94°.

En relación al proyecto del Consejo de Estado introduce tres modificaciones : precisa la forma en que el Presidente debe hacer la remoción de los Comandantes en Jefe; cambia el verbo efectuar por disponer y remite esta facultad dispositiva al art. 94.

El art. 94° prácticamente no sufrió modificaciones y prescribe : "Los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, de Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley y a los reglamentos de cada institución".

Como puede apreciarse, la Junta de Gobierno concordó con la tesis sustentada por el Consejo de Estado, salvo en lo relativo a la inamovilidad de los Comandantes en Jefe y consagró el principio de la autoridad del Presidente de la República sobre las Fuerzas Armadas, el que se manifiesta en sus facultades para organizar y disponer las fuerzas y para disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales, por decreto supremo, en conformidad a la ley a los reglamentos de cada institución.

- 13.- La reforma a la Constitución del 80 aprobada en 1989, agregó que los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros se efectuarán por decreto supremo "en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, pensión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

La razón de ser esta modificación constitucional fue otorgar una mayor estabilidad a las normas básicas relativas a las Fuerzas Armadas, al elevar el rango de la ley que las contendría.

- 14.- La Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA., alejándose del espíritu de la reforma constitucional aprobada en 1989, de la opinión sustentada por la Junta de Gobierno al proponer al país el proyecto de Constitución que se plebiscitó y del espíritu de la Constitución que se aprobó el año 1980, repuso la propuesta de la Comisión Ortúzar - que había sido rechazada por el Consejo de Estado y por la Junta de Gobierno - y entregó al Comandante en Jefe la facultad de proponer los nombramientos, ascensos y retiros.

LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL DE LAS FF.AA.

Las modificaciones que se introdujeron a la Constitución del 80 el año 1989 fueron acordadas en reuniones celebradas entre los representantes del gobierno militar señores Arturo Marín y Hermógenes Pérez de Arce; de Renovación Nacional, señores Carlos Raymond y Miguel Luis Amunategui y de la Concertación de Partidos por la Democracia señores Francisco Cumpido y José Antonio Viera Gallo.

Al redactarse el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, su texto fue sometido al conocimiento de el entonces Presidente electo Don Patricio Aylwin, y fue estudiado por sus representantes así como por representantes de Renovación Nacional junto con representantes del gobierno de la época.

Uno de los aspectos que fue observado en esas reuniones fue la limitación a las atribuciones del Presidente de la República en materia de nombramientos, ascensos y retiros.

Los representantes del Presidente electo y de Renovación Nacional, según consta de uno de sus personeros Don Carlos Raymond en declaraciones al diario "El Mercurio" de fecha 16 de Enero de 1990, propusieron que debía quedar absolutamente claro que el Presidente de la República de acuerdo con la Constitución tiene la facultad de disponer el retiro de un miembro de un miembro de las FF.AA. El Sr. Raymond estimó que no era constitucional que el Jefe de Estado tenga que atenerse a la proposición del Comandante en Jefe porque de esa manera en alguna forma se elimina la facultad que le entrega el N° 18 del art. 32 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional al tomar conocimiento de esta ley no objetó las normas que condicionan los nombramientos, ascensos y retiros a la proposición de los Comandantes en Jefe respectivos por estimar que entre las normas básicas de la ley orgánica constitucional no podrá menos que comprenderse las relativas al régimen de nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales.

Sin embargo, se estima que no puede incluirse, por vulnerar las decisiones del Presidente en tales asuntos, el condicionarla a las proposiciones previas del respectivo Comandante en Jefe.

Don Alejandro Silva Bascuñán, en un estudio realizado el 27 de Marzo de 1992 entregó numerosas y convincentes razones para estimar que

del país (art. 49 N° 6) y para nombrar al Contralor General de la República; la quina o terna previa de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema para designación de los altos magistrados (art. 75 incisos 2º, 3º y 4º); el acuerdo del Congreso para declarar el Estado de Sitio, etc, etc.

- 3.- La Constitución le reconoce al Presidente de la República la superioridad en materia de Fuerzas Armadas y la atribución especial en materia de nombramientos, ascensos y retiros militares armoniza con las atribuciones que también le entrega de disponerlas, organizarlas y

las disposiciones antes referidas serían inconstitucionales, a saber :

- 1.- El N° 18 del art. 32 de la Constitución se remite al art. 94 de la norma tan sólo para entregar a éste la forma en que el Presidente de la República debe ejercer la facultad que aquel texto le confiere de designar y remover a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Carabineros y de disponer los nombramientos, ascensos y retiros de sus oficiales.

Cumpliendo el objetivo enunciado por el N° 18 del art. 32, el art. 94 fija, en efecto, la forma en que ha de ejercerse la facultad del Presidente y señala que se efectuará "por decreto supremo".

- 2.- Si entre las normas básicas enunciadas en el art. 94, la ley orgánica que las desarrolla establece que el Primer Mandatario debe condicionar su decisión, en materia de nombramientos, ascensos y retiros, a proposiciones de los Comandantes en Jefe, éstas pugnan sustancialmente con la esencia de la facultad presidencial.

No puede considerarse atribución especial del Jefe de Estado aquella que tenga que ser necesariamente compartida en su misma esencia con otro órgano.

Si el Presidente de la República entrega una proposición de nombramiento o ascenso, la posición anómala es menos conflictiva, por cuanto podrán formularse nuevas proposiciones hasta encontrar una en que concuerden el criterio del Primer mandatario con el Jefe Castrense.

La dificultad que se abre en materia de un retiro tiene mayor gravedad y trascendencia porque el Jefe de Estado no podrá ordenar un retiro al que se oponga el Comandante en Jefe; situación que se agrava si se considera que el Jefe de Estado sólo puede levantar la inamovilidad del

Finalmente, cabe hacer presente que al momento de dictarse la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA. los Ministros designados por el Presidente Electo para desempeñar las carteras de Defensa Nacional y Secretaría General de la Presidencia señalaron específicamente que el no cumplimiento de los acuerdos de redacción que se había logrado previamente no comprometía al futuro gobierno el que, en su oportunidad, propondría al Congreso nacional las modificaciones correspondientes. Declaraciones en igual sentido pronunciaron el entonces Presidente del Partido Renovación Nacional Sergio Onofre Jarpa (diario La Segunda del 16 de Enero de 1990) y don Carlos Raymond.

ANEXO N° 3

PROFESIONALISMO DE LAS FFAA.

EN DFL. N° 1, DE 1968

El profesionalismo de las Fuerzas Armadas estaba consagrado en el DFL N° 1 de 1968, que contiene normas expresas y muy precisas sobre el ingreso a la carrera militar, los ascensos, calificaciones y retiros, lo que evita, en forma absoluta, la discrecionalidad de las autoridades respecto de ella.

A continuación se reseñan algunos ejemplos de lo enunciado anteriormente.

Ingreso

Los Oficiales de Armas, Material de Guerra e Intendencia (E) y los Oficiales de Línea (A y FA) provendrán de las Escuelas Militar, Naval o de Aviación. Los Oficiales del Servicio Femenino Militar, tanto de Línea como de los Servicios, provendrán de la Escuela de Servicio Femenino Militar (Art. 23°)

El Personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar, sólo provendrá de las Escuelas Institucionales.

Ascensos

Los ascensos se concederán en los respectivos escalafones siguiendo el orden de antigüedad y considerando los requisitos, disposiciones y excepciones que se establecen en el presente Estatuto y en el Reglamento Complementario respectivo. (Art. 32°).

Oficiales : El Reglamento Complementario determinará la forma de cumplir en cada Institución y grado de requisitos de ascenso pudiendo considerarse, entre otros, según procede :

- Tiempo en tropa, tiempo de embarcado o años de servicios en Unidades o Escuelas.
- Mando.
- Curso de requisitos de ascenso.
- Lista de Clasificación.
- Especialidad para ciertos grados.
- Servir puestos o cargos de especialidad y
- Requisito de vuelo.

Los Decretos Supremos que dispongan los retiros de los Oficiales o su ingreso al escalafón de complemento, se cursarán sin otro antecedentes que un certificado del Director del Personal que acredite dichas circunstancias (Art. 93°).

La lista anual de retiros se formará sucesivamente con :

Asimismo, el Reglamento Complementario respectivo, determinará y fijará las excepciones pertinentes y requisitos especiales, tales como exámenes reglamentarios, memorias o trabajos profesionales, permanencia en zonas del territorio, etc. (Art. 38°).

El Presidente de la República podrá dispensar, por una sola vez en la carrera, el cumplimiento de uno o más requisitos para el ascenso, salvo el tiempo en el grado (Art. 39°). Esta facultad la tiene el Comandante en Jefe respecto del Cuadro Permanente y Gente de Mar (Art. 53°).

Antigüedad

La antigüedad para el nombramiento de los Alféreces y Guardiamarinas será determinada de acuerdo con el procedimiento que cada Institución establezca en los respectivos Reglamentos Orgánicos de las Escuelas Militar, Naval de Aviación y de Servicio Femenino Militar (Art. 56°).

Existen normas precisas para determinar la antigüedad dentro de cada escalafón (Art. 59°), entre diferentes escalafones (Art. 60°) y entre las diferentes Instituciones (Art. 61°).

Calificaciones

El desempeño funcionario del personal de planta y a contrata será anualmente calificado por los Comandantes o Jefes de Reparticiones de quienes dependa directamente, basándose para ello en los conceptos contenidos en las correspondientes hojas de vida (Art. 72°).

Para el conocimiento, estudio y valorización de las calificaciones y apelaciones del personal de planta y a contrata se convocarán y constituirán anualmente Juntas de Selección y Juntas de Apelación en cada una de las Instituciones de las FF.AA., en conformidad al Reglamento respectivo (Art.

EN LA LEY 18.948
ORGANICA CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS

Las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional recogieron esta normativa, aumentando la discrecionalidad del Comandante en Jefe, quien de acuerdo al art. 31° podrá dispensar el cumplimiento de uno o más requisitos de ascenso, con excepción del tiempo en el grado y el de lista de clasificación. Además, tendrá la facultad privativa de proponer el ascenso a Mayor General o grado equivalente.

JORGE BURGOS
Enero-1993
(NOTA: OPINION DE P.A.A. SOBRE
AUTOR Octo.)