

IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DEL SERVICIO MILITAR*

MARIELA RUBANO LAPASTA**

INTRODUCCIÓN

EL SIGLO XX quedó marcado por dos grandes conflictos bélicos y una tercera guerra que fue la llamada Guerra Fría. En el presente siglo XXI, hemos experimentado profundas transformaciones producto del desarrollo de las tecnologías y de la globalización, proceso inevitable de producción, acceso y transferencia de información, que se acrecienta en forma más acelerada y sistemática, conforme avanza el desarrollo tecnológico.

En este contexto, se hace necesario reformar las instituciones para adecuarlas a los acelerados cambios que experimenta la sociedad. Cabe preguntarse si la institución del Servicio Militar Obligatorio debe mantener su significado originario; o si, por el contrario, corresponde su reforma a efectos de adaptarse a la nueva realidad histórica, social y cultural, a fin de tutelar que la institución cumpla con sus cometidos específicos; tema que –por cierto– involucra a toda la comunidad en su conjunto.

Aceptando la validez de las enseñanzas de George Burdeau, toda Constitución debe reflejar “la idea de derecho predominante en dicho momento histórico”¹. Por tanto, debe tener estabilidad, permanencia en el tiempo y la flexibilidad para adecuarse a los cambios históricos, políticos, socio-económicos y culturales, producto de los avances tecnológicos y de la sociedad de la información.

El tema objeto de esta ponencia lo abordaré considerando: el rol del Estado y sus instituciones en materia de Defensa Nacional; las funciones asignadas al Estado, en particular, la función de seguridad; los fundamentos sociológicos y jurídicos en la relación: persona, sociedad y Estado; la historia fidedigna de la norma contenida en el artículo 22 de la CP, es decir, conocer la intención del constituyente que emana de las Actas Constitucionales de la CENC; además incluiré algunas consideraciones respecto al Proyecto de Ley sobre Modernización del Servicio Militar Obligatorio en trámite, a la luz de la norma constitucional, y, por último, me permitiré una reflexión final.

*Ponencia expuesta en el Seminario “El servicio militar y su proyección social”, realizado en la USS.

**Abogado, Magister en Derecho Público.

¹Burdeau, Jorge: *El Estado*, Argentina, Edit. Depalma, 1997.

ROL DEL ESTADO Y SUS INSTITUCIONES

El hombre es un ser racional, dotado de inteligencia y voluntad, es un ser social necesita de los demás para lograr su plena realización, y por ende requiere de una autoridad que encauce sus actos, por lo que también es un ser político.

De esto se explica que la sociedad puede ser entendida como: “Un converger ordenado de las personas a su perfección común, y un complementarse ellas en la comunicación mutua de las diversas y multiformes participaciones particulares de esa perfección”².

Bajo esta perspectiva resulta lógico que la sociedad políticamente organizada o Estado, persiga como fin asegurar el conjunto de condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de sus miembros alcanzar su más plena realización posible, tanto en el plano espiritual como en el material.

A partir de este bien común que corresponde al fin objetivo del Estado, se deriva una serie de fines particulares y específicos que no son sino formas concretas históricas de ir realizando el bien común de una sociedad determinada.

Así se explica que el Estado constituya una institución permanente que se proyecta en el tiempo más de sus integrantes y cuya supervivencia está asociada a la idea misma de lograr la concreción del bien común.

FUNCIONES DEL ESTADO

Desde los aportes de Montesquieu a la teoría política, se exige que cada una de las diversas funciones del Estado se encuentren radicadas en órganos diferentes, que actúen con la debida independencia, como forma de asegurar la libertad y de evitar la concentración ilimitada de poder, vulnerando los principios esenciales de todo Estado de Derecho, y en consecuencia, se puede eventualmente determinar las responsabilidades y aplicar las sanciones que determine la ley³.

Ahora bien, en el moderno Estado Democrático y Social de Derecho dicha separación de funciones no puede ser absoluta, sino que se ejerce en forma coordinada entre los diversos titulares del poder, al punto que los sistemas de pesos y contrapesos entre ellos (checks and balance) han cobrado particular relevancia.

En consecuencia, los diversos órganos del Estado cumplirán sus funciones de manera coordinada, sin que se viole la independencia y el principio de separación relativa de las funciones. Ello no implica desconocer la especialidad, sino que estas funciones están radicadas en órganos más competentes y especializados.

Este principio de la especialización ha generado, por ejemplo la necesidad de tecnificar, cada día más, los Parlamentos, la de fortalecer la independencia de los tribunales de justicia, particularmente desde el punto de vista económico y la de radicar una serie de decisiones en los Ejecutivos, a objeto de que las necesidades públicas sean satisfechas con prontitud y eficiencia.

²Peña Torres, Marisol: “Fuerzas Armadas, Amenaza Interna y Seguridad Nacional”, en *Revista de Derecho Público* Nº 50, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, julio-diciembre 1991.

³Peña Torres, Marisol: *op. cit.*

Estas exigencias derivadas de los nuevos requerimientos y necesidades de la sociedad moderna no sólo son aplicables a los órganos que ejercen las funciones tradicionales del Estado, sino que, también a aquellos que han pasado a ejercer otras funciones indispensables para su modernización, como son las funciones de control y la de seguridad.

Es decir, junto con las funciones tradicionales, con el correr del tiempo han surgido nuevas funciones jurídicas.

FUNCIÓN DE SEGURIDAD

Con el devenir de la historia del pensamiento y de la organización política, la función de seguridad ha tenido un papel de gran importancia, aún cuando Montesquieu no la señalara entre las funciones clásicas del Estado.

En efecto, Thomas Hobbes sostenía que en el estado de naturaleza, el hombre vivía en un permanente estado de inseguridad, debido a que estaba dominado por sentimientos de ambición y de placer que los llevaba a una lucha permanente con el resto de los hombres.

Señalaba que “si dos hombres cualesquiera desean la misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos; y en su camino hacia su fin se esfuerzan mutuamente en destruirse o subyugarse”. Así “no hay para el hombre más forma razonable de guardarse de esta inseguridad mutua que la anticipación; esto es, dominar por fuerza o astucia a tantos hombres como pueda hasta el punto de no ver otro poder lo bastante grande para ponerle en peligro”.

Esta realidad, según Hobbes propia del estado de naturaleza, es la que le lleva a sugerir la idea de celebrar un pacto que ponga fin a esa situación de inseguridad.

Más allá del aporte que nos da la historia de las ideas políticas, para comprender el exacto alcance de la función de seguridad dentro del Estado moderno, es preciso tener presente que toda sociedad registra la presencia permanente de dos fenómenos: el conflicto y el consenso o, en otras palabras, el acuerdo y el desacuerdo sobre algunos aspectos de la convivencia.

Puede ocurrir que el nivel de conflicto o de desacuerdo llegue a tales extremos que amenace desintegrar el cuerpo social y, en definitiva, la supervivencia misma del Estado Nación.

Lo anterior lleva a sostener que la función de seguridad se refiere, básicamente, a mantener reducido el conflicto latente en toda sociedad a un grado tal que no perturbe la convivencia pacífica y ordenada, favoreciendo, el desarrollo nacional.

El profesor argentino Mario Justo López indica que el fin mediato de la actividad política es la preservación de la sociedad⁴. En este contexto se explica, entonces, que la finalidad última de la función de seguridad sea la preservación de la Nación en cuanto sustrato del Estado, esto es, de la comunidad de personas, familias y grupos intermedios que comparten determinados intereses y valores, los que se han profundizado con el hecho de la convivencia.

⁴Mario Justo López: *Introducción a los estudios políticos*, Vols. I y II. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1987.

En el Estado moderno, la función de seguridad se ha desarrollado con un apellido. Así, se habla de la seguridad nacional para indicar aquella: "Necesidad vital de la República, cuya satisfacción es un deber del Estado y una función política de su gobierno destinada a preservar su supervivencia y a protegerla contra los riesgos, amenazas y/o vulnerabilidades que atenten con el desarrollo integral en procura del bien común, conforme a las disposiciones contenidas en la CP, a las leyes de la República y a las normas de derecho internacional, según corresponda".

En un sentido similar, el profesor Enrique Evans de la Cuadra (integrante de la CENC), sostuvo que el constituyente de 1980 concibió la seguridad nacional como: "El conjunto de exigencias de la organización social y de cautelas jurídicas que garanticen la inexistencia de riesgos y de conflictos que conduzcan o puedan conducir a un deterioro de la normalidad en lo externo e interno"⁵.

Bajo esta perspectiva, debe sostenerse que la seguridad nacional es parte integrante del bien común del Estado, aún cuando no puede entenderse en términos tan omnicomprendivos que abarque todo ese bien común.

En consecuencia, la función de seguridad nacional supone:

1. La defensa de la soberanía y de la integridad territorial del Estado en el contexto de sus límites geográficos.
2. La garantía del orden público y la seguridad pública interior, particularmente frente a fenómenos modernos, de particular peligrosidad, como son la subversión y el terrorismo.
3. La defensa de la institucionalidad que el pueblo se ha dado en ejercicio libre de la soberanía que le corresponde, lo que puede ser estimado como un aspecto de la soberanía interna.

Lo anterior incluye, entre otros aspectos, contribuir al respeto de la autonomía del Poder Judicial, prestando el auxilio necesario a los órganos que administran justicia para dar eficacia al derecho; garantizar que cada órgano del Estado pueda adoptar sus decisiones y cumplir sus funciones sin presiones indebidas o ilegítimas de parte de personas o grupos determinados y adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar un quiebre de dicha institucionalidad con el consiguiente peligro para la armonía y la pacífica convivencia nacional⁶.

Sobre el particular, los profesores Francisco Cumplido y Humberto Nogueira sostienen que las Fuerzas Armadas "más que un servicio público, constituyen una auténtica institución, agregándose que: "Desde la formulación del constitucionalismo clásico, las Fuerzas Armadas desempeñan una función técnica, subordinada jerárquicamente al poder civil, constituyendo un instrumento destinado a cumplir las responsabilidades de seguridad exterior y de colaboración en el mantenimiento del orden interior en los casos contemplados por la Constitución"⁷.

⁵Evans de la Cuadra, Enrique: *Los derechos constitucionales*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1986.

⁶Peña Torres, Marisol: *op. cit.*

⁷Nogueira Alcalá, Humberto; Cumplido C., Francisco: *Derecho político, introducción a la política y teoría del Estado*. Santiago, Editorial Salesiana, 1987.

Como lo sostiene el señor Comandante en Jefe del Ejército, General Juan Emilio Cheyre, la función militar en la sociedad se traduce en: la disuasión, la cooperación internacional, la cohesión nacional y la colaboración al desarrollo. La normativa aplicable es: la Constitución Política, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (N° 18.948 de 27 de febrero de 1990), la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (N° 18.575), la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (N° 18.415) y las políticas de defensa nacional.

FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS Y JURÍDICOS EN LA RELACIÓN: PERSONA, SOCIEDAD Y ESTADO

Como ya se expresó, el hombre desde su nacimiento está vinculado con otros seres humanos por relaciones interpersonales, que van desde la familia hasta el estado, y que son condiciones necesarias para que el desarrollo individual sea posible. Junto a los derechos individuales existen *deberes* hacia esas relaciones comunes. Los derechos y deberes van de la mano, es decir, para que los primeros estén garantizados son necesarios los segundos. Por esta razón, todo Estado democrático y constitucional de derecho contiene en sus constituciones una declaración de derechos y deberes. Los primeros son reconocidos como expresión de la naturaleza humana, y los deberes declarados para garantizar realmente el ejercicio de esos derechos.

De la concepción antropológica expuesta resulta un principio social que fundamenta las actividades de defensa, y la necesidad del servicio militar: la solidaridad. La idea de la solidaridad expresa la relación de interdependencia de las personas; las personas se necesitan mutuamente desde que nacen, porque sólo mediante su vinculación recíproca pueden autorrealizarse individualmente y desarrollar una comunidad que potencie el conjunto. De este principio, se deriva una demanda de carácter normativo: las dependencias recíprocas obligan a deberes recíprocos, como son los deberes de responsabilidad de individuos y de grupos en el cuidado de sus relaciones recíprocas, de los individuos y grupos en el cuidado de sus instituciones comunes, y de los órganos estatales en el cuidado y el respeto de las personas y grupos que son el fundamento de su legitimidad⁸.

Por lo expuesto, del principio de la solidaridad se sigue que cada miembro de una sociedad es co responsable por el bien común, y cada comunidad es responsable por el bienestar de sus miembros.

Para que los deberes comunes de responsabilidad queden garantizados es necesario un orden legal e institucional. Por este motivo, uno de los cometidos del Estado, entendido en su dimensión de toma de decisiones que obliga, consiste en declarar algunos de nuestros deberes de solidaridad en forma de leyes e instituciones.

En ese sentido, la defensa es un deber común de solidaridad, y por lo tanto el Estado debe reconocerla y promoverla por medio de leyes e instituciones que garanticen la participación de los ciudadanos en el cuidado del bien común.

Por otro lado, las leyes e instituciones debieran ser condiciones de estímulos para el incremento de la solidaridad y de la integración nacional.

⁸Valdivieso, Patricio: *Reflexiones éticas sobre los fundamentos del servicio militar*, Instituto de Ciencia Política, Pontificia U. Católica Chile, Santiago, 2001.

En consecuencia, las formas concretas adoptadas por el sistema de defensa, y del servicio militar dentro del mismo, debieran de contribuir a reformar la solidaridad nacional, en el sentido de ser instituciones que estimulen positivamente el espíritu de lo común entre las personas que integran la comunidad nacional.

El Estado y sus instituciones se fundamentan en la voluntad de los ciudadanos para estar integrados, vivir en un territorio común, y funcionar según reglas comunes.

Los órganos e instituciones del Estado, tienen la función de garantizar el orden común interno de la sociedad y de preservar la seguridad y la paz en las relaciones del Estado con otros Estados. El Estado es la única instancia legítima para hacer uso de la fuerza, con el objeto de cumplir las funciones indicadas: defensa del orden común en lo interno, y conservar la seguridad exterior.

En este contexto institucional, puede ocurrir que la conciencia individual del ciudadano entre en contradicción con los deberes que le imponga el Estado. En principio, de producirse tal problema, el ciudadano debe seguir los dictados de su conciencia, porque ella es anterior a cualquier otra objetivación colectiva, en tanto pertenece a la esfera individual. Pero si se vive en sociedad y de ello resultan beneficios para el desarrollo individual, aún cuando cada persona tenga su conciencia individual, hay deberes comunes, y la conciencia no dispensa de la responsabilidad que cabe al ciudadano respecto a los mismos. La conciencia individual tampoco justifica infringir principios generales de igualdad y universalidad de derechos y deberes.

Por tanto, en caso de producirse problemas de conciencia, el ciudadano deberá hacer un esfuerzo por fundamentar ante los demás, en los hechos ante sus autoridades, sus razones para excepcionarse de deberes comunes, porque su actitud afecta ciertos principios que sustentan el orden común de la sociedad⁹.

De lo expuesto, el servicio militar resulta ser una de las condiciones necesarias para que el sector de defensa, en su conjunto, y las Fuerzas Armadas, dentro del mismo, estén en condiciones de cumplir las *funciones estatales de seguridad*.

MARCO NORMATIVO VIGENTE

Para situar jurídicamente el deber que le asiste a todo ciudadano de colaborar en la defensa del territorio y de la soberanía que cobija su desenvolvimiento hay que tener presente, en primer término, que uno de los deberes específicos que se le imponen al ciudadano, en razón del Bien Común, es, precisamente, el de resguardar la seguridad nacional (*Artículo 1º, inciso 5º de la Constitución Política*).

Por su parte, la indispensable correlación entre derechos y deberes se ve reflejada en el hecho de que, al tenor del *Artículo 22 de la Constitución*, todo chileno tiene el deber de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.

A su turno, el *inciso tercero del Artículo 22 de la Constitución Política*, en concordancia con el *Artículo 60 N° 2 de la norma constitucional*, establece que: "El servicio militar y demás cargas personales que imponga la ley son obligatorios en los términos y formas que ésta determine". El inciso cuarto del mismo precepto agrega que: "Los chilenos en

⁹Valdivieso, Patricio: *op. cit.*

estado de cargar armas deberán hallarse inscritos en los Registros Militares, si no están legalmente exceptuados”.

La normativa legal a que se refiere la disposición citada es el *Decreto ley N° 2.306 de 1978*, que establece normas sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas.

La reglamentación legal (Decreto Ley 2.306 de 1978) declara que el deber militar se extiende a todas las personas, sin distinción de sexo, desde los 18 a 45 años de edad. Las formas de cumplir el servicio son: el servicio militar obligatorio, la reserva y la movilización. El servicio militar obligatorio puede cumplirse mediante la conscripción ordinaria, los cursos especiales o la prestación de servicios. Finalmente, el deber militar sólo puede cumplirse en el Ejército, la Armada o la Fuerza Aérea. Los chilenos que cumplen 18 años de edad deben inscribirse en los registros militares, concurrir a las convocatorias periódicas de la Dirección de Movilización Nacional, y si son seleccionados deben integrar las distintas instituciones castrenses por períodos que van de 12 a 22 meses.

De acuerdo a la normativa vigente, para el cumplimiento del Servicio Militar Obligatorio, existen tres modalidades o formas de conscripción, de acuerdo al nivel educacional, o en la etapa de los estudios en que el ciudadano se encuentra. En ese sentido, se distinguen:

1) *Curso Especial de Estudiantes*

De acuerdo al Artículo 72 estos cursos están destinados a impartir instrucción militar a personas que están cursando estudios a nivel superior.

A petición de los Comandantes en Jefe, la Dirección General de Movilización Nacional puede autorizar el funcionamiento anticipado de estos cursos, para estudiantes que cursen 3° o 4° año de enseñanza media, y que voluntariamente deseen anticipar su servicio militar.

La norma del Artículo 73 establece que estos cursos tienen una duración de 75 a 150 días hábiles y pueden cumplirse en forma fraccionada en uno a dos períodos, en general se realiza de enero a marzo.

2) *Servicio Militar Ordinario*

Es el servicio militar normal que se cumple desde abril a marzo y que tiene una duración de 12 meses para dos tercios del contingente y 14 meses para el tercio restante, en el Ejército, en la Armada dura dos años y en la FACH, un año.

3) *Servicio Militar Anticipado para Estudiantes*

Este es un sistema que se está haciendo en unidades piloto en diferentes partes del país. Se debe cumplir con los programas de instrucción que cada institución determine, los que se efectuarán dentro de los períodos que anualmente se determinen de acuerdo al decreto supremo de convocatoria.

La duración comprende 280 horas. La instrucción se efectúa dos veces al mes en días sábados y con un período de campaña de 20 días.

4) *Prestación de Servicios*

Alcanza a aquellos profesionales, o que tengan oficios o conocimientos que interesan a las FFAA. Su duración es de 180 días y se cumple en dos etapas que no excedan de 90 días cada una, debiendo mediar entre dichos períodos, a lo menos un año. Esta modalidad es decretada por el Presidente de la República a requerimiento de alguna institución de las FFAA.

5) Otra modalidad comprende el *Servicio Militar Femenino*, que existe desde el año 1999. Se convocan a 80 voluntarias de todo Chile en diferentes regiones.

En la década de 1990, los gobiernos chilenos han conservado la modalidad de servicio militar obligatorio selectivo, pero al mismo tiempo han introducido algunas reformas con el objeto de flexibilizarlo. Por ejemplo a partir del año 1997 comenzó a funcionar el sistema de doble convocatoria o llamado: el primer llamado está destinado a aquellos ciudadanos sin problemas ni inconvenientes para hacer el servicio; al segundo llamado deben presentarse todos aquellos que obligatoriamente han de ser sometidos al proceso de selección.

Asimismo, cabe agregar que una serie de normas han sido incorporadas a la Ley Orgánica Constitucional N° 18.948 de 27 de febrero de 1990 de las Fuerzas Armadas y al Decreto Ley 2.306 con el objeto de garantizar los derechos de las personas que hacen el servicio militar.

Siguiendo con el análisis legal, también corresponde citar la norma del *Artículo 158 del Código del Trabajo* (Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1994), cuyo Título IV, denominado "*Del Servicio Militar Obligatorio*", consagra lo siguiente:

"El trabajador conservará la propiedad de su empleo, sin derecho a remuneración, mientras hiciere el servicio militar o formare parte de las reservas nacionales movilizadas o llamadas a instrucción.

Con todo el personal de reserva llamado a servicio por período inferiores a treinta días, tendrá derecho a que se le pague por ese período, el total de las remuneraciones que estuviere percibiendo a la fecha de ser llamado, las que serán de cargo del empleador, a menos que, por decreto supremo, se disponga expresamente que serán de cargo fiscal.

El servicio militar no interrumpe la antigüedad del trabajador para todos los efectos legales..."

Asimismo, el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834) estatuye que:

"*Artículo 95:* El funcionario conservará la propiedad de su cargo, sin derecho a remuneración, mientras hiciere el servicio militar o formare parte de las reservas nacionales movilizadas o llamadas a instrucción. Lo anterior no interrumpirá la antigüedad del funcionario para todos los efectos legales.

El personal de reserva, llamado a servicio por períodos inferiores a treinta días, tendrá derecho a que se le pague por ese período, el total de las remuneraciones que estuviere percibiendo a la fecha de ser llamado".

Ambos cuerpos legales, están tutelando el derecho de propiedad al cargo o empleo.

Las previsiones contenidas en el Estatuto Administrativo refieren a los funcionarios de planta, que comprende a titulares, suplentes y subrogantes.

Todo lo expuesto, en conformidad con el principio básico contenido en la norma constitucional, ésta asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos por y ante cualquiera autoridad, a los efectos de limitar al máximo la discrecionalidad administrativa (Artículo 19, N° 3 de la CP).

HISTORIA FIDEDIGNA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL: ARTÍCULO 22

Historia Constitucional sobre el Servicio Militar Obligatorio

Las obligaciones militares se establecieron a partir del Reglamento Constitucional de 1811, que señaló que: “Todos los hombres libres prestarán servicios militares”. Este deber cívico se ha mantenido en las CP de 1823, 1828, 1833 y 1980.

En relación al origen de la norma contenida en el Artículo 22 de la CP, hay que analizar la labor cumplida por la CENC. La comisión tenía como fin elaborar un anteproyecto de nueva Constitución, el cual debía ser aprobado por el Poder Constituyente.

Respecto a su integración, cabe expresar que sus miembros eran expertos en Derecho Político y Derecho Constitucional. El trabajo se realizó en 417 sesiones, cuyos debates deben calificarse como extensos, profundos y de relevante contenido para conocer y comprender el sentido y alcance de los diversos preceptos constitucionales. Es decir fue una labor realizada por expertos, con carácter objetivo, que dio como resultado un anteproyecto de Constitución depurado de los vicios que se consideraban por los comisionados como las causas de la crisis de 1973.

En consecuencia, el aporte de la Comisión no se limita a la elaboración de una nueva Constitución, sino que en especial, hay que destacar su relevancia a la hora de interpretar los preceptos constitucionales.

En efecto, permite al intérprete y a la jurisdicción resolver conforme al espíritu y a la letra del texto, las situaciones que puedan plantearse.

A continuación, se aborda el *criterio de interpretación que surge de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*.

El señor Jaime Guzmán (sesión 188, celebrada el 11 de marzo de 1976) señaló que las constituciones se extienden extraordinariamente en detallar los derechos de los ciudadanos, es muy limitada en explicitar los deberes que estos tienen, lo cual transforma al ciudadano en un ente que no equilibra sus prerrogativas con sus responsabilidades, hecho que deriva también con facilidad en un sistema demagógico en la acción del cuerpo social y de las autoridades.

En virtud de lo anterior, considera importante que se establezcan ciertos deberes que, aunque no se traduzcan en normas jurídicas muy precisas, guíen a los ciudadanos, y para ello debe buscarse el justo equilibrio.

En ese sentido, considera como deber, en primer lugar, el relacionado con la necesidad y la obligación fundamental de honrar y defender a la patria, y cumplir el servicio militar obligatorio.

A su vez, el señor *Ortúzar (Presidente)* coincide con el señor *Silva Bascuñán* y el señor *Evans* en la propuesta de respetar los valores esenciales de la chilenidad, la tradición y la historia, en los términos que se acuerde.

En ese sentido, se hizo un análisis de cuáles eran los valores fundamentales que todo individuo debe respetar.

El primer valor es la necesidad de defender el concepto de la chilenidad, de la patria, en todo lo que ella significa. La patria es un valor comprensivo de la adhesión de la persona que tiene la condición de chileno o que habita el país, de la adhesión a la comunidad chilena, con todo lo que ello significa: con su historia, con sus tradiciones –valiosas por cierto– y, en su concepto, está comprendida, dentro de la expresión “patria” la decisión de otorgar a ésta una lealtad que va más allá de la que uno tiene, inclusive anteponiéndola a sus concepciones filosóficas.

Se considera que éste debe ser el primer valor consagrado, el cual está por encima de todos los demás.

La patria está, además, dotada de habitantes, de personas y de un territorio. Dentro de éste, las personas se relacionan entre sí sobre la base de que en nuestra filosofía, en nuestra concepción humanista, es el hombre el valor vital que todo ordenamiento debe proteger; es el hombre como tal, en su esencia, en lo que significa su espíritu, el que va más allá de su mera corporeidad.

Por consiguiente, el hombre está dotado –como consecuencia de la concepción humanista– de algo intangible que es difícil de definir, pero que todos entienden que se traduce en el respeto a su persona, a su pensamiento, a sus concepciones, a sus ideales, a sus anhelos, a la condición que debe asumir en sus relaciones comunitarias y familiares y a todo aquello que constituye su dignidad, de la cual trasuntan sus derechos.

Entonces, es elemental proteger al hombre, asignando a los demás hombres el deber de respetarlo en cuanto ser humano, a su dignidad, estando comprendidas en esta concepción sus obligaciones morales fundamentales, que son las que lo relacionan con su familia.

La tercera idea es que, frente a la concepción de patria, con su historia y sus tradiciones, está este hombre que habita su territorio y cuya dignidad está protegida. Pero él no sólo está vinculado a la patria por la necesidad de defenderla, sino también por la necesidad de respetar el ordenamiento que la rige y que se la ha dado, precisamente, para que los hombres puedan vivir en paz dentro de la comunidad y alcancen esa unidad nacional indispensable para la vida y el progreso.

El señor *Ovalle* (sesión 189 celebrada el 16 de marzo de 1976) considera que la obligatoriedad del servicio militar debe estar incluida en la Constitución, por ser consecuencia directa del deber de honrar y defender a la patria, es consecuencia de la decisión del constituyente de darle un rango fundamental especial.

Con esta redacción, agrega, se abarca el servicio militar de manera expresa, como también otras formas eventuales de servicio personal, sin invadir el campo de lo que es materia de ley (Sesión 191, 18 de marzo de 1976).

EN SÍNTESIS

Quedó fehacientemente establecido por los comisionados que el servicio militar es obli-

gatorio. De manera que el legislador no puede eliminar la obligatoriedad del servicio, es una obligación consignada en la Constitución, por la importancia que reviste. Por tanto, consagrar otra idea sería desvirtuar el telos y el ethos constitucional.

Con esta redacción, agrega, se abarca el servicio militar de manera expresa, como también otras formas eventuales de servicio personal, sin invadir el campo de lo que es materia de ley (sesión 191, 18 de marzo de 1976).

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY EN TRÁMITE EN EL CONGRESO NACIONAL

A iniciativa del Ministerio de Defensa Nacional, se realizó en Santiago el *Foro Nacional sobre el Servicio Militar Obligatorio*, se trató de un debate social amplísimo, durante 11 jornadas de trabajo, realizadas entre el 22 de mayo y el 31 de julio de 2000, se recogieron los antecedentes y propuestas de todas las instituciones públicas y organizaciones sociales invitadas a participar⁹.

Los objetivos del Foro Nacional fueron los siguientes:

- a) Establecer una instancia de análisis y reflexión sobre el servicio militar, con la participación de todas aquellas instituciones y organizaciones de la sociedad chilena que tengan relación con el tema.
- b) Presentar los fundamentos del servicio militar, las bases legales, jurídicas, valóricas y las necesidades de la Defensa Nacional, que lo sustentan.
- c) Presentar las visiones y los efectos que el servicio militar tiene en los diferentes sectores de la sociedad, especialmente en la juventud.
- d) Enunciar posibles alternativas, para permitir una modernización gradual del servicio militar en el largo plazo, definiendo los recursos necesarios para su implementación.

En consideración a lo expuesto, el Presidente de la República promulga el Decreto Supremo N° 81 de 5 de septiembre de 2000 (publicado en el *Diario Oficial* de 13 de octubre de 2000), que aprobó la propuesta de modernización del servicio militar, teniendo en especial consideración lo preceptuado en el Artículo 22 inciso tercero de la CP. Se trata en lo fundamental de diseñar un sistema de reclutamiento que fomente la voluntariedad en la presentación y, en subsidio, la selectividad por sorteo.

En los considerandos del citado decreto supremo se abordan algunos tópicos de relevancia:

- “1. Que la defensa de Chile es una tarea nacional, esto es, una responsabilidad de todos los chilenos y no sólo de las instituciones dedicadas a ese fin específico”.
- “2. Que es deber del Estado satisfacer las necesidades de las Fuerzas Armadas de contar con el personal necesario para cumplir con las misiones que les asigna la Política de Defensa Nacional”.
- “9. Que la propuesta elaborada constituye una profunda innovación respecto del modelo vigente, toda vez que privilegia significativamente la voluntariedad y reafirma los principios de objetividad e igualdad de los ciudadanos en el cumplimiento de este servicio a la Nación a través de un sistema de selección impersonal y transparente”.

Por mensaje del Sr. Presidente de la República se formula el proyecto de ley que moderniza el Servicio Militar Obligatorio (Boletín Nº 2844-02).

Esta iniciativa legal propone diseñar un sistema de reclutamiento que fomente la voluntariedad en la presentación y, en subsidio, la selectividad por sorteo.

En relación a la estructura del proyecto, consta de dos artículos permanentes y uno transitorio. El Artículo 1º, que contiene 42 numerales, modifica el decreto ley 2.306 de 1978, que dicta normas sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas, con objeto de desarrollar las ideas plasmadas en los objetivos del proyecto. El Artículo 2º prescribe que un reglamento establecerá las normas complementarias para su ejecución y, finalmente, el Artículo transitorio contiene una norma especial para las causas en tramitación por delitos que actualmente contempla el mencionado cuerpo legal.

Algunas ideas matrices

- 1) Se consagra la inscripción automática de los ciudadanos para conformar el Registro Militar, cuya elaboración compete a la Dirección General de Movilización Nacional. Para tal efecto, el Servicio de Registro Civil e Identificación debe remitir anualmente a esta última la nómina de las personas que cumplan dieciocho años de edad en el respectivo año, con indicación del rol único nacional, de la fecha de nacimiento y del lugar de residencia de las mismas (Artículo 3º, numeral 1).
- 2) Se fomenta la voluntariedad en el cumplimiento del servicio militar mediante la selección preferente de los varones que expresen su decisión de cumplir con el servicio militar y de las mujeres que manifiesten su decisión de efectuar voluntariamente el servicio militar, siempre que cumplan con todos los requisitos legales y reglamentarios exigidos. En subsidio, se establece un sistema de selectividad por sorteo para completar la cantidad del contingente que debe acuartelarse anualmente.
- 3) Por lo expuesto, la lista de llamados para el cumplimiento del servicio militar estará conformada por los varones que determine el mencionado sorteo general y por aquellas personas que tengan la calidad de voluntarias (Artículo 30, A, numeral 24).
- 4) Se establecen nuevas causales de exclusión del servicio militar:
 - Miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y al personal de Gendarmería.
 - En casos que el cumplimiento del servicio militar ocasione un grave deterioro en la situación socio-económica de su grupo familiar, por constituir su única fuente de ingreso.
 - Quienes hayan contraído matrimonio con anterioridad al primer sorteo.
 - A los descendientes por consanguinidad en la línea recta y en la línea colateral, ambos hasta el segundo grado inclusive de las personas a que se refiere el artículo 18 de la Ley Nº 19.123, que beneficia a familiares de víctimas de violaciones de los derechos humanos o de violencia política. Esta causal de exclusión beneficia a los hijos, nietos, hermanos y sobrinos.
 - Sin embargo, las personas que se encuentren en las tres últimas situaciones pueden renunciar a dichas causales y realizar el servicio militar. De esta manera se está refor-

zando la idea de la voluntariedad como modalidad preferente de selección (Artículo 42, numeral 29).

- 5) Los tribunales competentes en caso de delitos, son los tribunales ordinarios. Sin embargo, si se trata de los procesos que se instruyan con ocasión del delito en que incurra el reservista que, sin motivo justificado, deje de concurrir al llamado a movilización, se ha estimado conveniente mantener su conocimiento y juzgamiento dentro del ámbito de la justicia militar (Artículo 87, numeral 39).

El tema central del proyecto de ley consiste en ser “voluntario en principio; obligatorio en subsidio”.

Todos estamos de acuerdo que es deber del Estado proporcionar a las Fuerzas Armadas el personal necesario para cumplir con sus funciones, de acuerdo a los requerimientos de la política de defensa del país.

En la etapa de discusión del citado proyecto la Ministra de Defensa Nacional, señora Michelle Bachelet, destaca que con esta iniciativa legal se pretende que el servicio militar se aplique de manera universal, para lo cual se promueve la voluntariedad en la presentación. De este modo se elimina el sistema de inscripción obligatoria y se sustituye por uno de inscripción automática, con objeto de cumplir con el principio de igualdad ante la ley.

Para lograr este objetivo, se pretenden establecer incentivos de carácter sistémico, como por ejemplo, permitir a los conscriptos la elección del lugar en donde desean cumplir con el servicio militar, así como la visita de sus familiares en el caso de que deban realizarlo en zonas extremas.

Dada la imposibilidad de asegurar que por medio de la voluntariedad sean llenados los cupos de soldados requeridos para las Fuerzas Armadas, se establece un proceso de selección por sorteo público.

Refuerza lo anterior los dichos del Comandante en Jefe del Ejército, general señor Juan Emilio Cheyre, quien pone énfasis en la idea de promover la voluntariedad del servicio militar obligatorio, mediante el establecimiento de incentivos.

El vicepresidente de la Juventud del Partido Por la Democracia, señor Harold Correa, conjuntamente con reconocer el avance que significa promover la voluntariedad en la realización del servicio militar y la participación de las mujeres en igualdad de condiciones, propone establecer un sistema que permita proteger el derecho a la educación respecto de los jóvenes que están en tercero o cuarto medio que son llamados a realizar el servicio militar o de aquellos que cursan estudios preuniversitarios.

En relación con esta materia, hay consenso en orden a acoger dicho planteamiento, posibilitando que los estudiantes que se encontraren cursando el último año de enseñanza media puedan optar a las modalidades alternativas de cumplimiento del servicio militar.

En virtud de lo expuesto precedentemente, este criterio representa la política del Estado en la actualidad. En efecto, como lo sostiene el general Juan Emilio Cheyre, “nuestro empeño se orienta a lograr en el corto plazo un salto cualitativo, mediante el importante desarrollo de los recursos humanos en niveles de formación, capacitación y entrenamiento...”.

Con referencia a los hechos ilícitos que son objeto de modificación, hay consenso en la Comisión de Defensa Nacional respecto de que los delitos que se tipifican en esta ley

no debieran tener asignadas penas privativas de libertad sino que penas de inhabilitación para el ejercicio de cargos o empleos públicos, de manera de fomentar la voluntariedad del servicio militar y posibilitar así que las sanciones sean cumplidas en forma efectiva.

Como lo sostiene el Senador de la República, teniente general ® don Julio Canessa Robert,

“... el primer concepto, que constituye el fundamento de la Defensa Nacional, es la preservación de la soberanía. Si la autodeterminación de nuestra nación todavía es la condición necesaria para conservar y perfeccionar el orden de vida que el pueblo chileno ha venido forjando a lo largo de su historia, resulta evidente que él mismo debe asumir, generación tras generación, la ineludible tarea de proteger los elementos que hacen posible su independencia y, entre ellos, la integridad del territorio que le pertenece”¹⁰.

Agrega:

“Pero si la soberanía ya no estuviera vigente, sobrepasada por otros conceptos más globales, no tendría sentido recargar a los ciudadanos con los pesados deberes que impone la defensa de la patria. Esta es la premisa esencial e insoslayable en que se basa cualquier política de defensa, la acción de las instituciones militares y, dentro de ellas, el Servicio Militar Obligatorio”.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

En Europa se está aceptando crecientemente la objeción de conciencia. A vía de ejemplo, se cita el caso español, la Constitución en su Artículo 30, dispone que: “Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”. Agrega la norma que: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer en su caso una prestación social obligatoria”.

A su vez, con la dictación de la Ley 17/1999, se suspendió la prestación del servicio militar obligatorio y se introdujo el concepto de servicios profesionales.

En Chile las juventudes políticas concertacionistas (PS, PPD, DC) rechazan la obligatoriedad del servicio militar, y aducen como argumento el derecho de los ciudadanos a presentar su “objeción de conciencia”.

Se trata de una facultad consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y señala que se debe respetar la negativa de una persona de no cumplir con un deber civil, si ello va en desmedro de su creencia religiosa, de sus principios éticos, o de sus convicciones personales.

El alcance de la objeción de conciencia sobrepasa el ámbito específico del Servicio Militar y afecta las estructuras fundamentales del derecho chileno y de la sociedad en general.

La señora Ministra de Defensa Nacional, doña Michelle Bachelet, no es partidaria de

¹⁰“Conclusiones del Foro Nacional sobre el Servicio Militar Obligatorio”, realizado en el Edificio Diego Portales, Santiago de Chile, 2000.

incluir la objeción de conciencia como causal de exclusión, pues debe garantizarse el principio de igualdad ante la ley.

A mi juicio, la objeción de conciencia es parte de la libertad de conciencia, pues ésta protege lo que está en nuestro fuero interno; como dijo la Comisión Ortúzar, “la libertad de pensamiento”.

Aplicar la objeción de conciencia implica una conducta renuente a realizar el servicio militar. Por lo tanto, el objetor exterioriza lo que estaba en su fuero interno rechazando concurrir al cantón respectivo para luego reclutarse.

En consecuencia, ya no queda en el ámbito de la libertad de conciencia sino que se está ejecutando una conducta negativa que cabe dentro de la esfera de la libertad de expresión que, como todo derecho, no tiene un carácter ilimitado.

EN CONCLUSIÓN

Como ya se señaló precedentemente, considerando el marco constitucional, Chile es un Estado democrático y constitucional de derecho, que se fundamenta en principios como la libertad, la igualdad y el pluralismo.

La Constitución es concebida como una forma de controlar y limitar el ejercicio del poder con el fin de resguardar el telos o finalidad de la Carta.

En ese sentido, el profesor don José Luis Cea Egaña adhiere a la concepción trialista del derecho en general y del derecho constitucional en particular, destacando¹¹:

- a) Que la Constitución es derecho positivo, se trata de la Ley Suprema del Estado Nación (Artículo 6°, inciso 1° de la CP).
- b) Que la Constitución regula con eficacia la conducta de gobernantes y gobernados (Artículo 6° inciso 2° de la CP).
- c) Que es un sistema expresivo de valores, de una axiología sobre la dignidad y los derechos del hombre, la libertad, la igualdad, la justicia y el bien común. Aspira a regular con justicia la convivencia en el Estado Nación.

En la Constitución se proclama que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizándoles la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos. Prosigue el constituyente declarando que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.

Por tanto, el Estado es el poder organizado de la sociedad nacional, de la cual no puede ser sino el reflejo y estar al servicio de la persona. Si bien se señala la diferencia entre la *sociedad* y el *Estado* existen entre ellos interrelaciones, sobre el supuesto de que el sistema político es un medio al servicio del hombre y del sistema social.

En el ordenamiento constitucional de todo régimen político democrático, el Estado reconoce los derechos inherentes a la dignidad humana de los ciudadanos, y adquiere el compromiso de proteger y estimular esos derechos.

¹¹Cea Egaña, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1993.

Una condición necesaria para el cumplimiento del compromiso indicado consiste en la capacidad de defensa del territorio, de la población, de los bienes y de las instituciones. Este deber de protección del Estado frente a sus ciudadanos sólo puede ser realizado con la ayuda de los ciudadanos mismos, mediante su aporte para el cumplimiento del compromiso común.

Por tanto es un deber constitucional de los ciudadanos participar en las actividades de defensa nacional, y se encomienda al legislador la determinación de las formas y condiciones, bajo las cuales se dará cumplimiento a ese deber.

En ningún caso esas formas y condiciones pueden estar en contradicción con los principios generales del derecho, como es el principio general de igualdad ante la ley, es decir, la obligación de todos por igual de participar en las tareas o deberes de bien común. Asimismo, el principio de justicia que está contenido doctrinariamente en el principio de igualdad, en una interpretación armónica de los Artículos 1º, que estatuye: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y el Artículo 19, N° 2, que consagra el principio general de igualdad ante la ley, el N° 3, que regula la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y la igual repartición de las cargas públicas (Artículo 19, N° 20 de la CP).

El constituyente le ha asignado al Estado el deber de resguardar la seguridad nacional (Artículo 1º de la CP).

Si recurrimos al criterio de interpretación que emana de las Actas de la CENC se concluye que:

“Este deber ha de entenderse, por cierto, sin perjuicio del que le asiste a todo chileno de contribuir a su preservación que está contemplado en el párrafo relativo a los deberes constitucionales...”

“La seguridad nacional en los Estados modernos tiene especial trascendencia, ya que ella, en su más amplio sentido, no sólo comprende la *defensa* de la integridad territorial y de la *soberanía nacional*, sino que también abarca el *desarrollo* del país, pues una Nación vigorosamente desarrollada está en mejores condiciones para precaver o superar con éxito las situaciones de emergencia que puedan afectarla”.

En Chile, desde el período de la independencia nacional, en la década de 1810, las constituciones han declarado que la función de defensa del Estado recae en las Fuerzas Armadas y que los ciudadanos chilenos tienen por deber contribuir a esa tarea mediante el servicio militar.

La primera Ley Especial de Reclutas y Reemplazos en el Ejército y la Armada (Ley N° 1.362 de 5 de septiembre de 1900) estableció la modalidad de servicio militar obligatorio.

En la actualidad, la Carta de 1980 en la norma contenida en el Artículo 22 declara expresamente la obligatoriedad.

REFLEXIÓN FINAL

Retomando la cuestión inicial, respecto de si la institución del Servicio Militar Obligatorio debe mantener su sentido originario o, por el contrario, corresponde la reforma, estimo que tanto la historia constitucional y las ideas vertidas en las Actas de la CENC

apuntan a una idea matriz que es la obligatoriedad. En efecto, debe mantenerse la obligatoriedad considerando que el resguardo de la seguridad del territorio y de la población es un bien público y, a la vez, una función básica del Estado, insertando la defensa en el contexto de la seguridad y el desarrollo, pero procurando adaptar a la institución a la nueva realidad socioeconómica, histórica y cultural del Estado Nación.

La Constitución no sólo comprende aquello que está señalado formalmente en sus disposiciones sino también los valores que la inspiran y que constituyen las bases de la institucionalidad, donde se contienen los principios básicos o fundamentales del ordenamiento constitucional. En efecto, son los aspectos más trascendentales, la idea de derecho que pretende configurar, los demás preceptos son lógicas concreciones particulares de una materia específica.

En ese sentido, son antecedentes constitucionales la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 11 de marzo de 1974, donde se señala la concepción del hombre, de la sociedad y del Estado; el Acta Constitucional N° 2 titulada “Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena” de 13 de septiembre de 1976, que consagra los principios rectores, los derechos y las libertades; y la labor cumplida por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que refleja la intención y el espíritu del constituyente, proyectándose a todo el cuerpo normativo.

Finalmente, este planteamiento es reforzado teóricamente por el tratadista italiano Mauro Cappelletti al manifestar que: “el Juez Constitucional en su proceso interpretativo debe adaptar la Constitución a los valores de la sociedad y del sistema político, con miras a mantener viva la Constitución”.

En la perspectiva de *mantener viva la Constitución*, a fin de permitir la aplicación efectiva de sus preceptos a gobernantes y gobernados, en consideración al valioso aporte de su historia fidedigna a la hora de interpretarla, así como la tutela del bien jurídico, la Seguridad Nacional (*exterior e interior*) y la preservación del ejercicio de la soberanía, es que resulta imperioso mantener la naturaleza y los fines del servicio militar obligatorio adecuándolo a la nueva realidad y así permitir la plena vigencia del espíritu y el ethos del constituyente.

