

Santiago, veintiocho de enero de dos mil diez.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que la Cámara de Diputados, en su Oficio N° 8.491, de 5 de enero de 2010, transcribe el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que moderniza el Ministerio de Defensa Nacional (Boletín N° 3994-02), a los efectos de que este Tribunal, conforme a la atribución que le ha sido conferida en el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política, ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto de sus artículos 4°, 6°, 7°, 10, 11, 16, 23, 25, 26, 28 y 38 permanentes, y 3° transitorio;

SEGUNDO.- Que el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental establece que es atribución de este Tribunal *“ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.”*;

TERCERO.- Que, de acuerdo a lo establecido en la norma constitucional transcrita en el considerando precedente, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

CUARTO.- Que, en tal sentido, corresponde tener en consideración que la Constitución Política, en el inciso primero de su artículo 38, señala que será materia de una ley orgánica constitucional la determinación de *“la*

organización básica de la Administración Pública”, agregando que: “garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”.

A su turno, el artículo 105 de la Constitución dispone: *“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, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.*

El ingreso, los nombramientos, ascensos y retiros en Investigaciones se efectuarán en conformidad a su ley orgánica.”;

QUINTO.- Que, por su parte, las disposiciones del proyecto de ley que se han remitido por la Cámara de Diputados para cumplir el trámite de control preventivo de constitucionalidad ante esta Magistratura, establecen:

“Artículo 4º.- *La organización del Ministerio de Defensa Nacional será la siguiente:*

- 1) El Ministro de Defensa Nacional.*
- 2) La Subsecretaría de Defensa.*
- 3) La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.*
- 4) El Estado Mayor Conjunto.”.*

“Artículo 6º.- *Para efectos del desempeño de sus funciones de conducción del Ministerio, el Ministro*

contará con un gabinete encargado, entre otras, de las siguientes tareas: desempeñar funciones de secretaría y apoyo administrativo; coordinar la agenda del Ministro; prestar asesoría jurídica al Ministro; prestar asesoría de prensa y comunicaciones al Ministro, y efectuar las tareas de control y auditoría interna del Ministerio.

Tanto el Jefe de Gabinete como los asesores que sean parte del mismo, serán funcionarios de exclusiva confianza del Ministro. El Jefe de Gabinete mantendrá relaciones de servicio directas con los restantes organismos del Ministerio.”.

“Artículo 7°.- Para proveer sus necesidades de ayudantía militar y de llevar a cabo las tareas de seguridad y protocolo del Ministerio, existirá una Ayudantía Militar del Ministro. Estará integrada por un Oficial Superior o Jefe de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, quienes se desempeñarán como ayudantes del Ministro. El Jefe de la Ayudantía Militar del Ministro será el oficial más antiguo de entre ellos.”.

“Artículo 10.- La Junta de Comandantes en Jefe será el órgano consultor del Ministro de Defensa Nacional en materias comunes de las Fuerzas Armadas relativas al desarrollo y empleo de los medios militares.

El Ministro de Defensa Nacional deberá requerir la opinión de la Junta de Comandantes en Jefe respecto de las siguientes materias:

a) Sobre la planificación primaria y secundaria de la defensa nacional y respecto de la doctrina y reglamentación conjunta.

b) Sobre la creación o activación de comandos, fuerzas u otros órganos de maniobra, reparticiones o unidades de naturaleza conjunta.

c) Sobre la asignación de medios terrestres, navales, aéreos o conjuntos a las operaciones que se lleven a cabo en situaciones de guerra externa o crisis internacional que afecte la seguridad exterior, así como sobre la asignación de medios a misiones de paz.

d) Sobre las adquisiciones institucionales, comunes y conjuntas de material de guerra.

e) Sobre otras materias de carácter común o conjunto que el Ministro estime conveniente someter a su consideración.”.

“Artículo 11.- La Junta de Comandantes en Jefe será convocada por el Ministro de Defensa Nacional, quien la presidirá, y estará integrada por el Comandante en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y por el Jefe del Estado Mayor Conjunto. El subjefe del Estado Mayor Conjunto actuará como secretario de la misma.”.

“Artículo 16.- La Subsecretaría de Defensa contará con las siguientes divisiones para el desempeño de las funciones a las que se refiere el artículo anterior:

- a) División de planes y políticas.
- b) División de evaluación de proyectos.
- c) División de relaciones internacionales.
- d) División de desarrollo tecnológico e industria.”.

“Artículo 23.- La Subsecretaría para las Fuerzas Armadas contará con las siguientes divisiones para el desempeño de las funciones a las que se refiere el artículo 21:

- a) División de asuntos institucionales.
- b) División administrativa.
- c) División jurídica.

d) *División de presupuesto y finanzas.*

e) *División de auditoría."*

"Artículo 25.- *El Estado Mayor Conjunto es el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas.*

Al Estado Mayor Conjunto le corresponderán las siguientes funciones:

a) *Servir de órgano de asesoría y trabajo en la conducción estratégica para enfrentar las situaciones que puedan demandar los estados de excepción constitucional y, en particular, los casos de guerra externa o crisis internacional que afecte a la seguridad exterior de la República.*

b) *Elaborar y mantener actualizada la planificación secundaria.*

c) *Proponer al Ministro el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa nacional, en aquellas materias que sean de su competencia. Le corresponderá especialmente, y en coordinación con la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, proponer el texto de los informes al Congreso Nacional relativos a la planificación de desarrollo de la fuerza y sobre el estado de avance de su ejecución.*

d) *Asegurar la correspondencia, en materia de desarrollo y empleo de la fuerza, entre la planificación secundaria y la planificación institucional y operativa.*

e) *Proponer al Ministro la doctrina y reglamentación conjunta y asegurar que la documentación institucional respectiva corresponda con aquéllas.*

f) *Planificar, preparar, disponer y apoyar el entrenamiento conjunto de las Fuerzas Armadas.*

g) *Servir de órgano de asesoría y trabajo para la planificación y coordinación de las actividades de los medios chilenos que participen en misiones de paz.*

h) *Participar en la evaluación de los proyectos de adquisición e inversión de las Fuerzas Armadas.*

i) *Elaborar y proponer al Ministro los proyectos de adquisición e inversión conjuntos.*

j) *Proveer de inteligencia a la Subsecretaría de Defensa para efectos de la planificación primaria. Para todos los efectos de la ley N° 19.974, se entenderá que la Dirección de Inteligencia de la Defensa, dependiente del Estado Mayor de la Defensa Nacional, mantendrá dicha condición y denominación en la estructura para el Estado Mayor Conjunto fijada en esta ley.”.*

“Artículo 26.- *El Estado Mayor Conjunto estará a cargo de un Oficial General especialista en Estado Mayor.*

El Jefe del Estado Mayor Conjunto será designado por el Presidente de la República de entre el conjunto de los Oficiales Generales que tengan el grado de General de División, Vicealmirante o General de Aviación.

Al Jefe del Estado Mayor Conjunto le corresponderá el rango propio de su grado y cargo.

El Presidente de la República, mediante decreto fundado expedido por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional e informado previamente al Senado y a la Cámara de Diputados, podrá llamar a retiro al Jefe del Estado Mayor Conjunto antes de completar su período.

El Jefe del Estado Mayor Conjunto dependerá del Ministro de Defensa Nacional, de quien será asesor

directo e inmediato en todo lo que diga relación con el desarrollo y empleo conjunto de la fuerza. Asimismo, ejercerá el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional.

La Subjefatura del Estado Mayor Conjunto será desempeñada por un Oficial General de las Fuerzas Armadas, especialista en Estado Mayor, del grado de General de División o su equivalente en las otras instituciones, designado por el Presidente de la República en conformidad al artículo 8° de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

El Subjefe del Estado Mayor Conjunto subrogará al Jefe del Estado Mayor Conjunto en caso de ausencia o inhabilidad y deberá pertenecer a una institución de las Fuerzas Armadas distinta a la de éste.”.

“Artículo 27.- El mando de las tropas y medios nacionales que participen en misiones de paz corresponderá al Jefe del Estado Mayor Conjunto, quien será la Autoridad Militar Nacional para tales efectos.”.

“Artículo 28.- Las Agregadurías de Defensa dependerán, para efectos del desempeño de sus funciones, del Estado Mayor Conjunto.”.

“Artículo 38.- Sustitúyese, en el artículo 46 de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, el inciso segundo por el siguiente:

“Su designación recaerá siempre en un Oficial de Estado Mayor perteneciente a los escalafones de Armas, Ejecutivo y del Aire, que no haya ejercido el cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto, de conformidad, además,

con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política de la República.”.

“Artículo 3° transitorio.- Derógase a partir de la fecha señalada por el Presidente de la República en conformidad al inciso final del artículo 6° transitorio, la ley N° 7.144, que crea el Consejo Superior de Defensa Nacional, y sus modificaciones. Sin perjuicio de lo anterior, el Reglamento Complementario de la ley N° 7.144, contenido en el decreto supremo N° 124, de 2004, del Ministerio de Defensa Nacional, mantendrá su vigencia en todo lo que no sea contrario a la presente ley, en tanto no se dicte por el Presidente de la República el reglamento que lo reemplace.

Derógase la letra a) del artículo 62 de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Derógase, también, toda norma que se contraponga a lo establecido en esta ley.”;

SEXTO.- Que del análisis de los preceptos transcritos en los dos considerandos precedentes se concluye que, por no regular materias que el constituyente ha reservado a ley orgánica constitucional, este Tribunal no emitirá pronunciamiento preventivo de constitucionalidad respecto de las siguientes disposiciones permanentes del proyecto de ley remitido: artículo 4°, a excepción de la referencia que se hace al Estado Mayor Conjunto en su numeral 4), como entidad que forma parte de la organización del Ministerio de Defensa Nacional; artículo 6°; artículo 7°; artículo 10; artículo 11; artículo 16; artículo 23 y artículo 28.

Por la misma razón tampoco se pronunciará esta Magistratura respecto de los incisos primero y tercero del artículo 3° transitorio del aludido proyecto;

SÉPTIMO.- Que, por el contrario, considerando que regulan, en lo pertinente, materias propias de las leyes orgánicas constitucionales referidas en el considerando cuarto de esta sentencia, este Tribunal ejercerá control preventivo de constitucionalidad de los siguientes preceptos del proyecto de ley remitido: artículos 4º, numeral 4), en cuanto se integra a la organización del Ministerio de Defensa Nacional el Estado Mayor Conjunto; 25; 26; 27 y 38, permanentes e inciso segundo del artículo 3º transitorio;

OCTAVO.- Que consta de autos que las disposiciones de la iniciativa legal que han sido examinadas por esta Magistratura se han aprobado por ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad;

NOVENO.- Que los artículos 4º, numeral 4), en cuanto dispone que el Estado Mayor Conjunto integra la organización del Ministerio de Defensa Nacional; 25; 26, incisos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo, y 27 permanentes, y el inciso segundo del artículo 3º transitorio examinados no contienen disposiciones contrarias a la Ley Fundamental y, por consiguiente, son constitucionales;

DÉCIMO.- Que, respecto del inciso quinto del artículo 26 del proyecto remitido, esta Magistratura declarará que se ajusta a la Constitución Política en el entendido de que *“el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional”* que se le confiere en el precepto al Jefe del Estado Mayor Conjunto, no altera ni limita la

atribución especial confiada al Presidente de la República por el artículo 32, N° 18°, de la Carta Fundamental, de *“asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas”*;

UNDÉCIMO.- Que el artículo 38 de este proyecto, cuyo texto se ha transcrito en el considerando quinto de esta sentencia, sustituye el inciso segundo del artículo 46 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que exige que la designación del Comandante en Jefe de las instituciones de las Fuerzas Armadas recaiga en un Oficial de Estado Mayor perteneciente a los escalafones de Armas, Ejecutivo y del Aire.

Si se comparan ambas disposiciones, se podrá observar que la sustitución que promueve aquella contenida en la iniciativa consultada, excluye al Jefe del Estado Mayor Conjunto de entre los oficiales generales que pueden ser designados en el cargo de Comandante en Jefe de alguna de las instituciones que conforman las Fuerzas Armadas, aun cuando se encuentre entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos. Ello se logra introduciendo la frase: *“que no haya ejercido el cargo de Jefe del Estado Mayor conjunto”*;

DUODÉCIMO.- Que, para examinar la constitucionalidad de la aludida norma del proyecto de ley, conviene recordar que la conformidad constitucional del precepto de la ley que ella ordena sustituir, fue declarada por este Tribunal en su sentencia Rol 98, de 15 de febrero de 1990.

Asimismo, resulta imprescindible considerar que la primera parte del numeral 16° del artículo 32 de la Carta Fundamental consagra, como atribución especial del

Presidente de la República, la de designar y remover a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas en conformidad al artículo 104 de la misma Constitución. A su vez, este último precepto constitucional, en su inciso primero, atribuye al Presidente de la República la facultad de designar a los referidos Comandantes en Jefe *“de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos”*;

DECIMOTERCERO.- Que el análisis sistemático y armónico de la normativa constitucional aludida precedentemente lleva a esta Magistratura a concluir que la frase *“que no haya ejercido el cargo de Jefe del Estado Mayor conjunto”* que el artículo 38 del proyecto dispone introducir al inciso segundo del artículo 46 de la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas, no sólo constituye una inhabilidad legal que afecta al Jefe del Estado Mayor Conjunto para acceder al cargo de Comandante en Jefe respectivo, sino que importa una limitación de la facultad que el Texto Constitucional, en el inciso primero de su artículo 104, otorga al Presidente de la República para designar a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y, por tal motivo, declarará su inconstitucionalidad.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 32, N°s. 16° y 18°, 38, inciso primero, 93, inciso primero, N° 1°, 104 y 105 de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

- 1) Que esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre los artículos 4°, a

excepción de la referencia que se hace al Estado Mayor Conjunto en su numeral 4), como entidad que forma parte de la organización del Ministerio de Defensa Nacional; 6º; 7º; 10; 11; 16; 23 y 28 permanentes e incisos primero y tercero del artículo 3º transitorio, por cuanto tales preceptos del proyecto de ley remitido no regulan materias que el constituyente ha reservado a ley orgánica constitucional.

- 2) Que son constitucionales los artículos 4º, numeral 4), en cuanto dispone que el Estado Mayor Conjunto forma parte de la organización del Ministerio de Defensa Nacional; 25; 26, incisos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y séptimo, y 27 permanentes y el inciso segundo del artículo 3º transitorio, examinados.
- 3) Que el inciso quinto del artículo 26 del proyecto remitido es constitucional en el entendido de que *“el mando militar de las fuerzas terrestres, navales, aéreas y conjuntas asignadas a las operaciones, en conformidad a la planificación secundaria de la defensa nacional”* que se le confiere al Jefe del Estado Mayor Conjunto, no altera ni limita la atribución especial confiada al Presidente de la República por el numeral 18º del artículo 32 de la Carta Fundamental, para *“asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas”*;
- 4) Que es inconstitucional la frase *“que no haya ejercido el cargo de Jefe del Estado*

Mayor conjunto" que el artículo 38 del proyecto de ley examinado incorpora al inciso segundo del artículo 46 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y debe ser suprimida del texto del proyecto de ley sujeto a control;

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto y Hernán Vodanovic Schnake disienten de lo resuelto en el numeral 1) del fallo, en la parte que declara que el Tribunal no ejercerá el control de constitucionalidad que le corresponde ejercitar en virtud del artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política, sobre los artículos 10 y 11 del proyecto de ley remitido, por estimar que modifican la organización básica de un ministerio.

A su vez, los Ministros señores **Raúl Bertelsen Repetto y Mario Fernández Baeza** estuvieron por entrar al examen preventivo de constitucionalidad de los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 1° de la iniciativa legal consultada, por considerar que, al referirse a normas básicas sobre el *"mando"*, dichas normas regulan materias propias de la ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas a que alude el artículo 105, inciso primero, de la Constitución.

El Ministro señor **Raúl Bertelsen Repetto**, por su parte, estuvo por examinar, también, el artículo 28 del proyecto remitido, en ejercicio de la atribución confiada a esta Magistratura por la disposición constitucional ya citada, por estimar que trata una materia propia de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander disienten de la inconstitucionalidad declarada en la sentencia respecto

del artículo 38 del proyecto de ley remitido a control, en razón de las siguientes consideraciones:

1°. Que la Constitución exige, en su artículo 104, que los Comandantes en Jefe sean designados por el Presidente de la República de entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad *“que reúnan las calidades que los respectivos estatutos institucionales exijan para tales cargos”*.

2°. Que la norma objetada por la mayoría, por de pronto, no cambia que el respectivo Comandante en Jefe lo designe el Presidente de la República. Tampoco que dicha designación recaiga entre los cinco oficiales generales de mayor antigüedad. Ni que entre esos cinco oficiales esté alguien que haya ejercido el cargo de Jefe de Estado Mayor Conjunto.

3°. Que, enseguida, lo que hace la norma es establecer un requisito para estar entre los que pueden optar a ser designados Comandante en Jefe. En ello no consideramos que exista ninguna inconstitucionalidad. Por una parte, porque se inserta como modificación de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas. En tal sentido, puede perfectamente considerarse un *“estatuto institucional”*. Por mandato de la Constitución, dicho estatuto debe señalar las calidades o requisitos que se exigen para tales cargos. Ello supone definir variables. El precepto constitucional no sólo exige que el designado esté entre los cinco oficiales generales más antiguos; exige también que cumplan otros requisitos que defina el respectivo estatuto. Entre éstos, el que no haya ejercido el cargo de Jefe del Estado Mayor Conjunto.

La convocatoria a la ley se refuerza si se considera que los nombramientos -y el de Comandante en Jefe lo es- deben hacerse *“en conformidad a la ley orgánica constitucional”* (artículo 105 de la Constitución). El

precepto que se objeta se inserta, justamente, como modificación de dicha ley orgánica.

4°. Que, por otra parte, hay que considerar que los conceptos "*oficiales generales*", "*mayor antigüedad*", son definidos en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en su Estatuto de Personal. Por lo mismo, no puede interpretarse que la normativa legal no tenga cabida en esta materia.

5°. Que, a continuación, el actual inciso segundo del artículo 46, que se reemplaza por la norma objetada, y que fue, en su momento, encontrado conforme a la Constitución por esta Magistratura al ejercer el control preventivo de constitucionalidad, estableció una serie de elementos mediante ley y que no fueron considerados inhabilidades: que fuera "*un Oficial de Estado Mayor*" y que "*perteneciere a los escalafones de Armas, Ejecutivo y del Aire*". No se ve cómo, siguiendo esta misma lógica de colaboración de la ley con la Constitución en la precisión de los conceptos, puede ser objetable que se agregue otra condicionante como las dos anotadas.

6°. Que, finalmente, no hay ninguna limitación al Presidente de la República para designar a un Comandante en Jefe. Desde luego, los ascensos los dispone el Presidente de la República. Por lo mismo, las cinco primeras antigüedades que conforman el universo de donde se debe designar a dicho Comandante, contaron con su asentimiento. Enseguida, es el Presidente de la República quien designa al Jefe de Estado Mayor Conjunto. De ahí que conoce la restricción que le afectará después a este Oficial para estar en condiciones de ser nombrado Comandante en Jefe.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben, en tanto que las disidencias fueron redactadas por sus autores.

Devuélvase el proyecto a la Cámara de Diputados, rubricado en cada una de sus hojas por la Secretaria del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto y archívese.

Rol 1.587-10-CPR.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán

Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.
Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional,
señora Marta de la Fuente Olguín.