

FUERZAS ARMADAS Y SU CONTROL INSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Mireya Dávila¹

mireya.davila@iap.uchile.cl

Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile

Rodrigo Cárcamo Hun²

rcarcamohun@gmail.com

Asesor parlamentario, Cámara de Diputados de Chile

Como parte del Estado las Fuerzas Armadas deben someterse a los controles del Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial y otras instituciones públicas. En este artículo analizamos cuál es el diseño institucional, el proceso y los actores responsables de su fiscalización. Argumentamos que en el caso chileno existe un débil control de responsabilidades producto de la autonomía relativa que tienen las FF.AA. a causa del diseño institucional creado antes de 1990 y modificado parcialmente desde 1990. Presentamos las herramientas conceptuales a partir de las cuales abordamos el tema; y un análisis de las instituciones que establecen el tipo de relación de fiscalización del Congreso, la Contraloría, el Poder Judicial, Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia.

Palabras clave: *Fuerzas Armadas, instituciones, control, actores, autonomía.*

¹ Doctora en Ciencia Política, Universidad de Carolina del Norte-Chapel Hill, EE.UU. Profesora asistente Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile.

² Magíster en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asesor parlamentario, Cámara de Diputados, Congreso Nacional de Chile.

ARMED FORCES AND THEIR INSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE CONTROL

As part of the State, the Armed Forces must submit to the controls of the Executive, Congress, the Judiciary and other public institutions. In this article we analyze the institutional design, the process and the actors responsible for its control. We argue that in the Chilean case there is a weak control of responsibilities as a result of the relative autonomy that the Armed Forces have because of the institutional design created before 1990 and partially modified since 1990. We present the conceptual tools from which we approach the issue; and an analysis of the institutions that establish the type of control relationship between Congress, the Comptroller's Office, the Judiciary, the Office of the Comptroller General of the Republic and the Council for Transparency.

Keywords: *Armed Forces, institutions, control, actors, autonomy.*

Introducción

Uno de los aspectos fundamentales del funcionamiento de las democracias plenas es la rendición de cuentas entre poderes e instituciones del Estado, así como de los servicios públicos ante el Ejecutivo y otras instituciones contraloras. Los mecanismos mediante los cuales esta rendición de cuentas se pone en práctica permiten el control de las autoridades en los diferentes ámbitos del Estado contribuyendo, además, a la información y opinión de la ciudadanía en materia de asuntos públicos. En el caso chileno, como en la mayoría de los países de la región, el sistema presidencial concentra la principal responsabilidad de los asuntos públicos en el Ejecutivo³.

Desde su surgimiento en el siglo XIX, los estados nacionales, por medio de sus FF.AA. y policías, han monopolizado el uso de las armas para su defensa externa y el resguardo del orden interno, respectivamente. Debido a que las FF.AA. tienen el monopolio de la fuerza letal es que deben ser obedientes y no deliberantes, jerarquizadas, profesionales y disciplinadas. Como parte del Estado deben ser fiscalizadas o controladas por el propio Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial⁴ y otras instituciones del Estado. En este artículo intentaremos responder a la pregunta de quién y cómo se fiscaliza a las FF.AA. y cuál es el diseño institucional, el proceso y los actores que realizan la rendición de cuentas a las tres ramas castrenses.

Presentamos brevemente las herramientas conceptuales a partir de las cuales abordamos el tema; y un análisis de las instituciones –reglas del juego– que establecen el tipo de relación de fiscalización del Congreso, la Contraloría, el Poder Judicial, Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia desde el punto de vista de cuán efectivas son en materia de rendición de cuentas y fiscalización en el área de la Defensa y FF.AA.

1. Aproximaciones conceptuales

El proceso de rendición de cuentas es un elemento clave para el funcionamiento de un Estado democrático de derecho. En el caso de las FF.AA. se añade su relación de subordinación al poder civil.

Merryman (1985) define el Estado de Derecho como “un sistema de gobierno en los cuales los actos de las agencias y los funcionarios de todo tipo están sujetos al principio de la legalidad, cuyos procedimientos pueden ser fiscalizados por la ciudadanía y ser sancionados en caso de que no se cumplan lo establecido en la ley

³ Entenderemos los actos del Ejecutivo como está establecido en el artículo 51 de la Constitución, esto es: “ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria”. Se obviará la diferencia entre actos de gobierno, es decir políticos, y actos de administración, o jurídicos.

⁴ En este artículo se utilizarán indistintamente los términos control y fiscalización, sin relevar el ámbito de su aplicación, esto es, político y jurídico, respectivamente.

(p. 64)”. Chávez (1998) añade que “la vigencia de la ley requiere un sistema efectivo de rendición de cuentas horizontal que está compuesto por las instituciones del Estado que se fiscalizan entre sí y por parte de la ciudadanía” (p.65).

Desde el punto de vista de la teoría democrática O’Donnell (2001) sostiene que para incorporar el concepto de Estado de Derecho el sistema legal debe ser democrático en tres sentidos: poder defender las libertades políticas y las garantías de la democracia política; defender los derechos civiles de toda la población y establecer redes de responsabilidad y rendición de cuentas en que los actos de todos los agentes, tanto privados como públicos, estén sujetos a controles apropiados y de legalidad (p.23). O’Donnell (2001) plantea dos tipos de *accountability*: vertical y horizontal. La primera corresponde a la que realizan los ciudadanos a través del voto y la segunda a la que se efectúa entre organismos del Estado. Este autor define la rendición de cuentas horizontal como:

“La existencia de organismos estatales que están legalmente habilitados y autorizados, y de hecho dispuestos y capacitados, para emprender acciones que abarcan desde la fiscalización rutinaria hasta sanciones penales o destitución, en relación con actos u omisiones de otras instituciones del Estado, que pueden calificarse, en principio presuntamente, como ilícitos” (O’Donnell, 2004: 12).

Lo anterior se complementa con el argumento del control civil de las FF.AA. y de las políticas de Defensa. Manin, Prezeworski y Stokes (1999) sostienen que el control civil radica en cómo se produce el control político por parte de los líderes políticos sobre los militares de un país. El control civil es una condición necesaria de la consolidación democrática. A ello se agrega que las autoridades políticas deben tener la gobernabilidad de la Defensa, haciendo que las FF.AA., como burocracias, sean *mandate-responsive* y *accountable* ante las autoridades. Ello implica, por una parte, que los gobernantes diseñen lineamientos claros sobre la política de defensa para que las FF.AA. sean responsables de cumplir dichos mandatos. Además, esto implica que, mediante sistemas formales de controles, las autoridades sean capaces de detectar posibles acciones de las FF.AA. que contradigan las órdenes políticas, pudiendo sancionar dichas acciones. De esta forma las instituciones castrenses pueden ser *responsables* ante las autoridades.

Por otro lado, Rumeau (2012) sostiene que a partir de la tercera ola de democratización, la influencia política de las FF.AA. se radicó en los procesos de elaboración de las políticas públicas de Defensa, especialmente en la definición de la doctrina militar. Agrega este autor que se observan déficits de control civil sobre el proceso de formulación e implementación de esta política, lo que produce grados de mayor autonomía militar en el diseño de las políticas sectoriales lo que es perjudicial para el funcionamiento de los principios de *accountability vertical electoral* y *responsiveness* del Estado Democrático de Derecho. En el caso chileno Contreras y Salazar (2020) sostienen que la Constitución de 1980 estableció rango constitucional a la

participación política de las FF.AA. en el sistema político chileno. Añaden los autores que las FF.AA. para estar subordinadas al poder civil deben:

“Ser estructuradas orgánicamente para asegurar condiciones institucionales de obediencia y no deliberación. Deliberación comprende la opinión política tanto sobre el diseño y función de las FF.AA. en decisiones sobre políticas públicas y políticas de defensa, como aquellas materias que digan relación con la organización de la Defensa Nacional, las competencias de la Jefatura de Estado, la conceptualización de términos tales como ‘seguridad nacional’ o, en general, cualquier materia constitucional, organizacional o funcional relativa a políticas públicas”. Concluyen que “los márgenes de autonomía existentes en el funcionamiento interno en las ramas castrenses –como los que originaron dichos fraudes– complejizan la materialización de los señalados principios constitucionales” (Contreras y Salazar, 2020: 234).

Siguiendo lo anterior nuestro argumento es que en el caso chileno existe un débil control de responsabilidades producto de la autonomía relativa que tienen las FF.AA. a causa del diseño institucional creado antes de 1990 y modificado parcialmente desde el retorno a la democracia. Si consideramos la definición de la RAE de autonomía como una “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”, las FF.AA. chilenas mantienen esta condición a pesar de los cambios de las últimas décadas.

2. El control legal y administrativo de las fuerzas armadas: el Ejecutivo

De acuerdo a la actual Constitución, las FF.AA. dependen del Presidente a través del Ministerio de Defensa. El diseño institucional de la inserción de éstas en el Ejecutivo está establecido en la Constitución original de 1980 y en la reformada de 2005, en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (LOC) de 1990 y en el Estatuto sobre el Ministerio de Defensa (2010), entre otras.

En el capítulo XI de la Constitución, dedicado a las FF.AA. y de Orden, se establece la dependencia antes mencionada. El artículo 102 precisa que será una ley que “determinará el Ministerio o los organismos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control”.

A pesar de la dependencia formal de las FF.AA. del ministro y del Presidente, la LOC establece importantes grados de influencia de los comandantes en el proceso de políticas. Estos pueden:

- Proponer al Presidente la disposición, organización y distribución de las fuerzas;

- Formular las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando.
- Proponer el presupuesto institucional y ordenar la inversión de los fondos que se destinen por ley a cada institución y de los recursos que se obtengan con motivo de las enajenaciones y ventas –que se considerarán recursos propios–.
- Autorizar mantención de material y la compra, retiro o enajenación del armamento, sistemas de armas. Además de celebrar, en representación del Fisco, contratos para la adquisición, uso y enajenación de bienes muebles e inmuebles que no sean de los indicados anteriormente.
- Determinar las necesidades de recursos humanos y materiales, autorizar la salida de los oficiales al extranjero, por razones de carácter particular, y proponer al Presidente la comisión de servicio al extranjero del personal de planta.
- Aprobar y disponer el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas y los textos de estudio de los establecimientos institucionales.
- Contratar los servicios necesarios, incluso a honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional.

En materia de recursos, el Ministerio de Defensa sólo puede “oír” la opinión del jefe del Estado Mayor Conjunto respecto a las propuestas presupuestarias de los comandantes en jefe.

Por otro lado, recientemente se modificó el sistema de financiamiento de capacidades estratégicas al eliminarse la Ley del Cobre. El nuevo mecanismo establece dos fondos: el Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa (FPCE) y el Fondo de Contingencia Estratégica (FCE) (artículo 97). La fiscalización de este financiamiento conserva amplios espacios de discrecionalidad –carácter reservado– que inhiben el control del Ejecutivo como de los otros órganos del Estado.

Respecto al primer fondo se mantiene la reserva entre los ministerios de Defensa y Hacienda –queda fuera el Congreso–. Este fondo se contabiliza fuera de la Ley de Presupuestos y “el uso de sus recursos, ya sea en compras al contado o mediante operaciones a crédito, pago de cuotas al contado o servicio de los créditos, se dispondrá mediante decreto supremo reservado conjunto de los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda, exento del trámite de toma de razón”. Igualmente, se mantendrá en una cuenta reservada especial del Servicio de Tesorerías. Sus recursos, que se invertirán en el mercado de capitales, se informarán en oficio reservado. La identificación específica de los gastos que se deriven del Fondo Plurianual también se aprobará por decreto supremo reservado conjunto de los Ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda.

Además, se crea un Consejo del Fondo Plurianual (artículo 99) que tiene como funciones programar y controlar los flujos financieros del fondo; instruir transferencias del fondo e informar los efectos financieros sobre la sustentabilidad del fondo; de los aportes y retiros del fondo a los Ministros de Defensa y Hacienda, de elaborar reportes periódicos sobre los movimientos anteriores. La composición de este Consejo es atribución de las autoridades políticas del gobierno e incluye: el subsecretario de Defensa (representante del Ministerio de Defensa); subsecretario para las FF.AA. (representante del Ministerio de Defensa Nacional); un representante designado por el ministro de Defensa; un representante designado por el ministro de Hacienda y un representante designado por el Presidente de la República⁵.

Las inversiones de los recursos del Fondo Plurianual se concretarán a partir de proyectos evaluados y priorizados por el Ministerio de Defensa (según la Ley N° 20.424 del Ministerio) que serán establecidos según el programa de inversiones establecido y aprobado mediante los decretos supremos reservados.

El segundo fondo, el de Contingencia Estratégica (artículo 102), financia el material bélico e infraestructura asociada y sus gastos de mantenimiento en caso de guerra externa o de crisis internacional que afecten la seguridad exterior. Este se podrá usar para financiar material bélico e infraestructura dañada en caso de situaciones de catástrofe⁶. También podrá ser utilizado para anticipar recursos al Fondo Plurianual para compra de material bélico. Esta compra deberá ser evaluada ex ante y será autorizada de la misma forma que en el otro Fondo. Esta compra deberá informarse en sesión secreta a las comisiones técnicas de cada rama del Congreso Nacional, en términos generales, sin afectar la seguridad nacional ni la capacidad disuasiva de las FF.AA. Los gastos que se deriven de este Fondo se identificarán en decretos supremos reservados conjuntos de los ministerios de Defensa Nacional y de Hacienda.

Como señalamos, el rol del Ministerio de Defensa está establecido en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional (Ley N° 20.424 de 2010) e indica que tiene un rol de colaboración del Presidente. En materia de fiscalización se mantiene el estándar de secreto de los temas presupuestarios.

⁵ A los miembros del Consejo, que deberán ser funcionarios públicos, les serán aplicables las normas de probidad establecidas en la ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses; en la ley No 20.730, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, y especialmente las disposiciones del Título III de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶ Estas situaciones serán declaradas por el presidente mediante decreto supremo fundado.

Las funciones del Ministerio son:

- Diseñar y evaluar las políticas de defensa militar y las planificaciones primaria y secundaria de la Defensa⁷.
- Diseñar, evaluar y velar por el cumplimiento de las políticas y normas aplicables a los órganos que integran el sector Defensa.
- Diseñar el anteproyecto de presupuesto anual y supervisar la inversión de los recursos asignados al sector defensa. Este será secreto cuando se refiera a: planes de empleo de las FFAA.; estándares en los que operan las FFAA.; especificaciones técnicas y cantidades de equipamiento bélico y material de guerra; estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos referidos al desarrollo de capacidades estratégicas.
- Fiscalizar las actividades del sector y velar por una eficiente administración en los organismos que lo componen; supervisar la inversión de los recursos asignados al sector; y las metodologías de evaluación de los estudios y proyectos de inversión institucionales o conjuntos. Las empresas del Estado del sector serán evaluadas por el Ministerio de Defensa.
- Informar al Congreso Nacional respecto de las políticas y planes de la defensa, especialmente, sobre la planificación de desarrollo de la fuerza y los proyectos específicos en que se materialice.
- Los gastos institucionales y conjuntos de las FFAA., los cuales serán secretos. Los registros de proveedores de los organismos e instituciones del sector serán públicos⁸.

La Subsecretaría para las FFAA. concentra un conjunto importante de tareas vinculadas al personal de las FFAA. En términos de gestión la Subsecretaría ejecuta el conjunto de trámites administrativos del personal de FFAA. en servicio activo y en retiro; coordina políticas para el personal de la defensa; coordina y supervisa la ejecución del presupuesto y asesora al ministro en aquellos asuntos que tengan relación con la aplicación de las normas y planes para la elaboración y ejecución presupuestaria del Ministerio y de sus instituciones dependientes; propone el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa; propone el texto de los informes al Congreso sobre la ejecución del presupuesto asignado al Ministerio y sobre el financiamiento de los proyectos de adquisición e inversión para las FFAA.; supervisa la inversión de los recursos asignados a los organismos del

⁷ La planificación primaria es la establecida por el nivel político y la secundaria, la planificación militar (LDN, 2017).

⁸ Estos registros deberán estar actualizados. Deberán identificar a las personas naturales que ejerzan las funciones de su representación en Chile. Un reglamento especial fijará las normas reglamentarias.

sector Defensa; adquiere y abastece a los órganos del Ministerio de los elementos y servicios básicos; y administra y mantiene equipos, infraestructuras y bienes muebles e inmuebles del Ministerio.

A su vez la Subsecretaría de Defensa se encarga de la planificación primaria. Además, informa anualmente sobre las adquisiciones efectuadas y los proveedores respectivos y evalúa los proyectos de adquisición e inversión presentados por los organismos del sector Defensa. En materia de fiscalización propone al ministro el texto de los informes al Congreso Nacional sobre las políticas y planes de la defensa nacional, en aquellas materias que sean competencia de la Subsecretaría.

Respecto al Estado Mayor Conjunto (EMCO) este tiene un rol de asesor en la conducción estratégica de la Defensa en tiempos de paz, para lo cual tiene a su cargo el diseño de la planificación secundaria. También diseña el entrenamiento conjunto de la fuerza y coordina actividades de Chile en misiones de paz. En materia de fuerza militar participa en la evaluación de los proyectos de adquisición e inversión de las FF.AA. —como oidor— y propone al ministro los proyectos de adquisición e inversión conjuntos. Además, provee de inteligencia a la Subsecretaría de Defensa para la planificación primaria. En materia de fiscalización horizontal es el responsable de proponer al ministro los textos de los informes al Congreso sobre las políticas y planes de la Defensa en las materias de su competencia y, en coordinación con la Subsecretaría para las FF.AA., y sobre los informes relativos a la planificación de desarrollo de la fuerza y su ejecución.

Por otro lado, el sector de la Defensa tiene excepciones en materia de la aplicación de la Ley de Administración Financiera del Estado que regula lo que indica su nombre. Las FF.AA. están exceptuadas de la necesidad de que los estudios de pre inversión y los proyectos de inversión tengan una evaluación técnica y económica de rentabilidad por parte del organismo de planificación nacional o regional. Los proyectos de las FF.AA. serán evaluados e informados por el Ministerio de Defensa con una metodología conjunta con el Ministerio de Hacienda. Además, el artículo 29 exceptúa a las empresas dependientes del Ministerio de Defensa de traspasar a rentas generales de la Nación las utilidades netas que arrojen sus balances patrimoniales anuales. Es decir, las FF.AA. pueden disponer de manera autónoma de estos recursos⁹.

A partir de lo señalado anteriormente es posible establecer que existen aspectos institucionales como las leyes antes descritas que inhiben la fiscalización de las FF.AA. en cuanto a las decisiones en materia de diseño, implementación y evaluación de políticas. Además, es relevante destacar los ámbitos que, en materia presupuestaria, se mantienen en secreto, lo que inhibe el control administrativo y legal.

⁹ Ha habido polémica con organizaciones de la sociedad civil y el diputado Hirsch respecto a la puesta en venta por parte del Comando de Bienestar del Ejército de un terreno fiscal de 6,87 ha en la comuna de La Reina. www.theclinic.cl, 22/7/2020.

3. Rendición de cuentas al Congreso

Uno de los aspectos positivos de la reforma constitucional de 2005 fue aumentar el protagonismo del Congreso en el proceso político y de políticas públicas. Esto se tradujo, entre otras materias, en el establecimiento del rango constitucional a las comisiones especiales investigadoras, mecanismo de control o fiscalización exclusivo de la Cámara de Diputados (Huneus y Berríos, 2005; García, 2011; Huneus, 2018). No obstante, transcurridos 15 años, la aplicación de esta atribución fiscalizadora sobre los actos de gobierno o de administración aún deja entrever ciertas limitaciones que la han hecho poco operativa, eficaz y eficiente.

Aun cuando estos mecanismos aumentaron la posibilidad de control político de la oposición, éstos siguen siendo limitados en lo práctico (Berríos y Gamboa, 2006). Un ejemplo es que, si bien las autoridades del Ejecutivo tienen la obligación de responder a toda solicitud de información realizada por la Cámara de Diputados, no tienen plazo para hacerlo, lo que en la práctica hace que esta herramienta de control sea inefectiva. Esto es a pesar de que existe un relativo imperio para exigir coactivamente (Cea, 1993) la entrega de antecedentes y la asistencia a comisiones por parte de la autoridad. Se añade el deficitario rol parlamentario en el control de la ejecución presupuestaria general del Estado, y respecto del uso de recursos en el sector de Defensa.

A continuación, presentamos los mecanismos generales de fiscalización establecidos en la Constitución y la LOC del Congreso Nacional que se aplican a todo el sector de gobierno y, segundo, los mecanismos que permiten cierta incidencia del Congreso en la Ley de Presupuestos del Sector Público, en la nueva normativa sobre gastos reservados y en el nuevo mecanismo de financiamiento estratégico de la Defensa. Si bien aún se encuentran en tramitación legislativa, se menciona brevemente el control parlamentario en el nuevo sistema de compras militares y en el proyecto de Ley sobre Fortalecimiento del Sistema de Inteligencia del Estado (SIE).

3.1. Mecanismos generales de fiscalización del Congreso Nacional

Las herramientas que establece la Constitución (artículo 52, numeral 1) respecto a la función exclusiva de la Cámara de Diputados de fiscalizar los actos de Gobierno son cuatro: adoptar acuerdos y sugerir observaciones –con el voto de la mayoría de los diputados presentes–, y solicitar determinados antecedentes al Gobierno –con la aprobación de un tercio de los diputados presentes–; citar a un ministro (interpelación) para preguntarle materias vinculadas al ejercicio de su cargo, previa aprobación de un tercio de los diputados en ejercicio; crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio; y declarar admisibles o no acusaciones constitucionales.

Respecto del primer mecanismo, el mismo artículo establece que bajo ningún término “los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado”. No existe sanción administrativa, civil o política alguna sobre el sujeto controlado, ni menos aún, puede anular o dejar sin efecto los actos del mismo. Las comisiones y los parlamentarios en sesión de Sala, mediante oficios de fiscalización, pueden solicitar información específica a los organismos de la Administración del Estado, las personas jurídicas creadas por ley o las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario¹⁰.

La LOC del Congreso establece que si los organismos del Estado –o sus funcionarios– no responden a la solicitud de información de las comisiones de ambas cámaras o no comparecen ante ésta, tienen una sanción disciplinaria de una remuneración mensual, que se aumenta a dos remuneraciones en caso de reincidencia (artículo 10)¹¹. El vacío radica en que no se establece expresamente un plazo para contestar dichos oficios de fiscalización, razón por la cual este instrumento, si bien es usado comúnmente, no es del todo eficaz en la labor de un parlamentario. Además, muchas veces tampoco son respondidos, a pesar que esta infracción es sancionada como se menciona anteriormente.

Como ejemplo de lo anterior, en 2018 de los 76 oficios de fiscalización solicitados por la Comisión de Defensa, 11 fueron solicitudes de información dirigidos al Ministerio de Defensa o a alguna de las ramas de las FFAA., incluido un oficio que reiteraba una solicitud de información anterior que no había tenido respuesta. En total, la instancia contabilizó sólo cinco respuestas, dentro de las cuales no se encontraba el oficio de insistencia. En 2019, se contabilizaron 74 oficios de diversa índole, de los cuales 14 correspondieron a solicitudes de información a organismos de Defensa; sólo fueron respondidos ocho. A octubre de 2020, la Comisión de Defensa había emitido 65 oficios de fiscalización generales, de los cuales 27 son específicos en materia de Defensa. A la fecha se ha recibido respuesta de 12, entre los cuales no se encuentran dos oficios que reiteran una solicitud de información realizada previamente¹².

¹⁰ Esta facultad está establecida en los artículos 9° y 9°A de la LOC del Congreso.

¹¹ Además, el artículo 31 establece que: “Toda información que, de acuerdo a lo establecido en los artículos de esta ley y en las respectivas glosas, deba ser remitida por cualquier órgano de la Administración del Estado, y principalmente, por parte de los Ministerios y la Dirección de Presupuestos, a las diversas instancias del Congreso Nacional, se proporcionará en formato digital y procesable por software de análisis de datos, es decir, en planillas de cálculos o archivos de texto plano. El incumplimiento de cualquiera de los deberes de información contenidos en esta ley dará lugar al procedimiento y las sanciones que establece el artículo 10 de la ley N°18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional. Para dicho efecto, y a solicitud de cualquier diputado o senador, el Presidente de la Cámara de Diputados o del Senado remitirá los antecedentes a la Contraloría General de la República. De dicha acción deberá darse cuenta en la respectiva sesión”.

¹² Según información disponible en la página web de la Cámara de Diputados, a octubre de 2020.

El panorama resulta similar cuando se contabiliza la cantidad de respuestas a oficios de fiscalización emitidos por diputados y diputadas particulares. Así, de los últimos tres presidentes de la Comisión de Defensa, el diputado Jorge Brito, durante 2019 y parte de 2020, período en el cual ejerció el cargo, realizó 27 solicitudes de información, recibiendo sólo 12 respuestas.

Respecto al segundo instrumento, y según establece la Constitución, la asistencia de un ministro de Estado ante una interpelación en su contra, es de carácter obligatoria. La sanción ante una infracción por ausencia se encuentra regulada en el artículo antes citado.

A partir de la reforma constitucional del 2005 las Comisiones Especiales Investigadoras (CEI) tienen rango constitucional. Los ministros de Estado y los demás funcionarios de la Administración, y el personal de las empresas del Estado, tienen la obligación de comparecer en esta instancia¹³. No obstante, esta disposición constitucional no posee capacidad sancionatoria en caso de inasistencia. Sólo cabría la aplicación de las sanciones del citado artículo 10 de la LOC Congreso Nacional, que es de aplicación general, es decir, referirse al incumplimiento de concurrir ante cualquier comisión del Congreso, sea permanente o especial. Esto, en la práctica, hace que la norma se torne ineficaz (García, 2011: 185).

Entre 2014 y septiembre 2020 se conformaron 20 CEI relativas a Defensa, tales como: destinaciones de inmuebles a las FFAA; asignaciones irregulares de pensiones; irregularidades en la fiscalización a mutuales de las FFAA; actuación de los organismos del Estado en cuanto a la prevención de maltratos en las FFAA, entre otras¹⁴.

Ahora bien, la acusación constitucional contenida en el artículo 52 y el artículo 53 de la Constitución, en la LOC N° 18.918 del Congreso Nacional y en los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, puede aplicarse sobre las más altas autoridades del Estado, entre las que se incluyen a los “generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación”. Sin embargo, este mecanismo que hace efectivo el principio de responsabilidad constitucional no considera como sujeto pasivo de acusación constitucional al General Director de Carabineros. Esto genera una excepción injustificada al principio de supremacía constitucional y limita el rol del Congreso Nacional, toda vez que en éste recae la responsabilidad de resguardar la vigencia de dicho principio¹⁵.

¹³ A un ministro no se le puede citar más de tres veces sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la comisión.

¹⁴ Véase el listado de las CEI conformadas, sus sesiones, informes y resultados en la página web de la Cámara de Diputados.

¹⁵ Existe una moción parlamentaria ingresada en enero 2020, con el fin de incorporar como sujeto pasivo de acusación constitucional al General Director de Carabineros (Boletín 13200-07).

3.2. Control presupuestario

A continuación analizamos las facultades que tiene el Congreso para determinar, modificar y controlar la ejecución de los recursos en el ámbito de la Ley de Presupuestos del Sector Público, en la Ley N° 19.863 sobre gastos reservados y en la nueva Ley N° 21.174 que estableció un nuevo mecanismo de financiamiento plurianual de las capacidades estratégicas de la Defensa.

3.2.1. Ley de Presupuestos del sector público

El grado de incidencia que tiene el Congreso en el control de la ejecución presupuestaria y en el seguimiento de los proyectos de inversión para la renovación de capacidades es acotada e insuficiente como mecanismo de rendición de cuentas horizontal.

Para los gastos de operación el artículo 67 de la Constitución establece que el Congreso no puede modificar la estimación de ingresos que realice el Ministerio de Defensa, a través del Presidente de la República, y solamente estará habilitado para reducir los gastos contenidos en el proyecto, salvo los que estén establecidos por ley permanente. Aún más, una vez aprobada la ley, el Ejecutivo puede modificar por vía administrativa el presupuesto aprobado, mediante reasignaciones presupuestarias. Ante lo cual el Congreso sólo es informado de estos actos.

Esta potestad exclusiva del Ejecutivo se expresa en lo que el Tribunal Constitucional denominó la “Trilogía Constitución, ley y decreto” (Soto, 2020) que regula la ejecución presupuestaria y las normas de flexibilidad que permiten estas reasignaciones. Las disposiciones que regulan este tipo de flexibilidad se encuentran, primero, en la misma Constitución (artículo 32, numeral 20 y en el artículo 100). Estas permiten al Presidente de la República concretar pagos no autorizados en la Ley de Presupuestos vía decretos. Esta discrecionalidad también se encuentra contenida en el DL N° 1.263 de Administración Financiera del Estado el cual establece que “las regulaciones de los traspasos, incrementos, reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán normadas por decreto” (artículo 26). Si bien esta norma prohíbe el traspaso por decreto entre ministerios, sometiéndolos a la tramitación de una ley, sí permite el traspaso de recursos que hayan estado alojados en el Tesoro Público, lo cual, en la práctica, constituye un resquicio para esta discrecionalidad¹⁶.

¹⁶ Estas reasignaciones tienen como consecuencia que la mayoría de las partidas del Gobierno Central a fin de año exceden lo presupuestado inicialmente. Entre 2009 y 2016 el Gobierno Central ejecutó un 1,1% más de lo acordado en las respectivas Leyes de Presupuestos, con un rango de ajuste entre +9,4% (2009) y -3,8% (2013) comparado con lo presupuestado inicialmente. Por su parte, las partidas presupuestarias promediaron un 7,1% en el mismo periodo. Según el mismo análisis del Observatorio del Gasto Fiscal, uno de los ministerios que presentó consistentemente durante el periodo de análisis las mayores alzas en su ejecución presupuestaria fue el Ministerio de Defensa (Henríquez, 2017).

Así, nos encontramos con la preeminencia de un decreto del Ejecutivo sobre una norma de mayor rango, como es la ley que da origen al presupuesto y que es aprobada por el Congreso al final de cada año. Desde un punto de vista político, este sistema pone en entredicho no sólo la efectividad de los mecanismos de contrapeso entre dos poderes del Estado, que en resumidas cuentas resultan a estas alturas evidentemente deficientes, sino que cuestiona la misma legitimidad del Congreso. Modificar por vía administrativa lo que una mayoría legislativa determinó, tiene tanto que ver con la eficacia en el uso de los recursos públicos como con la legitimidad de los procesos de las instituciones democráticas (Soto, 2020).

La Partida 11, que corresponde al Ministerio de Defensa y sus organismos dependientes, es revisada por la Segunda Subcomisión Mixta de Presupuestos. Existen tres maneras a través de las cuales el Congreso puede ejercer una influencia en el monitoreo de la ejecución presupuestaria: hacer uso de las facultades que le entrega la Constitución solicitando antecedentes al Ejecutivo; incorporar indicaciones al articulado del proyecto de ley y a las glosas presupuestarias (en este caso, en la Partida del Ministerio de Defensa)¹⁷; o suscribir Protocolos de Acuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo.

La importancia de las glosas radica en que constituyen un elemento primordial para acotar o precisar un gasto, así como para establecer criterios y acciones de rendición de cuentas en el sector Defensa. También, establecen ciertos compromisos de entrega de información que deben cumplir los organismos públicos para asegurar un buen seguimiento de la ejecución del gasto público. Por ejemplo, la Partida 11 (Cap. 01/ Programa 01), que corresponde al Ejército de Chile, en la Ley de Presupuestos vigente, tiene incorporada la glosa 05, que establece el deber del Ejército de informar semestralmente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos y a la Comisión de Mujer y Género de la Cámara y del Senado, acerca de los estudios realizados sobre paridad de género, el estado de verificación de la paridad en la actualidad y recomendaciones para generar mecanismos de promoción del Cuerpo Femenino. Las glosas están sujetas a la aprobación de los parlamentarios, tanto para incorporar una nueva como para modificar otra preexistente.

Ahora bien, existen tres tipos de glosas (Henríquez, 2020): las que sólo rigen para una misma partida; las que están definidas en los artículos permanentes de la Ley de Presupuestos, y que a todas las partidas por igual; y aquellas glosas específicas para instituciones públicas y no para todo el Ministerio. Según datos de la Oficina de Presupuestos del Congreso, para el presupuesto 2020, el Ministerio de Defensa, a junio 2020, había remitido 58 informes de las 75 solicitudes de información procesadas en la Ley de Presupuestos —un 78% de cumplimiento—.

¹⁷ La importancia de las glosas radica en que constituyen un elemento importante para acotar o precisar un gasto, así como para establecer criterios y acciones de rendición de cuentas en el sector Defensa.

Tal como indica Villarroel (2020) los protocolos de acuerdo son instrumentos que, a pesar de no encontrarse institucionalizados, amplían la influencia parlamentaria en el campo de la negociación política. Su utilidad radica en que extiende la injerencia del Congreso en asuntos sobre los cuales no cuenta con iniciativa, o “sobre los que, teniéndola y presentando indicaciones, no logran votos para incorporarlas a la ley; y sobre los que, existiendo a veces consenso con el Ejecutivo acerca de su conveniencia, lo hay también sobre que no existen condiciones para hacerlos legalmente exigibles” (Villarroel, 2020: 637)¹⁸. La incorporación de un asunto determinado en estos acuerdos durante la tramitación del presupuesto no necesariamente significa que vayan a concretarse inmediatamente luego de su aprobación; como tampoco involucra que las medidas de acuerdo se apliquen de la forma en que quedaron estipuladas. Por ejemplo, en noviembre de 2007, en el marco de la tramitación del presupuesto 2008, el protocolo respectivo contenía un compromiso entre el Gobierno y el Congreso para legislar en materia de presupuesto de las FFAA., particularmente enfocado en dotarlas de un sistema presupuestario de largo plazo. Como sabemos, el nuevo mecanismo de financiamiento recién se aprobó en 2019¹⁹.

En general, las leyes de presupuesto establecen que el incumplimiento de cualquiera de los deberes de información implica una multa equivalente a una o dos remuneraciones mensuales para el jefe de servicio. Para concretarla, cualquier diputado o senador o el presidente de la Cámara de Diputados o del Senado debe remitir los antecedentes a la Contraloría General de la República (artículo 10, Ley N°18.918)²⁰.

3.2.2. Control sobre gastos reservados

La reforma a la Ley N° 19.863 sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública y establece normas sobre gastos reservados publicada en febrero de 2020 constituyó un cambio significativo en el uso de gastos reservados para los ministerios y entidades que reciben estos recursos²¹.

Se derogó el artículo 98 de la LOC de las FFAA. que fijaba un monto basal para gastos reservados lo que significa que esta asignación queda sujeta al debate en la Ley de Presupuestos. Se incorporó la obligación, para los jefes de las unidades operativas que cuenten con gastos reservados de efectuar una declaración de intereses y patrimonio conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.880, sobre probidad en la

¹⁸ Es recurrente el uso de estos protocolos en la tramitación del presupuesto anual y no en otro tipo de proyectos.

¹⁹ Información disponible en el sitio de la Dirección de Presupuestos, Biblioteca Digital.

²⁰ No fue posible recabar antecedentes respecto a si dicho procedimiento ha sido llevado a cabo por algún parlamentario en ejercicio.

²¹ Presidencia de la República, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Agencia Nacional de Inteligencia.

función pública y prevención de los conflictos de intereses. Así también se limitó el uso de estos recursos a labores de orden público, seguridad interna y externa del país, inteligencia y contrainteligencia.

No obstante, las mejoras referentes al control sobre su rendición y justificación de gastos introducidos por la nueva normativa resultan insuficientes. Esto lo es tanto para el control que ejerce la Contraloría General, como para el control que le compete a la Cámara de Diputados. El artículo 4 consigna un control de carácter programático y presupuestario. El primero es competencia de la Comisión de Control del SIE de la Cámara de Diputados, que se constituye como la comisión técnica en la materia. Las instituciones que cuentan con este tipo de recursos deberán informar semestralmente a la Cámara, en sesión secreta, el cumplimiento de los objetivos para los cuales están destinados estos gastos. El segundo tipo de control presupuestario hace referencia a las modificaciones que el Ejecutivo puede hacer durante el año a los montos máximos de gastos reservados asignados a cada institución. La norma permite un aumento de hasta un 30% de estos recursos destinados a tareas de orden público, seguridad pública interna o externa, de inteligencia y contrainteligencia. El fundamento de esta modificación debe ser informado a las comisiones de Hacienda de la Cámara y del Senado.

De esta forma, la Cámara ejerce una participación pasiva *ex post*. Si bien se eliminan los montos mínimos asignados en las leyes orgánicas mencionadas, no se establecen procesos ni mecanismos para garantizar una óptima discusión parlamentaria —confidencial— de estos gastos en las leyes de presupuesto (Observatorio del Gasto Fiscal, 2019), por lo cual en la práctica parece existir una nula incidencia en la determinación de estos montos. Y a la vez, el control *ex post* del legislativo se reduce a sólo recibir información sobre el cumplimiento de los objetivos y de la fundamentación de la modificación de los montos, sin injerencia alguna.

3.2.3. Control sobre el financiamiento plurianual de la Defensa

Finalmente, como señalamos, en 2019 se estableció el nuevo mecanismo para financiar las capacidades estratégicas de la defensa nacional. Se crearon dos fondos y se eliminó el piso mínimo para actividades generales de las FF.AA. establecido en la Ley de Presupuestos.

La nueva ley establece que durante el primer semestre de cada año, y previo al inicio del debate de la Ley de Presupuestos, el ministro de Defensa informará a las comisiones técnicas de ambas cámaras sobre la política de Defensa, la Planificación del Desarrollo de la Fuerza y el Plan Cuatrienal de Inversiones, con la proyección del aporte anual a discutir. Junto con ello, el ministro de Defensa deberá dar cuenta a ambas cámaras del Congreso de las eventuales observaciones que pudiera formular la Contraloría a los decretos que aprueban las adquisiciones de material bélico, infraestructura asociada

o mantenimiento. Cualquier iniciativa de inversión que constituya un anticipo de recursos traspasados desde el FCE al FPCE deberá informarse a las comisiones técnicas de cada cámara del Congreso Nacional, en términos generales, sin afectar la seguridad nacional ni la capacidad disuasiva de las FF.AA.

De este modo, la nueva norma establece que el Ministro de Defensa deberá informar anualmente a las comisiones de Defensa de ambas cámaras del Congreso sobre la forma en que se están materializando las capacidades estratégicas de la defensa definidas en la planificación del Desarrollo de la Fuerza. Esto no hace más que reiterar lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa, relativo a que esta repartición sólo debe informar al Congreso.

Como es evidente, las comisiones de Hacienda y Defensa Nacional carecen de cualquier potestad de influir en los anticipos que puedan hacerse desde el FCE. A ello habría que sumar una falencia general del Poder Legislativo que descansa en la carencia de asesoría permanente y especializada en las comisiones parlamentarias de Hacienda y Defensa, responsabilidad que actualmente descansa en el equipo de asesores de cada parlamentario, o en los asesores de la bancada del partido político respectivo. Existen instancias de asesoría técnica para la totalidad de los parlamentarios, radicadas en la Oficina de Presupuestos del Senado y en la Biblioteca del Congreso Nacional, las que, sin embargo, no significan un mayor contrapeso a la capacidad política y técnica del Ejecutivo, como sí lo hacen el Servicio de Investigación del Congreso (CRS, por sus siglas en inglés) y la Oficina Presupuestaria del Congreso (CBO, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos.

El procedimiento para la gestión de las compras militares contenido en esta ley resulta deficiente dado que se encuentra bajo responsabilidad de los mismos incumbentes, las propias FF.AA. El vínculo con los proveedores, la ejecución de las licitaciones y la formulación de contratos entra en claro conflicto de interés. A esto se suma el nulo control externo y político del Congreso en esta materia. Con el objeto de modificar esta zona gris, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que creará un nuevo sistema de compras militares.

3.2.4. El nuevo sistema de compras militares

El artículo noveno transitorio de la ley que estableció un nuevo financiamiento plurianual de las capacidades estratégicas de la Defensa y dispuso que, dentro de los seis meses siguientes a su publicación, el Presidente debía enviar a tramitación al Congreso un proyecto que regulara el sistema de compras militares que haría uso del Fondo Plurianual²². La incorporación de mecanismos de control civil y democrático fueron algunas de las condiciones que debía cumplir dicha iniciativa. El proyecto

²² El actual mecanismo de compras e inversiones en capacidades estratégicas se rige por el decreto supremo N° 124, del año 2004, del Ministerio de Defensa Nacional, reglamento complementario de la Ley N° 13.196 de 1958.

fue ingresado en junio de 2020, encontrándose actualmente en Primer Trámite Constitucional en la Comisión de Hacienda del Senado.²³

La reforma determina que las necesidades de compra, fijadas por las FF.AA. y el EMCO, deben responder a la planificación cuatrienal y ser autorizadas por decreto supremo del Ministerio de Defensa. Las modalidades de compras e inversiones no difieren sustancialmente de las tradicionalmente utilizadas en otros sectores. Por regla general serán mediante propuesta pública, sin perjuicio de lo cual las compras se podrán materializar bajo propuesta privada o trato directo, en caso de concurrir alguna de las ocho causales de excepción. Algunas de éstas son cuando: exista un solo proveedor; los proveedores sean titulares de derechos de propiedad intelectual; no haya ofertas en una licitación; haya en caso emergencia, urgencia o imprevisto; o cuando sea un acuerdo gobierno a gobierno. En caso de concretarse las propuestas privadas o trato directo, son las FF.AA. las que invitan a formular propuestas directamente. Por su lado, las bases de licitación, según el artículo 8, serán “aprobadas por la autoridad competente a cargo de la compra o inversión”, es decir, las diferentes ramas castrenses.

En el artículo 10 se establecen dos tipos de comisión evaluadora *ad honorem*, una para compras o inversiones superiores a 10.000 UTM, y otra para adquisiciones bajo este límite. La diferencia entre ambas radica en el número de integrantes y en su perfil profesional. Esta instancia para compras de mayor cuantía deberá tener un mínimo de cinco funcionarios, los que podrán pertenecer, indistintamente al Ministerio de Defensa, las FF.AA. o el EMCO, y también a otros organismos públicos que tengan conocimiento técnico en la inversión. También podrán convocarse a integrar la comisión a expertos en la materia motivo de la licitación. Se crea un “Registro Único Especial de Proveedores de la Defensa” (artículo 20) administrado por el Ministerio de Defensa. El control interno inmediato queda radicado en las propias jefaturas y en los órganos de control interno de las FF.AA. y el EMCO. El Ministerio de Defensa podrá realizar auditorías, mientras que las subsecretarías de Defensa y Fuerzas Armadas, tendrán facultades para supervisar el correcto desarrollo de las iniciativas de gastos aprobadas. El control externo de mayor incidencia queda radicado en la Contraloría General de la República.

En lo respectivo al Congreso (artículo 32), se replica la lógica de control con carácter informativo. Le corresponderá al ministro de Defensa informar anualmente a las comisiones de Defensa de ambas cámaras en sesión conjunta. El informe deberá contener el detalle de las modalidades de contratación y los proveedores participantes y adjudicatarios de los distintos procedimientos de contratación. Y en un alcance general, ambas cámaras podrán solicitar información, que no es más que la facultad establecida en la LOC del Congreso.

²³ La información corresponde al estado de tramitación a noviembre de 2020. Boletín 13563-02, Proyecto de ley que establece un nuevo sistema de compras e inversiones de las capacidades estratégicas de la Defensa, con cargo al Fondo Plurianual para las Capacidades Estratégicas de la Defensa y al Fondo de Contingencia Estratégico.

Sin embargo, el proyecto de ley deja un vacío relacionado al carácter de la información que podrá ser remitida a los legisladores. En su artículo 28, y cuando el solicitante sea el Ministerio de Defensa, las instituciones de las FFAA. y el EMCO deberán remitir toda la información requerida, a efectos de aplicar la “supervisión y control sobre el desarrollo de las iniciativas y el correcto uso de los recursos asignados”. Asimismo, cuando el solicitante sea la Contraloría General de la República, las mismas instituciones estarán sujetas a remitir “información específica respecto de sus procedimientos de compra o inversión o bien en sus procesos de auditorías”. Sin embargo, la determinación de la naturaleza de la información aplicable para estos dos organismos no es la misma para el Congreso Nacional, lo que no deja claro qué tipo de información le corresponde conocer.

Fuentes (2020) propone cambiar el modelo de compras basado en Unidades de Compra dependientes de cada rama a un esquema de departamento de gestión de compras emplazado dentro y dependiente del Ministerio de Defensa. Sin duda, esta unidad especializada y establecida orgánicamente en las cercanías de la autoridad civil de la Defensa daría mayor fiabilidad a la información reportada, especialmente cuando el destinatario fuese el Congreso, respecto de unidades ubicadas orgánicamente dentro de cada institución de las FFAA. y alejada del escrutinio legislativo, e incluso, del propio control interno ministerial.

Como conclusión es posible observar que a pesar de las recientes modificaciones legales y de política pública, las FFAA. mantienen importantes grados de autonomía respecto al control del Congreso.

3.3. El control legislativo sobre la actividad de inteligencia del Estado

La actividad de inteligencia es inherente a la potencialidad de abuso de poder, toda vez que el secreto, aspecto consustancial a los organismos de inteligencia, es “enemigo de la democracia” (Holt, 1995:30). En la medida que el ecosistema natural y el insumo principal de estos organismos es la información, su principal capital es el poder que emana de ésta, la que, a su vez, fluye unidireccionalmente, es decir, hacia las agencias de inteligencia y no desde éstas hacia el Estado (Gill, 1994). Este monopolio sobre la información reduce considerablemente los costos de transacción para promover agendas o propósitos individuales al margen de cualquier control, por lo que el control externo radicado en la rama legislativa resulta fundamental (Caparini, 2007; Matei, 2007; Wishart, 2002). El proyecto de ley que crea el Sistema de Inteligencia del Estado (SIE)²⁴ propone una nueva definición de lo que se entiende por inteligencia y termina, al menos en lo formal, con la independencia de los organismos que lo componen. Así, la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI) pasa a ser el órgano conductor del sistema. Se amplía el número de instituciones que estarán relacionadas

²⁴ Bolefín 12234-02, Fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado.

con el sistema, ya sea como integrantes de éste, o como instituciones que aportan información considerada relevante, incluyendo a las FF.AA. en labores de inteligencia interna. Se crea una nueva institucionalidad: el Consejo Asesor de Inteligencia, de carácter consultivo, que asesorará al Presidente de la República y una Estrategia Nacional de Inteligencia cuatrienal, diseñada por ANI.

Sin embargo, el principal problema del proyecto de ley radica en que no aborda ninguna de las grandes falencias que arrastra la ANI desde su creación. No resuelve su rol dentro del Estado en una lógica conjunta de inteligencia, que supere definitivamente la dinámica por subsistemas autónomos en la práctica (Avendaño, 2018), como tampoco el casi nulo control activo del Congreso.

La ley vigente en su artículo 36 define que el control externo de la actividad de inteligencia recae en la Contraloría General de la República, los Tribunales de Justicia y el Congreso. Para este último, el artículo 37, complementado por el artículo 321 y 322 del Reglamento de la Cámara de Diputados, establece que la Comisión de Control del SIE podrá solicitar y conocer los antecedentes relativos a las actividades de los servicios y organismos que integran el SIE. Anualmente el director de la ANI presentará un informe secreto. Ante esta mínima incidencia, la propuesta del Ejecutivo actualmente en tramitación no implica cambio alguno. El reporte del director de la Agencia ante esta comisión técnica, pasa de ser uno de carácter anual a uno semestral, agregándose una comparecencia ante las comisiones unidas de Defensa y Seguridad Pública del Senado sobre el cumplimiento de la Estrategia Nacional de Inteligencia.

4. Fiscalización de la Contraloría

La rendición de cuentas de las FF.AA. y el sector de Defensa a la Contraloría forma parte de las atribuciones de este organismo en materia de fiscalización de actos del Estado establecidas en su LOC. Según el artículo 1º la Contraloría General de la República:

“Independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los procedimientos, vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención”.

Ahora bien, la excepción para las FF.AA. se establece en materia de cauciones²⁵. Las cauciones que deba rendir el personal de las FF.AA. se registrarán por las normas que contemplen sus propios estatutos y los reglamentos de cada rama.

En materia de financiamiento y respecto al Fondo Plurianual la LOC de FF.AA. establece que por razones de seguridad los decretos que sean reservados estén exentos del trámite de toma de razón y sean registrados reservadamente en el plazo establecido por la Contraloría General de la República. La Contraloría si puede formular observaciones y, si lo estima, ordenar una auditoría, remitiendo los antecedentes al Consejo de Defensa del Estado o al Ministerio Público. Asimismo, el Ministro de Defensa debe informar a la Cámara de Diputados y al Senado sobre observaciones formuladas por la Contraloría General a estos decretos.

En lo que dice relación a la reforma de la Ley N° 18.963 sobre Gastos Reservados, a la Contraloría General de la República se le asignan dos ámbitos de fiscalización. El primero referente a los jefes de servicio de los ministerios y entidades que utilicen este tipo de fondos, y el segundo a la naturaleza y justificación del gasto. La Contraloría deberá conocer la declaración de intereses y patrimonio de los jefes de las unidades operativas que tengan gastos reservados (artículo 4)²⁶. Una nueva facultad de la Contraloría es que de comprobarse inconsistencias en estas declaraciones -con posterioridad a un proceso previo que da la posibilidad de enmendarlas- puede aplicar una multa a beneficio fiscal o, si corresponde, destituir o cesar en funciones al infractor. Además, la Contraloría podrá conocer las resoluciones mediante las cuales los ministerios y entidades identifican a las unidades operativas que requerirán para su operación el uso de gastos reservados. Así, los jefes operativos de estas unidades deberán informar por escrito los gastos reservados utilizados en el año presupuestario anterior. Esto deberá acompañarse de una declaración jurada que acredite que ese gasto es acorde con la naturaleza y objetivos de cada institución²⁷.

Si bien estos mecanismos de control están institucionalizados son aún deficitarios si se considera que la rendición que se establece es genérica, lo que no soluciona los posibles usos indebidos de estos fondos. Por el contrario, esta rendición debería incluir otra información como los objetivos, resultados, beneficiarios y actividades

²⁵ En el artículo 73 se establece que las cauciones serán aprobadas por el Contralor y sólo se considerarán: 1) Depósitos de dinero en arcas fiscales o los bancos Central o del Estado de Chile, a la orden del Contralor; 2) Hipotecas; 3) Prendas sobre bonos de la deuda pública o de instituciones hipotecarias -regidas por ley de 1855- y; 4) Pólizas de seguros de fianza o de responsabilidad personal, contratadas a la orden del Contralor en alguna institución con personalidad jurídica o sociedad anónima expresamente autorizada por el Presidente de la República.

Se entiende caución como "aquella obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda" (artículo 46 del Código Civil). Tomado de: www.chile.leyderecho.org

²⁶ Según lo establecido en la Ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública.

²⁷ El plazo es de 60 días hábiles siguientes al vencimiento del año.

que se financian con los respectivos fondos (Observatorio del Gasto Fiscal, 2019), como también la documentación que acredite los desembolsos efectuados y los comprobantes de los ingresos, egresos y trasposos, entre otros. Asimismo, debería ser factible aplicar el principio de publicidad contenido en el Título II de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, bajo un mecanismo que equilibre la necesidad de transparencia con el resguardo de la información sensible para la seguridad del Estado.

5. Poder Judicial²⁸

En la estructura estatal de separación de poderes al Poder Judicial le corresponde aplicar la ley y resolver en los casos en que hay delitos o se infringen estas leyes. En términos de políticas públicas los y las jueces deciden a partir de la legislación nacional y establecen así jurisprudencia.

En el caso de las políticas de Defensa y Militar el rol del Poder Judicial está mediado por la legislación propia que tiene este sector del Estado no sólo en materia de regulación de las políticas y del sector en general, sino también en la administración de justicia. El Código de Justicia Militar, creado en 1925, regula la administración de justicia en el caso de los militares. En casi 100 años este código fue modificado durante la dictadura para ampliar la jurisdicción de los tribunales militares a ámbitos propios de la justicia civil. Desde 1990 se ha introducido reformas tendientes a limitar esta jurisdicción, siendo la más importante la reforma de 2010²⁹.

La Justicia Militar es “el orden jurídico que regula a las FFAA. y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además, de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar” (Henríquez y Ng, 2020: 74). Esta comprende el derecho disciplinario militar y el derecho penal militar.

En su artículo 5° el Código de Justicia establece que los tribunales militares tienen jurisdicción en: los delitos militares; casos ocurridos fuera del país en casos de territorio ocupado por Chile; delitos comunes cometidos por militares, ocurridos en contexto de guerra, en actos de servicio militar o en cumplimiento de ese servicio en establecimientos de las instituciones castrenses y; acciones civiles derivadas de los delitos anteriores (Henríquez y Ng, 2020). Mera (1998) sostiene que el fuero militar contenido en el artículo 5° es inaceptable en un Estado democrático de derecho que respeta los derechos humanos (citado en Henríquez y Ng, 2020). Además, el artículo 11° establece que los tribunales militares, además, tendrán jurisdicción para juzgar no

²⁸ Para mayor detalle sobre la Justicia Militar ver artículo de Ng y Henríquez en este mismo volumen.

²⁹ Ley 20.477.

sólo al autor del delito sino también los otros responsables mientras tengan la calidad de militar, así como los delitos conexos mientras sean militares.

Como señalan Henríquez y Ng (2020) “pese a las modificaciones y reformas legislativas realizadas a este código, en la actualidad es posible identificar ciertas diferencias en relación a las garantías y derechos de la víctima en el procedimiento penal militar en tiempos de paz en comparación con los derechos y garantías que tiene la víctima en el derecho penal civil” (2020: 74). El Código de Justicia Militar no incluye una definición de delito militar lo que ha tenido como consecuencia que la competencia de los tribunales militares no está bien fundamentada, lo que tiene como consecuencia que haya casos que debieran ser juzgados por los tribunales ordinarios (Henríquez y Ng, 2020). Finalmente, en el artículo 16° se señala que el juez responsable de establecer el inicio del proceso criminal en tiempos paz es un juez militar y no un funcionario judicial, lo que podría violar la garantía de independencia e imparcialidad y el derecho a un juicio justo y transparente.

Vinculado a lo anterior en los últimos años algunos militares han sido investigados y sometidos a proceso por delitos de corrupción y fraude al Fisco, los cuales han sido investigados por la justicia militar, como es el caso conocido como *Milicogate* denunciado por la revista *The Clinic* en 2015. Entre agosto y noviembre de ese año dicho semanario publicó siete artículos en los que se informó cómo oficiales y suboficiales se apropiaron de recursos del Fondo Reservado del Cobre a través de boletas y facturas falsas. A agosto de 2020 el desfalco superaba los \$10 mil millones³⁰.

Otro campo de atención en materia de jurisprudencia de la justicia militar se relaciona con las recomendaciones acerca de Derechos Humanos por parte de los organismos internacionales. Estos han insistido en las reformas que son necesarias en la justicia militar en este aspecto. Por ejemplo, en el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos (2014), se recomendó reformar esta justicia para excluir a civiles de su jurisdicción y limitarla sólo a los delitos de la función militar y adecuarla a las normas internacionales que garantizan el derecho a un juicio imparcial³¹. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) tiene pendiente su adecuación a estándares mínimos obligatorios establecidos el derecho internacional de Derechos Humanos. Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido incrementando de manera gradual el uso del derecho internacional de los Derechos Humanos. Lo mismo ha sucedido con la Corte Suprema, que ha resuelto en concordancia con éste cuando ha habido contiendas de competencia entre tribunales militares y tribunales de garantía (Aguilar, 2015).

³⁰ The Clinic, 20/8/2020. www.theclinic.cl

³¹ Consejo de Derechos Humanos. (2014). Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile. Doc. N.U. A/HRC/26/5, P. 121. En: Aguilar (2015). Ver referencias.

Queda pendiente entonces el poder definir claramente la jurisdicción de la Justicia Militar de acuerdo a los estándares de un Estado democrático de derecho.

6. Transparencia y rendición de cuentas

La transparencia de los organismos y actos públicos se ha convertido en parte del funcionamiento del Estado. La Ley N° 20.285 sobre Acceso a Información Pública establece políticas en la materia. Lo mismo sucede con el Consejo para la Transparencia.

El artículo 21 de la ley fija causales de secreto total o parcial cuando se afecte la defensa nacional. El artículo 22 añade que el plazo máximo de cinco años renovable por una vez que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados no es aplicable a actos y documentos en el ámbito de la defensa nacional, establezcan la planificación militar o estratégica. Razón por la que en estos ámbitos el secreto podrá ser indefinido. Lo anterior no ha obstado para que las tres ramas de las FFAA. hayan formado parte de las instituciones a las cuales el Consejo fiscaliza las políticas de transparencia y a la vez la ciudadanía ha requerido información y/o presentado reclamos.

A pesar de lo anterior entre 2009 y noviembre de 2020 se han ingresado 44.763 casos de reclamo al Consejo para la Transparencia, de éstos el 2,3% corresponde a las tres ramas castrenses, esto equivale a 1.039 reclamos que comprenden a las FFAA.. De ellos el 67,8% corresponden al Ejército, el 19,8% corresponde a la Armada y el 12,4% restante a la FACH. El Ejército ocupa el tercer lugar en la cantidad de casos –después de Carabineros y la Subsecretaría de Salud– en cuanto a la judicialización de casos, es decir casos que inician una tramitación en la Justicia. En esta materia, las FFAA. concentran el 12,2% de los casos judicializados y el Ejército ocupa el segundo lugar después del Servicio de Impuestos Internos con 92 y 115 casos respectivamente. Respecto al cumplimiento de políticas de transparencia activa,³² considerando las materias protegidas por el secreto militar, las tres ramas están por sobre el promedio superando todas el 90%. Los sumarios y sanciones a personal de las FFAA. son 4, 3 para el Ejército y 1 para la Armada de un total de 344 sumarios desde el 2010 a noviembre de 2020³³.

Vemos que en materia de transparencia las FFAA. tienen, por un lado, ciertas excepciones en materia de información, pero forman parte del listado de instituciones del Estado que se someten a este control establecido en la legislación chilena. Esto

³² La transparencia activa es “el deber proactivo de informar a través de la página web ciertos aspectos que la ley ha considerado relevantes y se encuentran señalados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia”. www.portaltransparencia.cl

³³ www.cplt.cl

sin duda contribuye a abrir un espacio, aunque mínimo, a la fiscalización no sólo de los poderes y organizaciones del Estado sino también de la ciudadanía.

Conclusiones

Los elementos que caracterizan el control y fiscalización del Estado chileno y sus organismos en materia de FFAA. y defensa nos permiten resumir un conjunto de conclusiones relevantes para establecer cómo funcionan estos mecanismos en el caso de las tres ramas castrenses.

Observamos que el diseño institucional –el conjunto de leyes y otras reglas formales– permiten importantes espacios de autonomía de las FFAA. que inhiben una rendición de cuentas concordante con un sistema democrático en forma. Los comandantes en jefe mantienen importantes prerrogativas en el proceso de políticas públicas, incluido el presupuestario. La capacidad de ejercer control por parte del ministro de Defensa y otras autoridades civiles se presenta de manera muy general permitiendo que las FFAA. conserven importantes ámbitos de autonomía.

Si bien las facultades de control que tiene el Congreso se han incrementado en las últimas décadas, siguen siendo insuficientes para ejercer eficazmente una labor de fiscalización y contrapeso respecto al Ministerio de Defensa y las FFAA. Esto sucede tanto en materia de las políticas de defensa y militar y, especialmente, en materia presupuestaria. La menor capacidad de control del Congreso *vis-a-vis* el Ejecutivo en materia de defensa se refiere también a la menor capacidad técnica del primero para ser una contraparte relevante frente a las FFAA. y el Ministerio de Defensa.

Aún persisten importantes ámbitos en que por ley se establece un innecesario secreto en materia de políticas en este sector. Tanto el Congreso, la Contraloría y el Consejo para la Transparencia tienen en su diseño legal excepciones que eximen al Ministerio de Defensa y las FFAA. de entregar información. Se hace preciso, entonces, poder discutir la extensión de la reserva y establecer criterios conocidos que permitan determinar aquellas materias que, sí deben, por motivos de seguridad, quedar en reserva y por cuánto tiempo.

Las nuevas políticas tienden a mantener ámbitos de autonomía e influencia que inhiben la fiscalización y el control legal y administrativo: la nueva Ley de Financiamiento de la Defensa no sólo no señala atribuciones contractuales de control por parte del Congreso, sino que también se establecen criterios de discrecionalidad en el nuevo sistema de asignación de recursos que inhiben el control correspondiente; lo mismo sucede con el nuevo Sistema de Inteligencia que se tramita hoy en el Congreso.

Una efectiva supervisión política y estratégica sobre el sistema y las unidades de inteligencia de las FFAA. debería incluir la facultad de la comisión técnica que propone la ley y de la Comisión de Defensa Nacional de revisar, evaluar y observar la Estrategia Nacional de Inteligencia y los planes anuales elaborados por el

director Nacional de la ANI, previa aprobación del Presidente de la República. Adicionalmente, se debería someter a dicho escrutinio, en idénticos términos, a la política de formación y los planes de estudio en materia de inteligencia destinados a los funcionarios de la agencia que considera el actual proyecto en trámite. En ambas cámaras debería descansar la potestad de nombramiento del director nacional de la agencia, acorde a lo que establece nuestro ordenamiento constitucional para otros organismos, lo que en el proyecto de ley recae exclusivamente en el Presidente de la República.

Finalmente, es preciso señalar que *ad portas* de la discusión de una nueva Constitución es imprescindible redefinir el lugar de y los mecanismos de control y fiscalización sobre las FF.AA. en este nuevo marco institucional. Es necesario avanzar hacia una nueva manera de insertar a las FF.AA. como un servicio público en la estructura del Estado y en la que se dejen atrás las prerrogativas autonómicas heredadas de la dictadura y que inhiben una inserción apropiada en un Estado democrático de derecho.

Referencias

- Aguilar, Gonzalo (2015). “El tribunal constitucional chileno frente a la jurisdicción militar”. *RDUCN*, vol. 22, n° 1.
- Avendaño, Andrés (2018). “El sistema de inteligencia del Estado de Chile, la producción de inteligencia estratégica y otros asuntos relacionados”. *Cuaderno de trabajo*, n° 2.
- Berríos, Fabiola y Gamboa, Ricardo (2006). “El Congreso Nacional chileno y el ejercicio de sus funciones legislativa y fiscalizadora (1990-2006). Política”. *Revista de Ciencia Política*, vol 47, pp. 99-125.
- Caparini, Marina (2007). “Controlling and Overseeing Intelligence Services in Democratic States”. En: Born, H. y Caparini, M. (Eds.). *Democratic Control of Intelligence Services: Containing Rogue Elephant*. Inglaterra: Aldershot.
- Cea, José Luis (1993). “Fiscalización parlamentaria del Gobierno”. *Revista Chilena de Derecho* vol. 20, pp. 7-20.
- Chávez, Rebecca Bill (1998). “The rule of law and courts in democratizing regimes”. En: Whittington KE, Kelemen RD, Caldeira GA (Editores.), *Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián (2020). “‘Obedientes y no deliberantes’: Fuerzas armadas, autonomía y control y control democrático en Chile”. *Ius Et Praxis*, vol. 26, n° 2, pp. 232-253.

- Fuentes, Claudio (2020). "Reforma al Sistema de compras militares. Comentarios al proyecto de ley Boletín 13.563-02". PPT Comisión Defensa Nacional, Senado, 21 de julio de 2020
- García Barzelato, Ana María (2011). "Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno". *Revista de Derecho Público*, vol. 75,: pp. 35-50.
- Gill, Peter (1994). *Policing Politics: Security Intelligence and the Liberal Democratic State*. Portland: Frank Cass.
- Henríquez, Francisco y Ng Magaña, Hi-leng (2020). "La víctima en la justicia militar a la luz del principio de igualdad constitucional". *Memoria de prueba*, Universidad de Chile.
- Henríquez, Manuel (2020). "Monitoreo al cumplimiento de las glosas de Ley de Presupuestos 2020". Informe Observatorio del Gasto Fiscal, recuperado el 10 de noviembre de 2020, de: www.observatoriofiscal.cl
- Henríquez, Manuel (2019). "¿Por qué los gastos reservados se han convertido en la billetera ideal para la malversación de fondos? Debilidades actuales en el sistema de control y recomendaciones para su fortalecimiento". Informe Observatorio del Gasto Fiscal, recuperado el 10 de noviembre de 2020, en: www.observatoriofiscal.cl
- Holt, Pat (1995). *Secret Intelligence and Public Policy. A dilemma of Democracy*. Washington: CQ Press.
- Huneus, Carlos (2018). "¿Cuán fuerte es el Presidente en Chile?" *Revista de Derecho Público*, número especial, pp. 353-372.
- Huneus, Carlos y Berríos, Fabiola (2005). "El Congreso en el presidencialismo. El caso de Chile". *Revista de la Sociedad Argentina de Análisis Político*, vol. 2, n° 2, pp. 345-391.
- Merryman, Henry (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press.
- O'Donnell, Guillermo. (2004). "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política". *Revista española de ciencia política*, n° 11, pp. 11-31.
- O'Donnell, Guillermo (2001). "Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política". *Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 14, pp. 7 -31.
- Manin, Bernard, Przeworski, Adam y Stokes, Susan (1999). *Democracy, Accountability and Representation*. MASS: Cambridge University Press.
- Matei, Fiorina y Bruneau, Thomas (2011). "Intelligence reform in new democracies: factors supporting or arresting progress". *Democratization*, vol. 18, n° 3, pp. 602-630.
- Mera, Jorge (1998). *Los derechos humanos en el derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Rumeau, Dominique (2012). “El control civil de las políticas públicas de defensa un modelo de análisis basado en la teoría del principal-agente”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 21, n° 2, pp. 129-151.

Soto Sebastián (2020). “La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n° 1, pp 185-207.

Villarroel, Álvaro (2012). “El protocolo de acuerdos de la Ley de Presupuestos del Sector Público”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 38, pp. 617-657

Wishart, Eric (2002). *Intelligence networks and the Tri Border area of South America: The dilemma of efficiency versus oversight (Thesis)*. California: Naval Postgraduate School

Leyes revisadas en: www.bcn.cl

Decreto Ley Orgánico 1263 De Administración Financiera del Estado

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

Ley Orgánica Constitucional de Fuerzas Armadas

Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa

Ley N° 21.174, Establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la Defensa Nacional

Ley N° 19.863, Establece normas sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la Administración Pública, de los alcaldes y da normas sobre gastos reservados.

Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública

Ley N° 20.880, Sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés. Constitución Política de la República de Chile

Reglamento de la Cámara de Diputados

Reglamento del Senado