

Análisis de los Proyectos de Reforma Constitucional en materia de seguridad

(Boletines N°s 16.581-07 y 16.989-07¹)

Marisol Peña Torres²

I. Contexto y características de los proyectos de reforma constitucional:

1. La última Encuesta Plaza Pública CADEM revela que, por lejos, la población encuestada considera que la reforma más relevante para el futuro del país es la que versa sobre el tema de la seguridad considerando la incorporación de las Fuerzas Armadas en materias de seguridad pública (48%) y seguida por la reforma de pensiones (32%).³
2. Los dos proyectos de reforma constitucional analizados tratan de abordar esa inquietud ciudadana teniendo presente: a) Que la delincuencia ha cambiado de perfil en el último tiempo incrementándose las conductas de narcotráfico, ajustes de cuentas y otras dinámicas propias del crimen organizado y b) Que los mecanismos e instrumentos que se han ido aprobando para enfrentar estos flagelos no resultan suficientes para enfrentarlos al día de hoy.
3. ¿Cuáles son las alternativas que se sugieren en los proyectos de reforma constitucional en examen?
 - El proyecto de que da cuenta el **Boletín 15.681-07** propone un complemento a la atribución presidencial incorporada por la ley de reforma constitucional N° 21.542 que permitió la protección de la infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas en caso de peligro grave o inminente. Sabemos que se encuentra aún en tramitación, ante el Senado (primer trámite constitucional), el mensaje presidencial que, en cumplimiento de lo ordenado por la Disposición 53ª. Transitoria de la Constitución debe complementar lo dispuesto en el nuevo numeral 21° del artículo 32 de la misma. Lo anterior con el objeto de regular las atribuciones y deberes específicos de las Fuerzas Armadas en ejercicio de esa protección, así como las obligaciones a que estarán afectos los organismos públicos y privados a cargo de la infraestructura crítica y los criterios específicos para la identificación de la misma (Boletín 16.143-02).
El complemento que ahora propone la respectiva moción parlamentaria consiste en **ampliar la protección a las zonas urbanas y rurales que requieran oportuna y especial protección por razones de seguridad ciudadana**. Esto es,

¹ Exposición realizada ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, 10 de septiembre de 2024.

² Profesora titular de Derecho Constitucional. Directora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

³ Fuente. Encuesta Plaza Pública CADEM, primera semana de septiembre.

no se relaciona necesariamente con la infraestructura crítica, pero sí con el decreto supremo fundado que dispone su protección y que podría incluir, además, estas nuevas materias.

- El proyecto a que se refiere el **Boletín 16.989-07** propone introducir una nueva disposición transitoria (54ª) en la Carta Fundamental con 5 nuevas medidas que permitan enfrentar el combate al crimen organizado con una duración excepcional de un año:
 - a) Las que permiten la colaboración de las Fuerzas Armadas en materias de orden público y seguridad interior con las policías. Concretamente, se le permitiría controlar el ingreso, egreso y tránsito de personas en zonas fronterizas y en aquellas que determine la autoridad administrativa y efectuar controles de identidad preventivos, entre las 12 AM y las 6 AM, con amplias facultades de revisión en recintos críticos, zonas fronterizas o en cualquier lugar.
 - b) Establecer un control preventivo de identidad con registro de vestimentas, equipaje y vehículos en zonas y horarios determinados.
 - c) Crear una sanción penal aplicable a quienes ingresen en forma clandestina al territorio nacional, esto es, por pasos no habilitados o evadiendo el control migratorio.
 - d) Establecer nuevas medidas procesales como el arraigo de personas sospechosas de integrar organizaciones criminales, aun sin conocimiento de éstas, por un máximo de 60 días; facultad de los jueces para decretar medidas cautelares reales para evitar la desaparición de los bienes relacionados con estas mismas actividades, así como facultar a los jueces para decretar el cumplimiento de la medida de prisión preventiva en condiciones más gravosas que las habituales.
 - e) Otorgamiento de recompensas monetarias para incentivar la entrega de información y antecedentes útiles para perseguir la criminalidad organizada guardando debida reserva de la identidad de quienes la proporcionen.

II. Análisis de los proyectos de reforma constitucional:

1. Cuestión previa:

La Ley N° 21.542 que permitió la protección de la infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente produjo, en nuestro concepto, **una incongruencia constitucional**.

En efecto, el Art. 101 de la Constitución Política confía a las Fuerzas Armadas, constituidas únicas y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, la defensa de la patria y ser esenciales para la seguridad nacional.

Esta norma fue interpretada, tradicionalmente, en orden a reservar la acción de las Fuerzas Armadas sólo a tareas vinculadas a la defensa externa del país frente

a las amenazas o agresiones de que fuera objeto respecto de su soberanía e integridad territorial.

Por su parte, la alusión a la “seguridad nacional” fue siempre interpretada restrictivamente, en orden a conjugarse con el anterior propósito. Y ello se debió, en gran medida, al contenido ideológico que se le otorgó a la noción de seguridad nacional vinculándola al fundamento o “mentalidad” que respaldó la emergencia y desarrollo de regímenes militares en América Latina y que llevó a las Fuerzas Armadas a involucrarse en materias de política contingente.

Con todo, el maestro Alejandro Silva Bascuñán reconocía, ya hace algunos años atrás, que este concepto no podía dejar de reconocer que, en las tareas de defensa de la Patria, jugaban innumerables factores que antes no habían sido debidamente considerados o cuya influencia no se había aún observado. De allí que afirmó que:

“al recoger, en toda su trascendencia, la realidad y características de ese aporte, resulta imprescindible confesar que **la seguridad nacional constituye, sin duda, uno de los valores colectivos primordiales que, dentro de la unidad y universalidad del bien común, integran éste con presencia y valor ineludibles.** Por ello este valor debe ser considerado y definido dentro del bien colectivo y, en una democracia, por la sociedad misma o por los órganos y por las personas que actúan a nombre de ella.”⁴

En nuestra opinión, no existe consenso en Chile acerca de este concepto amplio de seguridad nacional, por lo que una reforma que como la que incorporó a las Fuerzas Armadas en la ejecución de tareas vinculadas el orden público interno no podría ampararse, necesariamente, en esa misión de las Fuerzas Armadas y allí reside la incongruencia constitucional.

Revelador es, en este sentido, el nuevo numeral 21° del artículo 32 de la Carta Fundamental, cuyo inciso tercero prescribe que, en el contexto de la protección de la infraestructura crítica, “Los jefes designados para el mando de las fuerzas tendrán la responsabilidad del **resguardo del orden público** en las áreas determinadas, de acuerdo con las instrucciones que establezca el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el decreto supremo dictado en conformidad con la ley.”

Desde el punto de vista constitucional⁵, los órganos encargados de garantizar el orden público y la seguridad pública interior, son las Fuerzas de Orden y Seguridad integradas sólo por Carabineros e Investigaciones.

⁴ Silva Bascuñán, Alejandro (2003). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IX, 2ª. edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 253.

⁵ Art. 101, inciso segundo, de la Constitución Política.

Por ende, y en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° constitucional, si las Fuerzas Armadas asumen tareas que son privativas de las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas estarían infringiendo el “principio de clausura del derecho público.”⁶

2. El derecho comparado:

El propio profesor Silva Bascuñán reconocía, en el año 2003, que:

“No puede negarse que las condiciones en que se desarrolla la vida contemporánea -especialmente en cuanto han creado el fenómeno del terrorismo y del narcotráfico, junto al de la globalización- contribuyen a que la función tradicional de la policía y los rasgos de la instrumentalidad de que dispone, se vean en impotencia de enfrentar su misión en determinadas circunstancias por sí solas.”⁷

Esa reflexión resulta visionaria, pues las Cartas Constitucionales, en el último tiempo, han venido incorporando expresamente la facultad de las Fuerzas Armadas de apoyar las funciones de los cuerpos policiales en lo que al resguardo de la seguridad pública interior y al orden público interno se refiere. A modo de ejemplo de esta aseveración, la Ley Fundamental de **Alemania** (incluyendo sus modificaciones hasta el año 2019) indica que: “Fuera de la defensa, las Fuerzas Armadas podrán utilizarse, sólo cuando así lo autorice expresamente la presente Ley Fundamental” y agrega “en los casos de defensa y de tensión, **podrá también confiarse a las Fuerzas Armadas la protección de objetos civiles para apoyar así medidas policiales**; en estos casos, las Fuerzas Armadas cooperarán con las autoridades competentes.” (Art. 87ª (2) y (3)).

La Constitución de **Austria** (incluyendo la enmienda de junio de 2021), por su parte, señala que: “El Ejército Federal (das Bundesheer) tienen, asimismo, en la medida que la autoridad civil legalmente establecida requiera su intervención, las misiones:

a) incluso más allá de la defensa militar,

1) de salvaguardia de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de la población;

2) **de mantenimiento del orden y la seguridad interiores.**” (Art. 79 (2)).

La Constitución de Portugal (incluyendo reformas del año 2005) precisa que “las Fuerzas Armadas podrán ser habilitadas en los términos de la ley, para colaborar en **misiones de protección civil**, en tareas relacionadas con las necesidades básicas y la mejora de la calidad de vida de la población, y en

⁶ Art. 7°, inciso segundo: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”

⁷ Silva Bascuñán (2003). Ob. cit., p. 233.

acciones de cooperación técnico-militar dentro de la política de cooperación nacional.” (Art. 275.6).

3. Conclusión: A partir de lo razonado se estima que ambos proyectos de reforma constitucional debieran suponer una modificación previa al Art. 101 de la Constitución, que no se hizo al tramitar la reforma constitucional de la protección de la infraestructura crítica. Dicha reforma constitucional debiera disponer que, en los casos excepcionales, que la misma Carta Fundamental prevea, las Fuerzas Armadas, en virtud de un decreto supremo fundado, puedan colaborar con las fuerzas policiales en tareas de mantención del orden público y de la seguridad pública interiores. De esa manera, se armoniza mejor la Carta Fundamental y se cuenta con el respaldo debido para futuras modificaciones constitucionales específicas sobre la misma materia. Con todo, el proyecto de reforma constitucional a que se refiere el **Boletín 16.989-07** aminora la incongruencia constitucional a que se ha hecho referencia, pues confía este tipo de tareas excepcionales a las Fuerzas Armadas en forma temporal (por un año) y en virtud de una disposición transitoria (54ª) que, según se entiende, regula una situación también excepcional.

4. Observaciones específicas a los proyectos examinados:

- 4.1 Así como la Ley N° 21.542 extendió la actuación de las Fuerzas Armadas al resguardo de áreas de zonas fronterizas del país, se podría ampliar la protección que ellas brinden a las zonas urbanas y rurales por razones de seguridad ciudadana -como propone el proyecto patrocinado por el H. Diputado Raúl Soto- **siempre que el detalle de esa protección fuera regulado por la ley como se hizo con el mandato constitucional conferido al legislador respecto de la protección de las zonas fronterizas.**

Esta afirmación se basa, especialmente, en que dicha protección podría incidir en la afectación de derechos fundamentales como, por ejemplo, la libertad de locomoción si se establecen barreras de entrada a poblaciones con control de acceso por parte de efectivos militares. En casos como éste debe respetarse estrictamente **la reserva legal de los derechos fundamentales** que consagra el numeral 26° del artículo 19 constitucional.

Lo anterior resulta particularmente importante, porque la causal que establece el proyecto mencionado es muy amplia: zonas rurales y urbanas que requieran “oportuna y especial protección por razones de seguridad ciudadana”, lo que, obviamente, tendrá que ser definido en el decreto

supremo fundado que se dicte al efecto. Pero siempre en conformidad a las reglas que la ley haya definido previamente.

4.2 En lo que se refiere al proyecto contenido en el Boletín 16.989-07, nos merece las siguientes observaciones:

4.2.1 Las tareas de colaboración con las policías referidas al control de personas en zonas fronterizas y de controles de identidad de carácter preventivo **requieren ser reguladas también por ley** para respetar el principio de reserva de los derechos fundamentales y minimizar al máximo el riesgo de discrecionalidad en la actuación administrativa que, entre otros aspectos, debe determinar las zonas fronterizas en que operará el control.

4.2.2 Idéntica conclusión debiera aplicarse a los controles de identidad preventivos que no requieren indicios para su verificación y que incluyen -como plantea el proyecto- las más amplias facultades de revisión. En estos dos casos podría existir un reenvío a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, sobre todo en el caso de que la persona se niegue a acreditar su identidad.

4.2.3 El establecimiento de una nueva sanción penal por el ingreso clandestino al territorio nacional **también debe cumplir con la reserva legal derivada del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución**. Por lo demás, hemos observado que el establecimiento de una sanción penal de este tipo no contraría la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares⁸ que sólo se aplica a quienes son considerados documentados o en situación regular cuando han sido autorizados a ingresar a nuestro Estado para desarrollar una actividad remunerada conforme a nuestras leyes internas y los tratados internacionales vigentes (Art. 5 letra a).

4.2.4 En cuanto a las nuevas medidas procesales que el proyecto propone (arraigo, embargo y prohibiciones de enajenar y medidas especiales de cumplimiento de la prisión preventiva) no nos merecen reparos **en la medida que van precedidas por la autorización previa de un juez**. Sí debiera quedar claro que el afectado tiene derecho a tomar conocimiento de la resolución judicial respectiva y de sus fundamentos para ejercer su derecho a la defensa jurídica.

4.2.5 En lo que se refiere al incentivo a la entrega de información o información útil para perseguir la criminalidad organizada se encuentran antecedentes de tales prácticas en el sistema de libre competencia. **Se hace necesario distinguir aquí entre la figura de la “delación**

⁸ Aprobada por Decreto Supremo N° 84, de 20025, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

compensada” que se aplica a quienes entregan información habiendo formado parte de la organización criminal (o cartel) que se persigue y las recompensas monetarias que dicen relación con quienes no han participado en las actividades ilícitas, pero tienen conocimiento de las mismas. En el primer caso lo que procede es, más bien, el otorgamiento de beneficios como la reducción de la pena aplicable en base a la configuración de una atenuante calificada. En el segundo caso, en cambio, resulta imprescindible establecer, por ley, una escala de las recompensas que puede consultar un valor base e incrementos en base a la gravedad del delito. Este sistema es aplicable en Perú, Gran Bretaña y Hungría en materias vinculadas a la libre competencia.⁹

III. Conclusiones:

1. Ambos proyectos de reforma constitucional tienden a satisfacer la inquietud ciudadana más acuciante en la población.
2. El proyecto contenido en el Boletín 16.581-07 presenta el mismo inconveniente que obvió la Ley N° 21.542 en orden a conferir facultades a las Fuerzas Armadas en materia de orden público interno sin que se haya modificado previamente la definición de sus misiones en el artículo 101 de la Carta Fundamental. Se abre, entonces, una oportunidad para reparar la incongruencia constitucional producida.
3. El proyecto a que alude el Boletín 16.989-07 subsana, en cierta medida, la incongruencia descrita en la medida que le otorga a las Fuerzas Armadas facultades de colaboración con las policías en materia de orden público y seguridad interior, pero en forma excepcional y temporal, a través de una nueva disposición transitoria en la Constitución.
4. Resulta necesario que las medidas que lleguen a disponerse para combatir las nuevas formas de criminalidad como el crimen organizado respeten plenamente el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales y, particularmente de las penas, toda vez que esas medidas pueden importar afectación de derechos, donde la regulación legal apunta, precisamente, a reducir el grado de discrecionalidad administrativa.
5. Sería aconsejable que las nuevas medidas procesales que propone el proyecto a que se refiere el Boletín 16.989-07 se coordinen con las disposiciones actualmente vigentes en materia de control de identidad y examen de vestimenta, equipaje o vehículos.

⁹ Programa UC Libre Competencia (2022). Herramientas premiales en la libre competencia. Un análisis comparativo para los países miembros de la Alianza del Pacífico. Antitrust Position Papers N° 8, Santiago.