

La dignidad humana como fuente de reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, a personas al servicio de las fuerzas armadas y de orden, en el Estado de Derecho

RAMÓN HUIDOBRO SALAS

Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Doctor en Derecho Universidad de Alicante, España

SUMARIO: I. Orígenes y evolución; 1. Desde la ausencia de reconocimiento por las limitaciones absolutas a derechos fundamentales por las relaciones de especial sujeción, hasta su reconocimiento y limitación constitucional en razón de su función; 2. El complejo equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos fundamentales; 3. La ponderación de los derechos o intereses y la proporcionalidad en las limitaciones; II. El reconocimiento de los derechos y limitaciones; 1. Un primer paso sustantivo: reconocimiento constitucional de estatutos especiales; 2. Superación del carácter descriptivo de las relaciones; 3. Las modificaciones en la orgánica militar y la administración; 4. La especialidad de los principios y valores de las Fuerzas Armadas; III. La dignidad humana como principio esencial de la administración, en el Estado de Derecho.

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

1. Desde la ausencia de reconocimiento por las limitaciones absolutas a derechos fundamentales por las relaciones de especial sujeción, hasta su reconocimiento y limitación constitucional en razón de su función

Desde sus orígenes enmarcados en la teoría clásica hasta la constitucionalización de las distintas categorías de relaciones de especial sujeción, las personas que quedaban sujetas a esas relaciones tenían vedados o limitados sus derechos fundamentales, a diferencia del común de las personas.

En la construcción clásica, la prohibición y la limitación especial de los derechos fundamentales y libertades constitucionales se fundamentaba en

razón del estatus personal de quienes integraban el colectivo militar. Posteriormente, la obra conjunta de la doctrina y la jurisprudencia alemana, impelen una profunda transformación de esos planteamientos iniciales producto de la vigencia de la ley fundamental de BONN.

La vigencia constitucional con su haz de derechos y libertades fundamentales de las personas, provoca una profunda transformación del entendimiento de esas relaciones en los distintos ordenamientos jurídicos, lo que trascenderá a España una vez que el TC se detenga a considerar esta categoría y profundizar en su vigencia y reconocimiento.

La Constitución Española —como en general los textos constitucionales— no contempla expresamente el concepto, lo que no obsta para apreciar cómo implícitamente configura estatus especiales al establecer prohibiciones y restricciones a derechos fundamentales de las personas que integran ciertos colectivos. Hay que explicar esos estatus y sus efectos en atención a la función que constitucionalmente la institución en que se integran y ellos mismos como sujetos individuales tienen asignadas.

En la Constitución chilena, además de la ausencia de consagración del concepto de relación de sujeción especial, existe una escasa o nula regulación particular en materia de libertades y derechos fundamentales, para el ámbito castrense. Por ello, podemos entender que el marco regulatorio se encuentra más cercano al actual modelo alemán en el cual el ciudadano-soldado, queda más ampliamente cubierto por la sujeción general que afecta a todas las personas¹.

En el sistema alemán, los principios de *Innere Führung* o conducta militar, conforman los fundamentos rectores del servicio en la Bundeswehr y determinan la autoimagen de los militares. Son la línea maestra para el mando y liderazgo de personas y el trato correcto de unos con otros. La *Innere Führung* es garante de que la Bundeswehr permanezca ubicada en el centro de la sociedad. Ella es símbolo del encuadramiento de la Bundeswehr en el Estado democrático de derecho y de libertades².

¹ Sobre el actual sistema alemán de conducta militar, puede consultarse en forma especial el reglamento ZDv 10/1 *Innere Führung*, enero 2008, DSK FF140100255. Existe versión español en www.innerefuehrung.bundeswehr.de/.../ZDv_10-1_Spanisch.pdf

² Capítulo I° N° 101 del reglamento ZDv 10/1 *Innere Führung*, enero 2008, DSK FF140100255, cit.

Según la reglamentación de conducta militar que rige al soldado alemán, los derechos fundamentales son de obligado respeto por los integrantes de la Bundeswehr, en cualquier lugar y momento. En consecuencia, todos los componentes militares de la Bundeswehr son “ciudadanos de uniforme”. Ellos tienen un compromiso especial con los valores y normas de la Ley Fundamental. Tienen el deber de servir fielmente a la República Federal de Alemania y de defender con valor el Derecho y la libertad del pueblo alemán. Su servicio como militares incluye arriesgar su propia salud y vida y exige, en última consecuencia, matar en combate. Por eso, el servicio en la Bundeswehr plantea exigencias elevadas respecto a la personalidad de los militares. Éstos han de tomar, sobre todo en las acciones militares, decisiones de conciencia que tienen su vinculación ética en los valores fundamentales³.

De la forma expuesta, la relación de especial sujeción militar como fundamento justificativo de limitación a derechos fundamentales, está caracterizada por un grupo orgánico-normativo y competencial, que deberá ser determinada por la existencia funcional de un colectivo, destinado para el cumplimiento de los fines de la defensa y seguridad nacional, que a su vez limita por esa función, los derechos fundamentales de sus integrantes. Por ello, si bien son estas tareas las que autorizan ciertas limitaciones a los derechos fundamentales del militar, en razón de su función constitucional. Sin embargo, no resulta fácil determinar en abstracto cuántas restricciones pueden merecer el amparo constitucional, o lo que es igual, cuál es la exacta configuración del estatuto del personal militar dada la complejidad y dificultades de precisar en cada caso, la vigencia en su integridad de ciertos derechos o libertades, por las singularidades características de la institución castrense.

Esta situación, nos obliga a estudiar profundamente la compatibilización dogmática y la práctica jurídica, pues la casuística ilimitada en muchos casos, nos llevará de seguro a la dificultad de establecimiento de reglas generales para todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, sólo el descubrimiento de esas reglas de aplicación para cada ordenamiento o sistema jurídico nos permitirá el deseado equilibrio relacional entre las potestades y derechos del militar.

La solución alemana a este dilema es la *Innere Führung*, que garantiza un máximo de capacidad militar y a la vez un máximo de libertades y de-

³ Capítulo I° N° 105 del reglamento ZDv 10/1 *Innere Führung*, enero 2008, DSK FF140100255, cit.

rechos para los soldados, en el marco del orden fundamental de libertad y democracia⁴.

En el orden jurídico español, según expondremos en detalle más adelante, se configura con un nuevo régimen jurídico, el cual principalmente se refiere en este ámbito a una reciente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y el Real Decreto 96/2009, de 06 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, quedando muchos aspectos pendientes o abordados sin la profundidad y madurez necesaria para dar un paso sustantivo en esta materia.

Finalmente, en el caso chileno, esta materia no ha sido revisada ni abordada normativamente, por ello el desarrollo y aplicación de reglas es difícil, encontrándose solamente una casuística jurisprudencial.

2. *El complejo equilibrio entre las potestades administrativas y los derechos fundamentales*

La complejidad aludida trae origen, asimismo, de la atemperación de principios o derechos constitucionales, por el correlativo reconocimiento de las potestades administrativas, más amplias e intensas —como se sabe— cuando su ámbito aplicativo tiene como destino estas relaciones especiales.

Aunque no es exclusiva de la esfera militar, en ella encuentra campo abonado la modulación de la vigencia plena del principio de legalidad, por ejemplo, hasta el extremo de haber sido referente respecto de este *status* sujecional especial.

La amplísima discrecionalidad administrativa presente en el mundo militar, derivada de un entendimiento anacrónico de la posición de mando o poder, trascendía como es sencillo deducir a la inaplicación de la interdicción de la arbitrariedad. Esta era por ello inexistente, aunque afectase a los derechos fundamentales de los militares, considerados un cuerpo aparte, ajeno a la igualdad de tratamiento que merecen todas las personas en general y todos los funcionarios o personal al servicio de la administración en particular, ya pertenezcan a la Administración Civil o Militar.

⁴ Capítulo 3° N° 302 del reglamento ZDv 10/1 Innere Führung, enero 2008, DSK FF140100255, cit

La reducción de la discrecionalidad y el control de la misma, obligan a centrar los esfuerzos en la configuración del *status* producto de sus competencias autoorganizativas, y a poner el acento en la definición del margen que en forma constitucionalmente legítima debe corresponder a la potestad administrativa. Consecuentemente, en la delimitación de los derechos que guardan relación directa o indirecta con las particulares características del sujeto militar y de su función, que esa potestad no puede superar por constituir una barrera infranqueable.

En la actualidad, podemos afirmar con seguridad que el modelo está siendo modificado. En efecto, el acercamiento de la relación jurídica militar a la administración civil y el tratamiento de materias en forma común, mediante remisiones normativas al estatuto del empleado público español⁵ o la regulación común en materia de ética pública (probidad administrativa) en el caso chileno⁶, restan cada vez más argumentos a la existencia de una relación sujecional más intensa.

3. *La ponderación de los derechos o intereses y la proporcionalidad en las limitaciones*

El constitucionalismo, al reconocer la limitación de derechos fundamentales en razón del bien común, habilita al legislador a restringir en ciertas y determinadas circunstancias, esos derechos para el imprescindible cumplimiento de otra función constitucional que se estima legítimamente superior. Para alcanzar a comprender la especificidad de esas limitaciones, resulta imprescindible determinar previamente los criterios que tiene

⁵ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de deberes y derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, artículo 6. Reglas de comportamiento del militar:
"Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes:

Decimosexta.

En el ejercicio de sus funciones, impulsado por el sentimiento del honor inspirado en las reglas definidas en este artículo, cumplirá con exactitud sus deberes y obligaciones.

2. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas desarrollarán reglamentariamente las reglas de comportamiento del militar, con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley y recogerán, con las adaptaciones debidas, el código de conducta de los empleados públicos".

⁶ Ley 18.575/1986, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificada por ley 19.653/1999.

el legislador para establecerlas, con una concordancia práctica entre los principios institucionales y los derechos fundamentales, dirigida a lograr la armonización jurídica en el interior del sistema relacional en que se presenta.

En ese mismo orden, se requiere disponer de reglas destinadas a servir de referencia para el análisis y aplicación del principio de proporcionalidad a la limitación de derechos por razón de la función y fin constitucional. Si bien esta tarea es muy difícil de realizar, parece igualmente imprescindible para establecer “los límites” de una limitación. Demanda, como es lógico, un detallado desarrollo teórico que profundice en el juego de posibles hipótesis conflictuales, ofreciendo un individualizado análisis de los derechos y libertades fundamentales en su reconocimiento y vigencia al interior del *status* sujecional militar.

Cabe hacer presente que el procedimiento para efectuar la ponderación de los distintos principios en juego y verificar si existe concordancia práctica y proporcionalidad entre ellos, no difiere en su esencia de aquel que se requiere para analizar la justificación constitucional de una limitación de los derechos fundamentales, producto de cualquier relación general de sujeción.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, pondera en cada caso los principios institucionales con los constitucionales, que garantizan la vigencia de derechos fundamentales, describiendo la regla de aplicación al *status* sujecional. Ahora bien, esta labor jurisprudencial trae consigo la pérdida del carácter autojustificativo de las relaciones de especial sujeción, manteniendo únicamente su aspecto descriptivo normativo. En efecto, en dicho proceso revisor la argumentación justificativa de la limitación se centra en su consagración normativo-constitucional expresa y no en la existencia de una sujeción especial.

Este aserto puede comprobarse en el proceso dinámico seguido a la hora de perfilar la noción de relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia, y asimismo en la tarea de ponderación jurisprudencial.

Las tesis, al principio divergentes del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que permitieron a este último extender el concepto de relación de especial sujeción a situaciones no comprendidas inicialmente bajo ninguna posición aproximativa a su concepción clásica, convergen actualmente en la aceptación posterior en sus sentencias de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional. Lo que ha posibilitado uniformar la jurisprudencia **eliminando** el carácter justificativo del concepto, restrin-

giéndolo en su aplicación sólo a aquellos casos en que la Constitución habilita su existencia.

En la tarea de ponderación se advierte cómo la jurisprudencia —y también la doctrina española—, tras la Constitución de 1978, concentran sus esfuerzos en la demarcación de la extensión y los límites del carácter justificativo de las relaciones de especial sujeción según el nuevo prisma constitucional. Pero la ausencia en el sistema jurídico español de una construcción teórica general posterior a la acepción clásica de las relaciones de especial sujeción, impide alcanzar un resultado satisfactorio. Ello obliga a trasladar a la jurisprudencia, especialmente a la constitucional, el papel corrector de las esferas de inmunidad y discrecionalidad que originalmente tenía el concepto. Sin embargo, esta obra, necesariamente fragmentaria y casuística, no ha sido suficiente para justificar los aspectos descriptivos de la institución, y menos aún, ha podido ser apreciada como condición necesaria para la justificación de un poder abstracto de imposición por el *status*.

En el modelo alemán, se entiende que por medio de la configuración dinámica y el acatamiento de los principios de la *Innere Führung*, se consigue materializar los valores y normas de la Ley Fundamental en el seno de la *Bundeswehr*. La *Innere Führung* entraña los fundamentos espirituales y morales de las Fuerzas Armadas. Impregna todas las manifestaciones de la vida castrense, permaneciendo válida en cualquier situación, desde las actividades del servicio interior (cuartel) hasta el combate con peligro de muerte⁷⁸.

Los aspectos sustantivos fundamentales de la *Innere Führung*, se establecen para cumplir el propósito que el militar estuviera provisto de todos los derechos constitucionales de ciudadano. Sus derechos no debían tener más restricciones que las impuestas por la imperiosa necesidad de mantener el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Se trataba, pues, de resolver la cuestión de cómo superar el campo de tensión que existe entre

⁷ Capítulo 1° N° 107 del reglamento ZDv 10/1 *Innere Führung*, enero 2008, DSK FF140100255, cit.

⁸ La “*Innere Führung*” tiene una doble finalidad: Por una parte, es principio de vertebración del Régimen Interno de las Fuerzas Armadas y las relaciones entre la *Bundeswehr*, el Estado y la Sociedad. Por otra parte, la “*Innere Führung*” es un cuerpo doctrinal de normas para el personal de las Fuerzas Armadas, es decir, para el comportamiento de los soldados y las relaciones entre ellos. Contiene requisitos concretos respecto a la conducta de los superiores militares en el ejercicio de sus liderazgos ligando toda actuación militar a las leyes.

las estructuras militares y las de la sociedad. Se trata de un concepto mediante el cual se pretendía lograr compatibilizar la imprescindible estructura jerárquica de las nuevas Fuerzas Armadas Alemanas, con su principio de mando y obediencia, y los derechos fundamentales del ciudadano y plasmar el modelo del “ciudadano de uniforme”⁹.

Los pilares fundamentales del concepto, establece los principios de mando y control, formación y educación de la Bundeswehr, que se encuentran cimentados en el sistema de valores y normas establecido por la Ley Fundamental. De entre las pautas importantes del concepto cabe destacar: la primicia del poder político, reflejada en el mando supremo civil y el control parlamentario, la sujeción al imperio de la Ley, la renuncia a una propia jurisdicción militar, la limitación de las facultades de mando a las posibilidades definidas por las leyes, el mando y control mediante órdenes de tipo misión en vez de mando con órdenes precisas y detalladas, responsabilidad compartida en la obediencia concienzuda, la compaginación de los principios de libertad de la Constitución con los requisitos de unas Fuerzas Armadas operativas, la separación de las misiones y facultades de las Fuerzas Armadas de las de la administración civil de la Bundeswehr. Aplicado en la práctica estos principios, significa que las limitaciones a los derechos de los militares, han de ceñirse a los aspectos en que lo exige el carácter específico de la profesión militar.

Si bien este modelo normativo de conducta y formación, es difícil de aplicar a los casos español y chileno, por el desarrollo de las previsiones constitucionales en cada uno de sus ordenamientos y las distintas formas de evolución de las sociedades, cabe señalar que la idea matriz de configuración de una conducta de respeto a los derechos, por convencimiento

⁹ Partían del modelo de conducta del “ciudadano de uniforme”, que aglutina las condiciones de persona libre, de buen ciudadano y de militar cabal. El modelo de Ciudadano de Uniforme estaba concebido como referente para el militar moderno y al mismo tiempo como punto de partida para la definición de las normas jurídica que se le iban a aplicar. De acuerdo con este objetivo marcado, se agruparon en el “Amt Blank”, el 10 de enero de 1953, las áreas de trabajo Estructura Interna, Información y Educación así como la de Apoyo y Asistencia a la Fuerza, bajo la nueva denominación “Innere Führung”. En el aspecto de su contenido, fue especialmente Wolf Graf von Baudissin quien concebía la “Innere Führung” como un concepto pedagógico practicado a diario que sobre la base de una filosofía de liderazgo y un régimen interno adecuados tenía como objetivo materializar el modelo del “ciudadano de uniforme” en el seno las propias unidades militares. Se quería conseguir este objetivo por medio de una serie de actividades que más o menos corresponden a los actuales campos de aplicación de la “Innere Führung”.

de principios de actuación dentro del Estado de Derecho, resulta del todo interesante.

A manera ejemplar en Chile, una interesante aproximación en ese sentido, la ha realizado el Tribunal Constitucional señalando que “Los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que, ejerciendo sus derechos, adscriben libremente a una profesión y función pública. A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional, ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados cuyos atributos —esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados— contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos* militar al cual contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. (STC 2029, cc. 6 y 24)”¹⁰.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y LIMITACIONES

El reconocimiento jurisprudencial de las limitaciones impuestas a derechos fundamentales por las relaciones de especial sujeción bajo el amparo constitucional, ha sido fundamental para decantar un concepto acomodado a las exigencias constitucionales. Este es un mérito en el caso de España, del TC sobre todo y del TS, que no ha contado con apoyos doctrinales esenciales, ya que éstos sólo se han dedicado a caracterizar aquellas relaciones y determinar su carácter autojustificativo, cuando no se han limitado a negar su existencia al entender que el texto constitucional que les privaba de toda legitimidad sustantiva.

1. Un primer paso sustantivo: reconocimiento constitucional de estatutos especiales

La necesidad de revisión de la justificación de las limitaciones a los derechos constitucionales, producto de los estatus especiales sujecionales, permite apreciar que la evolución constitucional seguida, tiene como efecto

¹⁰ CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, NÚMERO 59, AÑO 2015, pp. 680-681, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/estudios/documentos/textos-publicados>

destacado la desaparición de la noción clásica acerca de esta categoría. Y al propio tiempo, ésta pasa a tener un reconocimiento constitucional expreso, que legitima las limitaciones a derechos fundamentales, si bien sólo y en la medida en la que son indispensables para satisfacer la función o fin de la institución en que se integran los colectivos afectados.

En el plano que nos ocupa, las particulares características del militar encuentran reconocimiento constitucional en diversos preceptos¹¹. Ya no caben recurrir a aquella primera fase de la aplicación que se extiende desde la recepción de la categoría hasta al nuevo paradigma sujecional especial constitucional. Su construcción teórica está superada y con ella ha desaparecido la determinación de esas relaciones por el *status*, lo que habilitaba competencialmente y con carácter autojustificativo, la limitación de derechos fundamentales a quienes se encuentran en la sujeción especial.

En estos momentos, la configuración de las relaciones especiales de sujeción cuenta con el apoyo de limitaciones constitucionales especiales expresas. Su construcción teórica debe, por tanto, reconocer que esas relaciones admiten configuraciones constitucionales de *status* especiales, entre ellos el que integran el colectivo militar en sentido estricto.

2. Superación del carácter descriptivo de las relaciones

Al desarrollarse, en el caso español, la jurisprudencia del TC y TS los aspectos conceptuales de la categoría y los competenciales de la discrecionalidad administrativa en el ámbito militar, ha ido estableciendo límites y restringiendo su extensión más allá de lo que autoriza el principio de legalidad en un Estado Constitucional de Derecho. Como hemos visto, la legalidad sancionatoria, el *non bis in ídem*, la tutela judicial efectiva y la vigencia de otros derechos fundamentales, han sido objeto de repetida atención por la jurisprudencia constitucional, sentando la doctrina del respeto a los derechos y principios constitucionales del militar, proscribiendo las limitaciones que se encuentran fuera de la autorización constitucional o de la función esencial que les adscribe al *status* sujecional.

Este proceso evolutivo jurisprudencial, conectó los principios institucionales con aquellos de carácter instrumental, contrastándolos a su vez con los derechos fundamentales y valores constitucionales. A consecuencia de la necesaria concatenación de los distintos derechos y valores en juego, se

asigna, a cada caso en que se plantea el conflicto, una regla para decidir la cuestión. Mediante este procedimiento, semejante al que se realiza en la ponderación del conflicto entre principios a nivel de las relaciones de sujeción general, se determina la prevalencia de un principio institucional o de un derecho fundamental, cuyo fundamento se encuentra en la dignidad humana.

Este proceso constitucionalizador, ha tenido como efecto tanto la revisión de la institución de las relaciones de especiales de sujeción en general como de la militar en especial, privando a ambas del carácter autojustificativo que poseían conforme a primitiva acepción. De ahí que, actualmente, el contenido esencial de la noción de relación de especial sujeción militar, al igual que en la de carácter genérico, prevalece solamente su aspecto descriptivo.

Dicho aspecto, bajo el imperio constitucional, deberá ser remitido, como ocurre con todas las limitaciones a derechos fundamentales, a su justificación constitucional expresa y a los mecanismos de ponderación de los principios y valores que justifican el fin institucional y los derechos fundamentales de la persona.

En estos momentos, la evolución institucional del concepto, en su relación con el entorno militar, ha mantenido incólume su carácter subjetivo descriptivo, pero ha hecho desaparecer completamente la vigencia de su carácter justificativo. Esta desaparición produce una transformación esencial en las relaciones al interior del colectivo, promoviendo la vigencia de los derechos fundamentales del militar, permitiéndole mayores esferas de libertad en la relación sujecional y en la prevalencia de los aspectos garantizados, análogos sino iguales a los que toda persona merece de acuerdo con el texto constitucional.

Desde esa perspectiva, el soldado se acerca más al ciudadano, apareciendo más claras las características del *status* funcional en razón de su fin. Por otro lado, con esta nueva caracterización del colectivo militar, se permite el desarrollo de instituciones como el soldado profesional, la adscripción de personal civil a funciones en el ámbito militar y la laboralización de algunos aspectos de la función pública militar. Aún cuando este colectivo, como otros, está en una etapa de innegable transformación, es de suponer que se mantendrán las singulares características que lo identifican. Ahora bien, no será la modalidad prestacional elemento determinante para el sistema relacional especial, sino la función de la persona adscrita a dicho sistema, la que constituirá el elemento matriz o definidor del eje relacional

¹¹ Especialmente véase los artículos 8, 28.1, 29.2 y 30 de la CE.

ciudadano-soldado y Administración, teniendo como límite la dignidad humana del soldado.

3. Las modificaciones en la orgánica militar y la administración

En efecto, podemos afirmar que ha quedado sin contenido cualquier concepto de relación de sujeción especial militar entendida como la adscripción personal al monarca o príncipe. El vasallaje como referente característico de una relación subjetiva con el poder, es cosa de otra época felizmente superada.

En la actualidad la relación con el Estado, se materializa desde un aspecto abstracto y general para el cumplimiento de funciones de seguridad y defensa, con independencia de quien efectivamente detente el poder. La profunda transformación de las relaciones de especial sujeción en el ámbito militar, conlleva su identificación pura y simple con un sistema constitucional de principios y valores constitucionales.

Este énfasis en el reconocimiento de una relación entre el militar y la administración presidida por las exigencias de ese sistema constitucional, no es impedimento para reconocer que ésta posee mayores potestades que en una relación general respecto de cualquier persona.

Las potestades autoorganizativas, para lograr el debido cumplimiento de las funciones de seguridad y defensa nacional encomendadas a la institución castrense, dispone de habilitación constitucional para limitar derechos fundamentales de quienes integran el colectivo, respetando plenamente su dignidad como persona en el Estado de Derecho.

4. La especialidad de los principios y valores de las Fuerzas Armadas

De igual modo, que en el ámbito orgánico, la Administración Militar cuenta con legitimación para preservar los valores propios de la institución castrense, al entender en los imprecisos límites de su compatibilidad constitucional, que tienen el carácter de imprescindibles para su existencia y fines. Es decir, no obstante el cambio en la concepción de la relación de especial sujeción militar, no cabe desconocer la esencia de esos valores sin desconocer la institución misma. Un caso significativo es el de la disciplina en el orden militar.

El Tribunal Constitucional, además de reconocerlo de esa manera, ha tenido oportunidad de profundizar en alcance y relevancia como justifi-

cante de la limitación de derechos fundamentales, señalando en la STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ. 6º: *“Ciertamente la disciplina constituye un valor esencial de la institución militar. En este sentido cabe señalar que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, establece en su art. 10 que «Las Fuerzas Armadas forman una institución disciplinada, jerarquizada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción», señalando en su art. 11 que «La disciplina, factor de cohesión que obliga a todos por igual, será practicada y exigida como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, al que la Institución Militar está subordinada»... La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE) asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional”*.¹²

¹² Sobre el sentido del concepto de disciplina militar y su alcance, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “De este modo lo vienen entendiendo también los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, en una consolidada línea jurisprudencial, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a quienes corresponde la tarea hermenéutica de elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, el concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, como recordamos en la STC 115/2001, F. 8. Por otra parte, ha reiterado que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales» en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra STC 21/1981, de 15 de junio, F. 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, F. 4 y STC 97/1985, F. 4... A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RROO)»... Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (STC 21/1981, de 15 de junio, F. 15, y 31/2000, de 3 de febrero, F. 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina»... Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, F. 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su

Aspectos trascendentes como éste, deberán mantenerse en la identificación de una relación de especial sujeción militar, pues es coherente con las disposiciones constitucionales, establecer expresamente los que límites a los derechos de las personas que pertenecen al colectivo militar, deben respetar su dignidad humana.

En este sentido, es representativa sobre este punto en el sistema jurídico español la STC 115/2001, cuando señala: *“Por último, no cabe admitir que los valores y peculiaridades propias del ámbito castrense alteren las conclusiones anteriormente expuestas. Los aducidos valores militares como la disciplina o la jerarquía no justifican en modo alguno la desaparición ni la modificación de nuestra doctrina sobre el contenido del art. 24.1 CE. Así lo declaró ya este Tribunal en la STC 21/1981, en la que se dijo que la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de especial sujeción en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales, no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución. ... Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares, no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a*

cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas (art. 103.1 CE, como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.... En definitiva, y volviendo a nuestra argumentación principal, respecto de la cual las anteriores consideraciones sobre la legislación procesal militar no eran más que un simple reforzamiento, la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108.2 LOJM y en el art. 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley garantizado por el art. 14”. STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ. 6º y 7º.

dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, F. 15, y 31/2000, de 3 de febrero, F. 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina”.¹³

El *status* del soldado se reconoce configurado por la sujeción especial y la pérdida de libertad de movimiento¹⁴, entre otras limitaciones, sin embargo siempre ha de tomarse como referente el carácter prevalente de los derechos fundamentales que como persona y ciudadano que también posee. Para la jurisprudencia no pueden reconocerse otras limitaciones que las que caben dentro del marco constitucional y del respeto a la dignidad de la persona.

Esta doctrina queda plenamente consignada en España en la STC 69/1989 al afirmar que: *“Ciertamente es y así se afirmaba en la citada STC 81/1983, que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión y a la de sindicación es hoy en día mucho más próxima que antaño, a la de cualquier ciudadano. Por eso, los límites específicos al ejercicio de esos derechos constitucionales, derivados de su condición funcional, han de ser interpretados restrictivamente. Pero no lo es menos que el art. 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración, que subraya el art. 104.1 por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al señalar su dependencia del Gobierno. Estos principios de «jerarquía y subordinación», como reitera hoy en día el art. 5 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se traducen en un deber de «respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» según establece el art. 184 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, de 17 de julio de 1975, en coherencia con el cual el art. 207 a) (en la actualidad art. 208.1) del mismo Reglamento tipifica como falta grave la «desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades”*.¹⁵

Asimismo, en STC 21/1981, FJ. 15, dicho tribunal agrega específicamente en relación a este derecho que *“... es de tener en consideración la especial relación de sujeción en la que se encuentran los militares; sin embargo, «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean*

¹³ STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ. 3º.

¹⁴ STC 160/1987, de 27 de octubre.

¹⁵ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ. 2º.

admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución».

III. LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO ESENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL ESTADO DE DERECHO

Pareciera evidente, que la dignidad de las personas en general es aplicable como principio a los funcionarios de la administración del Estado¹⁶.

Esta sencilla afirmación encierra una larga y compleja evolución histórica en la protección de la función pública, que como lo señala Juan José Díez, se pierde en los orígenes mismos de la administración¹⁷, nacida inicialmente del modelo de la orgánica militar.

Desde esa perspectiva, se manifiesta una pregunta esencial: ¿por qué aquello que es evidente, no resulta tan normal o de absoluta claridad al interior de la administración y con menos claridad en la administración militar? La respuesta la hemos encontrado en la sobrevivencia de una antigua institución que refleja la esencia de la actividad y la organización administrativa: la relación de especial sujeción¹⁸.

Esta institución utilizada históricamente como contexto de justificación universal a todas las limitaciones de los derechos del personal al servicio de las fuerzas armadas y de orden y seguridad, por considerárseles sometidos a esta, en virtud del régimen estatutario aplicable separado de la administración civil.

¹⁶ HUIDOBRO SALAS, Ramón. Dignidad de la persona y derechos fundamentales del militar, su necesaria garantía normativa en el Derecho Administrativo, en Exigencias del Derecho Administrativo del Siglo XXI, Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Carlos E. Delpiazio y María del Carmen Rodríguez Martín, Retortillo editores, La Ley, Uruguay, 2021, pp. 963 a 976.

¹⁷ DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (1990): *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, (Madrid, editorial Civitas) pp. 30-36.

¹⁸ MAYER, Otto, (1904): *Le droit administratif allemand* (París, Edit. V. Giard et E Brière) (trad. Horacio H Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, segunda edición, 1982) tomo I, p. 114.

La jerarquía y la disciplina, pilares de la organización administrativa, se estructuraban con mayor intensidad en base a esta relación sujecional para dar cumplimiento a la función pública militar, limitando o restringiendo derechos de sus servidores, bajo la fundamentación de la existencia de una relación de especial sujeción, que fruto de las potestades de autorganización de la administración, permitía esa limitación.

Con el desarrollo del constitucionalismo, esta institución es modificada, atenuada y en algunos ordenamientos eliminada totalmente, como ocurre en el caso alemán, que ya hemos estudiado y que paradójicamente le dio origen.

En el sistema constitucional chileno, se permite la limitación de derechos fundamentales a los servidores públicos por ley y siempre que no constituya una vulneración de los derechos en su esencia, tal como lo prescribe el artículo 19 N° 26 de la Constitución, por ello dicha limitación de derechos, es acotada y excepcional en el modelo de función pública y con mayor razón en el caso del personal militar y policial en Chile.

A manera ejemplar, a nivel constitucional encontramos estas limitaciones en la prohibición del derecho a huelga de los funcionarios públicos, contenido en el artículo 19 N° 16 de la Constitución y en relación al derecho a defensa contenido en el artículo 19 N° 3 del mismo texto constitucional, para el caso de los funcionarios de la administración militar, a los cuales en lo administrativo y disciplinario, este derecho se regirá por lo que prescriban sus propios estatutos.

Por otra parte, a nivel legislativo, encontramos la prohibición de constitución de asociaciones de funcionarios para el personal de las fuerzas armadas, por expresa prohibición del artículo 1° inciso segundo de la ley N° 19.296, que también ha sido objeto de interpretación administrativa en el mismo sentido por la Contraloría General de la República¹⁹. Otro ejemplo significativo, lo encontramos en las prohibiciones de los funcionarios públicos contenidas en su estatuto²⁰.

Todo este panorama de cultura jurídica sujecional y limitativa, ha creado un manto de confusión, en el cual el funcionario subordinado a la jerarquía y sometido a los poderes de dirección y control del jerarca, debía acatar órdenes y aceptar conductas que estarían actualmente fuera de sus obligaciones funcionarias, las cuales antiguamente eran aceptadas por un

¹⁹ Dictamen 7.604/2003

²⁰ Ley 18.834.

desconocimiento de sus derechos emanados precisamente de su dignidad personal, por temor a una sanción o eliminación del servicio.

Esta cultura está cambiando, producto de la mayor información de los funcionarios en cuanto a sus derechos y garantías, de las leyes que han generado una modernización en el Estado, en especial aquellas relativas a probidad²¹ y transparencia administrativa, así como el profundo avance en la educación y respeto de los derechos humanos en general.

Actualmente, el funcionario del Estado y en especial aquel que ejerce función militar o policial, no se percibe diferente a otro trabajador, ha tomado conciencia plena de su dignidad humana y condición de persona y del respeto a sus derechos fundamentales por parte de sus superiores y pares en la administración civil y militar del Estado, exigiendo su protección y garantía efectiva de vigencia.

Esta nueva forma de entender la relación funcionaria, acompañada una nueva tutela judicial efectiva en los tribunales de justicia del Trabajo²², además de las modificaciones legislativas que proscriben las conductas discriminatorias y de acoso al interior de la administración del Estado, al incorporar en los respectivos estatutos administrativos dichas prohibiciones de actuación, están generando un cambio profundo en la real vigencia de la dignidad humana de las personas al servicio de la administración militar, en cuanto al respeto y protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, a diferencia del caso español, en Chile aún falta su reconocimiento legal expreso en una ley de derechos y deberes del personal militar²⁴.

²¹ HUIDOBRO SALAS, Ramón (2011): *Derecho y administración comunal* (Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile) pp. 137-151.

²² HUIDOBRO SALAS, Ramón, (2015) «Tutela judicial efectiva laboral de la función pública», en: Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Poder Judicial, Libro de homenaje al Profesor Paulino Varas Alfonso. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 135.

²³ HUIDOBRO SALAS, Ramón. Empleo público y contencioso administrativo laboral, en *Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica*, Carlos E. Delpiazzo y Natalia Veloso Giribaldi editores, La Ley, Uruguay, 2021 pp. 91-104.

²⁴ HUIDOBRO SALAS, Ramón. La función de defensa y fuerzas armadas, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Editorial, Comares, España, 2015, pp. 615 a 617.

La dignidad de la persona como fuente de derecho en el Estado Social de Derecho

LEONARDO MASSIMINO

SUMARIO: I. Introducción; II. Derechos fundamentales, valores y dignidad de la persona; III. La dignidad de la persona humana en la actualidad; IV. El concepto de dignidad de la persona; V. El carácter principal de la dignidad en el derecho argentino; VI. La aplicación de la dignidad de la persona como principio en la jurisprudencia; VII. Las dificultades intrínsecas del principio de dignidad. Recapitulación; VIII. La aplicación de la dignidad humana en el derecho público. Implicancias; 1. En las relaciones de empleo público y privado; 2. En las relaciones entre el procedimiento y el proceso; 3. La efectividad de los derechos, ¿una cuestión filosófica o un tema jurídico?; 4. En el régimen exorbitante del derecho administrativo; 5. En el poder de policía; 6. En el límite de los derechos fundamentales. La cuestión de los costos; 7. En las relaciones de consumo; IX. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las profundas innovaciones producidas en nuestra disciplina como consecuencia de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos y la preocupación creciente de obtener la efectividad de los derechos que esos instrumentos reconocen queda de resalto en los diferentes análisis doctrinarios y jurisprudenciales actuales.

Es cierto que, más que un simple cambio de fuentes, la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos importa en realidad una nueva regla de reconocimiento del derecho en nuestro ordenamiento la que se traduce en reconocer la dignidad de la persona como principio del derecho público y que, como procuraremos explicar en este trabajo, varía considerablemente el marco conceptual de análisis del derecho público.

Esta nueva regla de reconocimiento importa brevar en nuevos conceptos y abordajes interpretativos que, aunque los referimos con cierta frecuencia, aún no conocemos con toda exactitud sus implicancias en nuestra disciplina. Principalmente porque no sólo no se han desarrollado con toda magnitud todos los corolarios que derivan del imperativo de recono-