

DESCONSTITUCIONALIZAR PARA DEMOCRATIZAR: LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS POLICÍAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN¹

Pablo Contreras²

pablo.contreras@uautonoma.cl
Universidad Autónoma, Chile

Sebastián Salazar Pizarro³

sebastian.salazar@uoh.cl
Universidad O'Higgins, Chile

El texto describe y analiza críticamente el diseño institucional y el rol de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública establecido por la Constitución de 1980, de cara al proceso constituyente que experimenta el país. Primero, se refiere al *poder de seguridad* y la autonomía normativa reconocida a éstas, verificando los elementos que se mantienen en la actual Constitución. En segundo lugar, a partir de una revisión prospectiva de seis materias relacionadas con las funciones de los cuerpos armados, el texto concluye con la necesidad de desconstitucionalizar una serie de elementos, con la finalidad de fortalecer la subordinación democrática de los militares y las policías.

Palabras claves: *Fuerzas armadas, carabineros, nueva constitución, poder de seguridad.*

¹ Los autores desean agradecer las precisiones y comentarios efectuados por Paz Irrazábal, Pietro Sferazza, Domingo Lovera, Claudia Heiss, Viviana Ponce de León, Gonzalo García Campo y Ricardo Montero. El resultado final es de exclusiva responsabilidad de los autores.

² Doctor en Derecho, Universidad de Northwestern. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Centro de Regulación y Consumo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

³ Doctorando en Derecho y Ciencia Política, Universitat de Barcelona. Master Universitario en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Docente adjunto en la Escuela de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins.

DECONSTITUTIONALIZE TO DEMOCRATIZE: ARMED FORCES AND POLICE IN THE NEW CONSTITUTION

This paper describes and critically analyzes the institutional design and the role of the Armed Forces and Order and Public Security Forces, established by the 1980 Constitution, in light of the constitutional process that Chile is experiencing. First, it analyzes the *power of security* and the normative autonomy recognized to them, verifying the elements that are maintained in the current Constitution. Second, based on a prospective review of six subjects related to the functions of the armed forces, the text concludes the need to remove from the Constitution a series of elements, with the aim of strengthening the democratic subordination of the military and police.

Key words: *Armed forces, police, new constitution, security power.*

Introducción

Chile se encuentra en un momento constituyente. Después de cuarenta años de impuesta la Constitución de 1980, como comunidad política nos encontramos inmersos dentro de un proceso inédito en la historia de nuestro país⁴ –a pesar de que queden elementos pendientes de resolver a nivel político y normativo para su desarrollo– que puede concluir con la aprobación de una nueva Constitución Política de la República.

De esta manera, confluyeron una serie de cuestionamientos de diversa índole e intensidad a la actual Constitución, los cuales se plantearon, incluso, desde la misma espuria génesis de ésta (Viera 2011; García *et al.*, 2016), y que se materializaron a partir de los hechos ocurridos el día 18 de octubre de 2019 (Herrera, 2019; Heiss, 2020; Bassa, 2020; Salazar, 2020a; Atria *et al.*, 2020; Peña, 2020). Con la aprobación de la Ley N° 21.200 del 24 de diciembre de 2019, reforma constitucional que modifica su capítulo XV, se establece el procedimiento institucional para la elaboración de una nueva Constitución.

A partir de estos hechos, se ha desarrollado un proceso de politización de la ciudadanía en torno a las diversas opciones en disputa en las elecciones que el itinerario considera, así como en la discusión de las temáticas de interés público que pudiesen tener algún impacto o incidencia en la redacción de un nuevo texto constitucional. Dentro de ese ámbito se encuentra lo referente a las definiciones en el sector de la Defensa y seguridad nacional y los roles que pudiesen imponerse a las Fuerzas Armadas (FFAA.) y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (FF.OO.).

La Constitución de 1980 marca un quiebre institucional en la historia constitucional nacional, en cuanto a la (existente) tradición o hegemonía política que imperó en nuestro país, y particularmente, relacionado al rol asignado de las FFAA y a Carabineros. A nivel formal, el inédito rol asignado a éstas como “garantes de la institucionalidad”, en un contexto de “pluralismo político limitado” y bajo una “democracia protegida” que incidió negativamente en la representación de autoridades civiles electas por sufragio popular, y cuyo énfasis apelaba a la despolitización y a la tecnocracia como elementos centrales en la toma de decisión públicas. A nivel material, el fundamental y transversal rol que cumple el concepto de seguridad nacional ha servido no sólo como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales, sino que también ha orientado la actuación de los poderes públicos en el ejercicio de las competencias que la Constitución les atribuye.

En este escenario, y dentro de la presente discusión constituyente, este trabajo tiene una doble finalidad. Primero, describir resumida y críticamente la evolución

⁴ Sobre los antecedentes históricos de los demás procesos, véase Contreras y Lovera (2020) y Grez (2019).

normativa en la configuración del *poder de seguridad*, así como también en los niveles de autonomía reconocidos a favor de las FFAA. y de Carabineros⁵, a nivel constitucional como infraconstitucional, como las principales herencias de la vigente Constitución sobre la materia. En segundo lugar, y con una mirada prospectiva, se plantean seis reflexiones sobre la pertinencia (o no) de su consideración en un nuevo texto constitucional. Éstas son el (i) el tratamiento constitucional de las FFAA. y FF.OO.; (ii) nuevas reglas constitucionales para la regulación infraconstitucional de las FFAA. y FF.OO.; (iii) el concepto de seguridad nacional y su delimitación con otros bienes colectivos de rango constitucional; (iv) el mando conjunto de las FFAA.; (v) la regulación de la guerra y su concordancia con el derecho internacional; y (vi) el rol de las FFAA. en los estados de excepción constitucional.

El texto concluye sistematizando dichas materias, destacando la necesidad de *desconstitucionalizar* una serie de innovaciones que la Constitución de 1980 introdujo respecto de los cuerpos armados, con el objeto de autonomizarlos del poder democrático. Lo que hoy está en reglas rígidas, difíciles de modificar, mañana debería quedar reservado al debate democrático. *Desconstitucionalizar*, en este sentido, supone devolver a la deliberación democrática la discusión sobre el rol, fines, funciones e institucionalidad de las FFAA. y FF.OO., permitiendo avanzar en una mayor democratización y consolidación institucional del poder civil electo, en el marco de una eventual nueva Constitución.

1. La Constitución de 1980 como disrupción de la tradición democrática chilena

La discusión sobre las FFAA. en una nueva Constitución requiere comprender mínimamente su trayectoria constitucional y su actual autonomía, en base a las definiciones de la Junta de Gobierno, en tanto sujeto que ejerció el poder constituyente originario. En este apartado se analizan dos hitos de dicha trayectoria y su actual configuración. Primero, se expone resumidamente la creación de un *poder de seguridad*, un inédito esquema de controles de la democracia –ahora apellidada “protegida”– a cargo de las FFAA. y Carabineros; segundo, se analizan las bases del estatuto de autonomía de las FFAA. y Carabineros que surgió a partir del *poder de seguridad*. La comprensión del alcance de este estatuto de autonomía, protegido por reglas constitucionales vigentes, deja en evidencia la necesidad de *desconstitucionalizar* para avanzar en la democratización de las FFAA. y Carabineros.

⁵ El artículo 101 inciso segundo de la Constitución identifica como Fuerzas de Orden y Seguridad Pública a Carabineros y a la Policía de Investigaciones. En este sentido, y cuando corresponda a un aspecto vinculado a ambas instituciones policiales se utilizará la sigla FF.OO.; y cuando corresponda a un aspecto específico de Carabineros, se indicará expresamente su nombre.

1.1 Poder de seguridad

La expresión *poder de seguridad* es un concepto que introducen las propias FFAA. en las discusiones sobre la redacción de la Constitución de 1980⁶. La instrucción enviada por comunicación de la Junta a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución fue la “[c]reación de un *poder de seguridad* que contemple el papel de las FFAA. en su deber de contribuir a garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación”⁷.

La centralidad de dicho poder permitía consolidar la idea de una democracia “protegida” cuya tutela estaba a cargo de las FFAA. y Carabineros, en tanto “garantes de la institucionalidad” (Contreras, 2015). Esta definición institucional suponía una frontal intervención de los cuerpos armados en la deliberación política, al punto de vaciar de contenido normativo la regla de obediencia y prohibición de deliberación del texto constitucional (Contreras y Salazar, 2020: 236–237). Esto queda claro si se atiende a las instituciones diseñadas en la Constitución y el rol de las FFAA. en ellas. En primer término, las FFAA., de Orden y Seguridad y el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) –un órgano inédito en nuestra historia republicana– pasan a tener rango constitucional en dos capítulos con un quórum de reforma reforzado de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 127, inciso 2° de la Constitución). Este quórum es superior a la regla general de tres quintos de los parlamentarios en ejercicio que se aplica para el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial, entre otros. En segundo lugar, las FFAA. eran “garantes de la institucionalidad” y se creaba al COSENA para poder “representar” decisiones a cualquier autoridad, establecido en los artículos 90, inciso 2°, y 96, letra b, del texto original de la Constitución de 1980. Entre otras funciones, el COSENA operaba a través de reglas especiales que permitían que se autoconvocara a solicitud de sus miembros –originalmente, de mayoría uniformada– y podía, incluso, nombrar ministros del Tribunal Constitucional –otra institución diseñada para neutralizar la voluntad democrática– (Atria, 2013: 44–56; Atria et al., 2017: 50–51). En tercer término, los comandantes en jefe de las FFAA. y el director general de Carabineros eran inamovibles por la sola decisión del Presidente de la República, pues se requería del acuerdo del COSENA que, como señaláramos, tenía mayoría uniformada (Peña, 2005: 718). La configuración constitucional del *poder de seguridad* les otorgó a las FFAA. y Carabineros una posición crítica en el ejercicio del poder, a pesar de haberse terminado la dirección ejecutiva de Augusto Pinochet –como Presidente de la República, autonombrado a través de la disposición decimocuarta transitoria de la Constitución Original– y la Junta de Gobierno –como constituyente derivado

⁶ Mensaje del Ejecutivo a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, 10 de noviembre de 1977.

⁷ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Tomo X, Sesiones Nos. 327 y 328, de 15 y 16 de noviembre de 1977, p. 149. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl>

y legislador, conforme a la disposición decimoctava transitoria del mismo texto— (García et al., 2016: 793).

Las reformas constitucionales de 1989 y, especialmente las de 2005, dismantlaron la arquitectura basal del *poder de seguridad*, con ello se disminuyó considerablemente la autonomía política institucional de los cuerpos armados. En particular, se eliminó la regla de inamovilidad de los comandantes en jefe de las FF.AA. y del director general de Carabineros; se suprimieron las principales facultades del COSENA, reduciéndolo a un ente meramente consultivo del Presidente de la República; se eliminaron los senadores institucionales y vitalicios provenientes principalmente de la esfera militar; y se alteró sustantivamente la misión de “garantía institucional”, radicándola en todos los órganos del Estado, en el marco de sus propias competencias y sometidas a la Constitución (Contreras y Lovera, 2020: 57-58). Las reformas, sin embargo, no alcanzaron a tocar el entramado de autonomía operativa funcional que subyace al texto constitucional y que se encuentra estructurado bajo la regulación orgánica constitucional a partir de la reserva de ley del artículo 105 de la Constitución. Aquello se analiza someramente a continuación.

1.2. Autonomía normativa de las FF.AA. y Carabineros

La segunda gran característica de la arquitectura institucional que definió la Constitución Política de la República (CPR) para los institutos armados, inclusive post reformas constitucionales de 2005, consiste en la autonomía normativa reconocida a éstos, que ha condicionado su relación con el poder civil electo democráticamente durante la vigencia de la carta fundamental. La autonomía normativa se clasifica de la siguiente manera: política institucional, relativa al rol que cumplen (y cumplieron) las FF.AA. y Carabineros en el diseño constitucional; y operativa funcional, cuya característica principal es la existencia de regímenes normativos excepcionales a la regulación general que rige al resto de los organismos de la Administración del Estado (Contreras y Salazar, 2020: 241-242; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 11-12)⁸.

Sobre la autonomía normativa como política institucional, ésta persiste, principalmente, a través de la existencia de un capítulo especial (XI) dedicado a las FF.AA. y FF.OO. en la Constitución y la reserva de ley para la normación de aspectos básicos del funcionamiento ordinario de las instituciones por medio de leyes orgánicas constitucionales (Contreras y Salazar, 2020: 242; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 12-13)⁹.

⁸ Según Cea y Coronado (2010: 72-79) y Cea y Coronado (2018: 133-134) estas materias serían parte de un eventual Derecho Militar y la existencia de un orden jurídico militar.

⁹ Sobre las críticas al cerrojo de las leyes orgánicas constitucionales (LOC) y el metacerrojo de los quórum supra mayoritarios para la reforma constitucional ver: Atria (2013: 44-54).

A su vez, la autonomía normativa operativa funcional de las FFAA. y FFOO. se manifiesta por medio de diversos criterios que justifican dicha clasificación, a saber: (i) aspectos regulados por leyes orgánicas constitucionales, según lo dispuesto por el artículo 105 de la Constitución; (ii) materias protegidas bajo causales de reserva o secreto; (iii) regulaciones especiales distintas a los regímenes generales establecidos para la Administración del Estado; y (iv) existencia de una jurisdicción penal militar y policial especial, junto a un régimen administrativo disciplinario autónomo e interno (Contreras y Salazar, 2020: 242-243; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 13).

(i) Sobre el primer criterio operativo funcional, la Ley N° 18.948 del 27 de febrero de 1990, para el caso de las FFAA., y la Ley N° 18.961 del 7 de marzo de 1990, para el caso de Carabineros, norman todas las materias de ley orgánica constitucional que el artículo 105 de la CPR establece¹⁰. Las citadas leyes regulan lo referente a las normas básicas acerca de nombramientos, ascensos y retiros, así como también otros aspectos de la carrera profesional, la incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto. Estas materias no han sido reformadas sustancialmente desde el retorno a la democracia¹¹. De la revisión de ambas leyes orgánicas constitucionales podemos sostener dos reflexiones.

En primer lugar, estas leyes entregan una serie de atribuciones y competencia a los altos mandos institucionales, los comandantes en jefe y el general director de Carabineros, para que estas autoridades adopten decisiones fundamentales en las materias señaladas de manera autónoma, en directo detrimento del control y dirección que pudiesen ejercer el ministerio de Defensa Nacional y el ministerio del Interior y Seguridad Pública, respectivamente, en su condición de superiores jerárquicos de las FFAA. y Carabineros. Este señalamiento se concretiza en aspectos vinculados con la

¹⁰ Complementado, a su vez, con lo prescrito en el artículo 21 inciso segundo de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). Antes de entrar al análisis de estas categorías, es conveniente destacar cómo la equiparación militar de Carabineros con las FFAA. plantea, además, una serie de diferencias con la otra rama de las FFOO., la PDI. A modo de ejemplo de la revisión del Decreto Ley 2960 de 24 de enero de 1979 –LOC de la PDI– se observa que dicha norma aborda únicamente aspectos referidos a su organización, misión y funciones específicas, a normas especiales del procedimiento penal, a la Dirección General de la institución y disposiciones varias sobre nombramiento y selección del personal, ascensos, identificación, delitos especiales agravados en contra del personal, exenciones de responsabilidad penal. Por su parte, la LOCCARAB aborda una mayor cantidad de materias sometidas a reserva de ley orgánica, las que serán revisadas a continuación. Además, no son aplicables a la PDI el Decreto Ley 1277 de 1975, sobre los Fondos Rotativos de Abastecimiento (FORA), ni cuentan con una ley especial para la construcción de obras de exclusivo carácter policial de la institución, las que sí se establecen para las FFAA. y Carabineros.

¹¹ Para el caso de las FFOO. el citado artículo 105 distingue expresamente en la reserva de LOC aplicable para Carabineros y para la Policía de Investigaciones (PDI). Mientras para los primeros opera la equiparación militar con las ramas castrenses, extendiéndose a todas las materias indicadas en la norma constitucional, para el caso de la PDI solo le es aplicable lo referente al ingreso, los nombramientos, ascensos y retiros, lo que se grafica con las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 2460 de 24 de enero de 1979, LOC de Policía de Investigaciones de Chile, que tiene un desarrollo normativo de menor densidad.

carrera profesional, nombramientos, regímenes de calificación, ascensos y retiros del personal militar, así como en determinados beneficios previsionales, las inutilidades. La resolución de dichas decisiones institucionales se caracteriza por no contar con adecuados niveles de transparencia (Contreras y Salazar, 2020: 243-244; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 14-15).

Segundo, las citadas leyes establecen sistemas diferenciados, con rango orgánico constitucional, del régimen de previsión y seguridad social del personal militar y policial, cuyos principales aportes del sistema provienen del Fisco cuyo monto se aproxima a 1% del PIB.¹² Además, se consideran reglas especiales para los recursos presupuestarios y extrapresupuestarios institucionales, en que se permite el aseguramiento de diversos aspectos. Tales como procesos de formación y capacitación del personal, de relacionamiento diferenciado de los ministros incumbentes en el proceso de gestión presupuestaria, de aseguramiento de mayor aporte fiscal ante el establecimiento de nuevas funciones, así como aquellos gastos provenientes de situaciones especiales y de excepcionalidad constitucional, y la fijación de un piso mínimo de financiamiento para el gasto en efectivos militares y policiales (Contreras y Salazar, 2020: 244-245; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 16-17).

Con la aprobación de la Ley N° 21.174 de 2019 se modificaron las normas originales del régimen presupuestario de las FFAA. y se derogó la Ley N° 13.196, conocida como la Ley Reservada del Cobre, las que se adecuaron a las normas y procedimientos vigentes sobre administración financiera del Estado. En este sentido, se distinguió entre el financiamiento ordinario por la vía de la Ley de Presupuestos y el Financiamiento de las Capacidades Estratégicas de la Defensa, que establece la creación de dos fondos de recursos públicos para el gasto militar, sobre la base de la política de defensa –planes cuatrienales de inversión en material bélico, infraestructura militar y el mantenimiento de éstas– que defina el Ministerio de Defensa Nacional.

(ii) Acerca del segundo criterio operativo funcional, en términos generales todos los organismos de la Administración del Estado se encuentran sometidos al principio de publicidad y transparencia, que la Constitución establece en su artículo 8°, pero para el funcionamiento de los organismos a cargo de la seguridad nacional, como las FFAA., se establecen normas de excepcionalidad a dicho régimen, permitiendo la existencia de materias protegidas bajo causales de reserva o secreto. Además, la principal novedad proviene de la equiparación normativa y política militar que se

¹² Para las FFAA., el aporte del Fisco establecido en la Partida 15, Capítulo 13, Programa 01, Subtítulo 09, Ítem Asignado 01, para la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2018 fue de 1.018.606.742, para el año 2019 fue de 1.056.098.525, para el año 2020 fue de 1.102.122.286 y lo aprobado para el año 2021 es de 1.155.111.063. Para las FFOO., el aporte fiscal libre establecido en la Partida 15, Capítulo 14, Programa 01, Subtítulo 09, Ítem Asignado 01, para la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2018 fue de 623.423.059, para el año 2019 fue de 680.543.854, para el año 2020 fue de 714.642.678 y lo aprobado para el año 2021 es de 757.423.582. Cifras en miles de pesos.

extiende a Carabineros, al aplicársele las mismas reglas que las ramas castrenses, a pesar de que la norma constitucional no considera dentro de sus excepciones al control del orden público y la seguridad pública (Contreras, Montero y Salazar, 2020: 17-19).

Esta dimensión queda graficada en la existencia –u homologación para el caso de Carabineros– de gastos presupuestarios netamente militares y policiales cuya rendición es reservada o secreta; del régimen de gastos reservados aplicable a las fuerzas estatales¹³; de la regulación –a partir de 1987– de las causales de secreto contenidas en el artículo 436 del Código de Justicia Militar referente a información sobre pertrechos, plantas y dotaciones funcionarias, planes de operación, etcétera; y la persistencia de un régimen administrativo diferenciado de gestión documental de la información, en relación con el resto de la Administración del Estado, que se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley 5200 de 1929.

(iii) Respecto del tercer criterio operativo funcional, siguen vigentes regímenes legales diferenciados para la administración de bienes inmuebles públicos, que aseguran un nivel de autonomía de los institutos armados, en relación con el resto de los organismos de la Administración del Estado. Estas atribuciones se grafican en las facultades para adquirir y enajenar determinados bienes raíces (Decreto Ley N° 1.113 de 1975), las normas especiales de contratación administrativa para la construcción de obras de exclusivo carácter policial (Ley N° 18.785 de 1989), y la existencia de un Patrimonio de Afectación Fiscal en los servicios de Bienestar Social de las FF.AA. y de Carabineros (Leyes N° 18.712 y 18.713 de 1988) (Contreras y Salazar, 2020: 246-247; Contreras, Montero y Salazar, 2020: 19-20).

(iv) El último criterio operativo funcional corresponde al control de la función militar a través de una jurisdicción penal especial establecida en el Código de Justicia Militar, que se extiende también a la función policial, y cuyo ámbito de competencia ha sido paulatinamente reducido¹⁴; y un régimen administrativo disciplinario de carácter autónomo reconocido a las autoridades institucionales en sus respectivas leyes orgánicas constitucionales. Ambos regímenes de control jurisdiccional y

¹³ Con la aprobación de la Ley N° 21.211 de 2020 se establecieron modificaciones a la información y la rendición de cuentas de gastos reservados, cuyas principales innovaciones son la incorporación de un control político a nivel ministerial y la eliminación de los pisos mínimos de recursos asignados anualmente. Esta reforma fue impulsada como consecuencia de los casos de corrupción que están siendo investigados actualmente por los Tribunales de Justicia.

¹⁴ La reducción de la competencia de los tribunales militares se dio, inicialmente, con la ley 19.047 de 1991. Luego, se sometieron a todos los tribunales militares a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema con la ley de reforma constitucional No. 20.050 de 2005. Sin embargo, fueron las modificaciones impulsadas por las Leyes 20.477, de 2010, y 20.968, de 2016, las que restringieron ostensiblemente la competencia de la jurisdicción penal militar, al excluir a los civiles como sujetos activos y pasivos de delitos de estos tribunales.

administrativo han sido cuestionados durante los últimos años (Contreras, Montero, y Salazar, 2020: 21-22).

2. Las asignaturas democráticas pendientes para una nueva Constitución

A continuación, se abordan seis materias de importancia sobre el rol de las FFAA. y FF.OO., las que deben ser discutidas en el proceso de definición de una nueva Constitución. Estas temáticas se refieren a definiciones estrictamente normativas, sobre si deben estar presentes en el texto constitucional o si deben estar a nivel de normativa infraconstitucional; otras propuestas, a aspectos que no deben ser considerados en este debate, a raíz de la experiencia desarrollada con el texto original y actual de la Carta Fundamental; y, por último, estas reflexiones tienen como finalidad fortalecer el ejercicio del poder civil electo por sobre los resabios del *poder de seguridad* y la autonomía normativa reconocidas a las fuerzas estatales, dentro de un contexto democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas.

2.1. Reordenamiento de la ubicación constitucional de las FFAA. y FF.OO.

Uno de los primeros asuntos que deberá abordar una nueva Constitución es cuestionar las FFAA. y FF.OO. y su función dentro del Estado democrático, así como su eventual reconocimiento constitucional. Es necesaria una revisión profunda al estatus constitucional actual de dichos órganos. En la Constitución de 1980 las FFAA. y FF.OO. tienen un capítulo especial, a la par que el Gobierno, el Congreso Nacional o el Poder Judicial, por nombrar algunos. Este capítulo, además, por mandato expreso del artículo 127 inciso 2°, sólo puede ser reformado por las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Son los únicos órganos de la Administración del Estado, subordinados a las jefaturas del Presidente de la República, que tienen dicho estatus especial. Estas reglas constitucionales fueron parte de los esquemas formales de protección del *poder de seguridad* que creó la dictadura militar para implementar la democracia protegida originalmente concebida en la Constitución de 1980¹⁵.

En la discusión de una nueva Constitución se debe reevaluar este estatus. Al respecto, primero se debe examinar el reconocimiento constitucional de las funciones de Defensa Nacional y la seguridad pública¹⁶, más que mencionar o especificar las instituciones actuales que tienen competencias sobre ambas cuestiones. Dichas funciones deben estar subordinadas al jefe de Estado y al jefe de Gobierno, es decir, dentro del encuadre que un nuevo texto constitucional le dé a la función ejecutiva

¹⁵ Véase, Contreras (2015); Athena Lab (2020); y Contreras y Salazar (2020).

¹⁶ A modo ilustrativo, Cea y Coronado (2018: 140-145).

del Estado¹⁷. A partir de esta propuesta, se deben rechazar tres características del reconocimiento actual de las FF.AA. y FF.OO. en la Constitución: i) no corresponde un capítulo especial para estos órganos; ii) no es necesario que la Constitución individualice a las instituciones castrenses y policiales en las normas constitucionales, siendo una materia para que desarrolle el legislador¹⁸; y iii) no se justifica que dicho capítulo o normas constitucionales tengan un quórum reforzado de reforma constitucional, incluso superior al que actualmente se establece para los principales poderes del Estado.

Adicionalmente, es posible revisar la actual configuración constitucional de las FF.AA. y FF.OO. El texto de la Constitución rigidizó a las tres ramas de las FF.AA. y a las dos ramas de las FF.OO. Conforme al artículo 101, las FF.AA. “están constituidas *única y exclusivamente* por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”, mientras que las FF.OO. “están integradas *sólo* por Carabineros e Investigaciones” (cursivas añadidas). La norma tiene por objeto impedir la modificación de las ramas individualizadas si no es por las dos terceras partes de los diputados/as y senadores/as en ejercicio. La evaluación de cuáles y cuántas deben ser las ramas de las FF.AA. y de FF.OO. debe ser una materia sujeta a la competencia del legislador y no es conveniente rigidizarlo a nivel constitucional, ni menos en un capítulo de quórum reforzado y excepcional. Al igual que los ministerios o cualquier otro órgano del Estado sometido al Presidente de la República, su creación, modificación o supresión debe ser materia de ley y no una exigencia de reforma constitucional. La creación de distintas ramas, tanto de las FF.AA. como de las FF.OO., permite también dividir el poder entre éstas y generar controles mutuos. Es una separación de funciones de seguridad radicados en órganos distintos, con controles cruzados, evitando la concentración de las misiones en pocas estructuras jerárquicas. Esto empalma, a su vez, con las dificultades de avanzar hacia el mando conjunto en nuestras FF.AA., como se explica más abajo.

Finalmente, para cerrar este apartado, más que la consagración de un capítulo especial y de la individualización de las ramas de las FF.AA. y FF.OO., lo relevante es que una nueva Constitución establezca los elementos mínimos de la función Defensa Nacional —referente a la seguridad exterior— y la seguridad pública, junto a los elementos esenciales de las instituciones a cargo: su obediencia y la prohibición de

¹⁷ Estas propuestas no prejuzgan entre las opciones de configuración del poder ejecutivo en una nueva Constitución. La discusión constituyente puede modificar el presidencialismo actual y entre las opciones podrían estar el reemplazo del presidencialismo por uno parlamentario o semi-presidencialista. En ese contexto, las funciones de Defensa Nacional y seguridad pública deben sujetarse en los órganos ejecutivos que se definan en una nueva Constitución. En el resto del texto, se seguirá argumentando sobre la base de que se mantiene la figura del Presidente de la República para simplificar la explicación de los cambios que el artículo. No obstante, si la constituyente adopta otra forma de gobierno —como un sistema parlamentario—, las propuestas que aquí se hacen pueden ser modulables o ajustables.

¹⁸ Indicado también por Ruiz-Tagle (2017: 217).

deliberación. Estas características son centrales para el buen funcionamiento del Estado democrático y para la efectiva subordinación civil de los órganos a los cuales se les confía el uso de las armas, de acuerdo con lo autorizado por ley y respetando los derechos fundamentales de las personas (Contreras y Salazar, 2020).

2.2. Nuevas reglas constitucionales para la regulación infraconstitucional de las FF.AA. y FF.OO.

En la primera parte de este artículo sostuvimos la persistencia de niveles indeseables de autonomía normativa que la Constitución reconoce a las FF.AA. y a Carabineros. Sobre su vertiente político institucional, el encuadre constitucional vigente los ubica (y mantiene) en una posición privilegiada no sólo respecto de los órganos de la Administración del Estado, sino que también en relación con el resto de los poderes públicos y autonomías constitucionales que el actual diseño institucional contempla. Respecto a la vertiente operativa funcional, analizamos la regulación infraconstitucional relacionada y describimos sus principales características, especialmente aquellas referidas a la reserva legal orgánica constitucional aplicables a las FF.AA. y a Carabineros¹⁹.

Dicho relacionamiento competencial ha decantado en la poca capacidad de control y dirección que pudiesen efectuar el ministerio del Interior y Seguridad Pública y el ministerio de Defensa Nacional, en su condición de superiores jerárquicos de los institutos armados²⁰. Esto ha tensionado la relación entre el poder civil electo democráticamente y las FF.AA. y FF.OO. durante las últimas décadas, supeditándolo a una relación sui generis eminentemente política y no de dependencia directa (Rodríguez Elizondo, 2018)²¹.

En este sentido, sostenemos que el mencionado déficit debe ser considerado en la actual discusión por una nueva Constitución como otro fundamento más para abordar el reordenamiento del rol y la ubicación constitucional de las FF.AA. y Carabineros. De manera de impulsar una agenda reformista que, por encontrarse aseguradas por medio de quórums supra mayoritarios, han permitido la subsistencia de la autonomía normativa operativa funcional en los términos descritos, con los consiguientes problemas de opacidad y arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales reconocidas a las citadas instituciones. Así, se configurará una evolución desde el escenario actual que direcciona la implementación de principios vigentes vigencia en el Derecho Administrativo general, como la probidad administrativa,

¹⁹ A modo de ejemplo, Cea y Coronado (2018: 148-149) sostienen que estas materias serían propias de LOC pero no con rango constitucional.

²⁰ Artículo 101 de la Constitución, artículo 1° de la Ley 18.948 de 1990 y artículo 2° de la Ley 20.424 de 2010 para el caso de las FF.AA.; y artículo 101 de la Constitución, artículo 1° de la Ley 18.961 de 1990 y artículo 2° de la Ley 20.502 de 2010 para el caso de Carabineros.

²¹ En el caso de las FF.AA. ver: Contreras y Salazar (2020).

la transparencia y el acceso a la información pública, principalmente, y el respeto y promoción de los Derechos Fundamentales, dentro de las normas jurídicas y los procedimientos administrativos que rigen el actuar de las FF.AA. y Carabineros (Contreras y Salazar, 2020: 248).

2.3. El concepto de seguridad nacional y su delimitación con otros bienes colectivos de rango constitucional

La definición del concepto de seguridad nacional no es algo pacífico en el constitucionalismo chileno. La Constitución de 1980 fue marcada, en su origen, por una doctrina de seguridad nacional determinada por el contexto de la Guerra Fría y por una noción militarizada de reacción frente al “enemigo interno” circunscrito en un “anticomunismo” por parte de las FF.AA. (Salazar, 2020b: 64-65)²². Ese concepto, sin embargo, no fue definido en el texto positivo de la Constitución (Athena Lab, 2020:7). La ausencia de una definición precisa de seguridad nacional no fue un impedimento para implementar material²³ y orgánicamente el modelo de democracia protegida y el *poder de seguridad* a cargo de las FF.AA. y Carabineros (Contreras, 2015; Contreras y Salazar, 2020).

Al carecer de un concepto predeterminado en la Constitución, el proceso político y sus instituciones han estado a cargo de moldear su contenido. Por ello, cuando en la Constitución abundaban las instituciones o enclaves contra mayoritarios de carácter militar, el concepto de seguridad nacional fue una proyección de la noción ideológica de la Guerra Fría. Hoy la discusión sobre el contenido de la seguridad nacional permea la definición de políticas públicas que concretizan las misiones de las FF.AA. y F.F.O.O. El artículo 101 de la Constitución declara que las FF.AA. existen para “la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”, mientras que las F.F.O.O. lo hacen para “dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior”. Ciertas agendas o iniciativas, dependiendo del concepto de seguridad que se tenga, pueden afectar el reparto de competencias entre estas instituciones. Los ejemplos recientes son aquellos que buscan autorizar el empleo de las FF.AA. en materias de orden público interior, como el proyecto de

²² Revítese también Varas y Agüero (1984); Varas (1987:19); Agüero (2003). Para una explicación genérica del concepto de la doctrina de seguridad nacional ver a Tickner y Herz (2012: 95-98).

²³ A modo ejemplar, el resguardo de la seguridad nacional es considerado como uno de los fines del Estado (artículo 1° inciso final); como una excepción al principio de publicidad (artículo 8°, inciso segundo); como un límite interno en la libertad de enseñanza (artículo 19, n° 11, inciso segundo), en la libertad de asociación (artículo 19, n° 15, inciso segundo), en el derecho a huelga (artículo 19, n° 16, inciso sexto), en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en el derecho a la propiedad (artículo 19, n° 24 inciso segundo); como deber de todos los chilenos (artículo 22, inciso segundo); como función del Presidente de la República (artículo 24, inciso segundo); como fundamento para el ejercicio de atribuciones exclusivas de la citada autoridad (artículo 32, n° 17 y 20).

ley sobre protección de infraestructura crítica en el país²⁴ o en el caso del control del narcotráfico en zonas transfronterizas²⁵.

En el evento de una nueva Constitución, un concepto como seguridad nacional podría ser resignificado para permitir deslindar correctamente las competencias de las FF.AA. y FF.OO. con relación a sus funciones constitucionales. Por ejemplo, se puede usar la distinción seguridad exterior y orden público interior para permitir dicha diferenciación competencial. Esta definición no extinguirá los problemas prácticos de delimitación competencial, pero podría brindar criterios normativos claros para su resolución. Por lo tanto, no es necesario perseverar en un concepto de seguridad nacional y se puede avanzar a otros conceptos que permitan clarificar los márgenes de acción de estos órganos constitucionales, tanto en el plano interno como en el externo²⁶. En otros términos la posibilidad de que las FF.AA. puedan intervenir en conflictos de carácter interno debe ser una cuestión resuelta, habilitada o clausurada por la Constitución.

2.4. El mando conjunto en las FF.AA.

En el actual artículo 32 N° 17 de la Constitución se establece como atribución exclusiva del Presidente de la República: “disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional”.

El artículo 101 de la Constitución establece taxativamente qué institutos castrenses componen a las FF.AA. y cuáles son sus funciones constitucionales –la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional– con las complicaciones que explicamos en forma previa. A su vez, las políticas de conducción, desarrollo y empleo de los medios de la defensa son realizadas por el Ministerio de Defensa Nacional, en su calidad de colaborador directo de la máxima autoridad nacional,

²⁴ Boletín 13.086-07, Proyecto de reforma constitucional que regula estado de alerta para prevenir daños a infraestructura crítica. A la fecha de cierre de este texto (27.10.20) el proyecto se encontraba en trámite legislativo, en revisión por comisión mixta.

²⁵ Véase, al respecto, la toma de razón, con alcance, del Decreto N° 265, de 2019, del ministerio de Defensa Nacional, que autoriza colaboración y delega en el ministro de Defensa Nacional las facultades en materia de control del narcotráfico y el crimen organizado transnacional en zonas fronterizas del territorio nacional (D.O. 13.08.2019). Conforme al criterio del Contralor, el rol de las FF.AA. “se debe circunscribir a la prestación de apoyo en los ámbitos de logística, de transporte y de tecnología en zonas fronterizas nacionales, sin que pueda conllevar su intervención en procedimientos operativos que impliquen ejercer funciones que competen privativamente a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, o a otras entidades, tales como el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, o la Dirección General de Aeronáutica Civil”.

²⁶ Se ha sostenido el reemplazo de la seguridad nacional por el concepto de seguridad humana (Cea y Coronado, 2018: 134-145). También se ha sostenido la supresión de todas las expresiones de seguridad nacional en el texto constitucional (Ruiz-Tagle, 2017: 219).

según lo establecido por la Constitución y la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional²⁷.

Estas normas constitucionales y orgánicas constitucionales prescriben las bases de la conducción política, estratégica y operacional de la fuerza militar, a cargo de las citadas autoridades nacionales civiles y los comandantes en Jefe de las FFAA. Sin embargo, este encuadre normativo implica una restricción fundamental para el poder civil electo de disponer operacionalmente las fuerzas de aire, mar y tierra, acorde con las necesidades actuales del país (cuyo principal ejemplo corresponde al empleo de la fuerza en los estados de excepción constitucional). También incide en la planificación de una adecuada conducción política y estratégica en función de los desafíos que se proyectan a corto y mediano plazo en la Defensa Nacional, en materias tan diversas del sector como, por ejemplo, las operaciones de paz y la colaboración militar internacional²⁸, ciberseguridad, disuasión, cambio climático, operaciones de despliegue no militares como las situaciones de catástrofe, entre otras, en virtud del debate actual y prospectivo sobre el rol de las FFAA. en el Estado chileno.

Un caso concreto de esta rigidez se observa con la implementación de la institucionalidad y mando conjunto en la preparación y empleo de las capacidades de la fuerza y la Defensa Nacional. Con la aprobación de la citada Ley N° 20.424, se creó el Estado Mayor Conjunto (EMCO), que reemplaza al Estado Mayor de la Defensa Nacional, encargado de la asesoría permanente del ministro de Defensa Nacional en lo relacionado con la preparación y empleo conjunto de las FFAA., asumiendo la jefatura de la fuerza en casos de crisis internacional que afecte la seguridad exterior del país. Ejerce el mando militar en el despliegue de medios en operaciones de paz, en su calidad de autoridad nacional y en operaciones conjuntas en tiempos de paz en los Comandos Conjuntos Norte y Sur, entre otras²⁹. No obstante, parte fundamental de las tareas de preparación de la fuerza quedan encargadas a los comandantes en jefe institucionales, en virtud de lo sostenido en el citado artículo 101 de la Constitución. Esta situación se grafica en los grados militares jerárquicos

²⁷ La citada ley reforma la estructura orgánica del ministerio de Defensa Nacional. En primer lugar, desarrolla el carácter colaborador con el Presidente de la República del Ministro de Defensa Nacional, al atribuirle una serie de competencias para la definición de políticas dentro del ámbito de la defensa nacional; en segundo lugar, reemplazó las subsecretarías especiales (Guerra, Marina, Aviación, Carabineros e Investigaciones) por dos subsecretarías claramente definidas, la Subsecretaría de Defensa, a cargo de la preparación de dichas políticas, y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, cuya principal función es la gestión de los procedimientos administrativos vinculados con las FFAA; y en último lugar, el Estado Mayor Conjunto que cumple la función asesora estratégica y operacional militar del Presidente de la República y del Ministro de Defensa Nacional. Para una descripción más general de la ley N° 20.424, se recomienda ver a Correa (2010).

²⁸ Para entender los desafíos en las relaciones entre militares y civiles en operaciones de paz, se recomienda ver a Jenne (2020).

²⁹ Artículo 25 de la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional.

reconocidos a las autoridades castrenses: cuatro estrellas para los comandantes en jefe y tres estrellas para el jefe del Estado Mayor Conjunto³⁰.

La conducción conjunta implica una nueva conceptualización de la fuerza militar para el cumplimiento de los fines que el poder civil electo defina, como una política de Estado para la Defensa Nacional. De esta manera, se privilegia una conducción estratégica de mando y control de las operaciones militares, una organización multinivel en lo operacional, una planificación estratégica ad hoc con necesidades integrales de las FF.AA., entrenamiento, educación y doctrina militar que favorecen lo conjunto para la obtención de sinergias necesarias en la preparación y empleo de las capacidades de la defensa nacional (Ministerio de Defensa Nacional, 2017: 252-257).

Con el actual texto no es posible dicho tránsito, pues se necesita una reforma con quórum supra mayoritarios para poder efectuar las adecuaciones que permitiesen profundizar, la planificación, conducción y empleo de la fuerza bajo la modalidad de un mando militar conjunto. Esto hace necesaria esta reflexión a efectos del rol de la Defensa Nacional en la nueva Constitución. Por tanto, este tipo de conducción conjunta tiene un objetivo fundamental si se analiza desde la perspectiva política institucional. Primero, permitirá el fortalecimiento de la figura presidencial y ministerial de la defensa nacional, al quedar supeditada la conducción política y estratégica a nivel de las autoridades políticas electas democráticamente, por medio del mando conjunto en lo operacional. Y segundo, frente al rol y las dos dimensiones de autonomía normativa que presentan las FF.AA. en la institucionalidad vigente, permitirá satisfacer de mejor manera los principios de obediencia y subordinación, no deliberación y control de las FF.AA., por parte del poder político civil.

2.5. La regulación de la guerra y su concordancia con el derecho internacional

Una de las cuestiones que no suele abordarse en detalle en los textos de derecho público son las potestades públicas relativas a la guerra y su conformidad con el derecho internacional público. Es bastante común que las constituciones regulen los poderes relativos a la guerra³¹. Sin embargo, la Constitución de 1980 estructura las competencias relacionadas con el conflicto bélico bajo una lógica previa a la Carta de Naciones Unidas. En efecto, el Presidente de la República tiene la atribución especial de declarar la guerra, previa autorización legal (artículo 32, numeral 19) y dispone

³⁰ Artículo 26 inciso segundo de la Ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, prescribe que será designado como Jefe del Estado Mayor Conjunto un Oficial General que tenga el grado de General de División, Vicealmirante o General de Aviación.

³¹ De acuerdo a la base de datos del *Comparative Constitutions Project*, un total de 134 constituciones incluyen reglas sobre los poderes para declarar o aprobar la guerra. Véase [en línea]: <https://www.constituteproject.org>.

que la declaración de guerra es materia de ley (artículo 63, numeral 15). Estas reglas tienen sus antecedentes en la Constitución de 1833 (artículo 36, numeral 2 y artículo 82, numeral 18) y 1925 (artículo 44, numeral 11 y artículo 72, numeral 15).

Sin embargo, las disposiciones citadas no dialogan correctamente con las reglas internacionales fijadas a partir de la Carta de Naciones Unidas. En efecto, el artículo 24 de la Carta contiene una prohibición general de la amenaza y del uso de la fuerza³². Se trata de una norma que, leída en el conjunto de la misma disposición, obliga a los Estados a someterse a mecanismos de solución pacífica de controversias (artículo 2.3 de la Carta). La prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, además, se estima una norma de derecho internacional consuetudinario en términos amplios y no sólo circunscrita a la guerra (Fuentes, 2014: 257).

La prohibición de la fuerza es una de las piedras angulares de Naciones Unidas (Crawford, 2012: 746). Lo anterior debe entenderse reforzado a partir de la modificación del Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional y que fijó el crimen de agresión, respecto de individuos responsables de planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 8 bis).

El lenguaje mismo de la Constitución debiese ser modificado para evitar el empleo del concepto de guerra –hoy proscrito– y avanzar hacia la autorización competencial del uso de la fuerza autorizado bajo el derecho internacional público. El uso de la fuerza por parte del Estado de Chile debe someterse al derecho internacional y, en particular, a la Carta de Naciones Unidas. La Constitución podría declarar su pertenencia a las Naciones Unidas, declarar explícitamente la obligación de resolución pacífica de controversias entre Estados y ajustar el uso de la fuerza bajo la Carta, sin perjuicio de preservar la regla de legítima defensa establecida en el artículo 51 de la misma³³. Cambiar las referencias de guerra a legítima defensa colectiva, entonces, es un avance en ajustar la política de defensa de nuestro país con las reglas constitucionales futuras.

³² Artículo 2. Para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: (...) 4. Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

³³ Artículo 51. Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

2.6. El rol de las FFAA en los estados de excepción constitucional

Los artículos 39 y siguientes de la Constitución se refieren a los estados de excepción constitucional, disposiciones que son complementadas por la Ley N° 18.415 de 1985, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. Se tratan de las principales manifestaciones de excepcionalidad contenidas en el texto constitucional, al abordar cuatro supuestos taxativos de gravedad que implican la alteración del régimen de normalidad constitucional³⁴: el estado de asamblea, que puede declararse en caso de guerra exterior; el estado de sitio, en caso de guerra interna o de grave conmoción interior; el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública; y el estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, con las consiguientes restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, según lo establecido taxativamente en el artículo 43³⁵.

Si bien las reformas constitucionales del año 2005 abordaron las señaladas materias modificando las normas originales de la Constitución³⁶, la citada ley orgánica

³⁴ A modo ejemplar, y a nivel constitucional, podemos señalar a la atribución exclusiva del artículo 32, N° 20 en materia de administración financiera del Estado. A nivel legal, persisten diversos regímenes de excepcionalidad previos a la entrada en vigencia de la Constitución, los que son dispuestos comúnmente por parte de la autoridad ejecutiva respectiva, como: (i) la alerta sanitaria establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 725 de 1968, Código Sanitario; y (ii) la declaración de zona de catástrofe que prescribe el Decreto con Fuerza de Ley N° 104 de 1977, que fija el texto refundido, coordinado y sistematiza del título I de la Ley N° 16.282, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes.

³⁵ “Artículo 43.- Por la declaración del estado de asamblea, el Presidente de la República queda facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podrá, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión”.

³⁶ Los principales cambios se refieren a los órganos que intervienen en su declaratoria, particularmente al rol asignado previamente al COSENA, a los plazos de vigencia de aquéllos susceptibles de regulación temporal, en lo tocante a la reducción del listado de derechos que pueden ser afectados

constitucional no ha sido modificada desde el 24 de enero de 1990, por lo que persiste la lógica original del texto constitucional en ésta.

Ante las diversas amenazas y riesgos que enfrentan las sociedades contemporáneas –incluida nuestra periférica realidad nacional– en las que la complejidad y la incertidumbre se configuran como dos desafíos a enfrentar en las situaciones de crisis (Innerarity, 2020) los poderes públicos deben articular las herramientas normativas y de políticas públicas suficientes para enfrentar tales situaciones.

Esta configuración debe considerar una serie de factores. Primero, la obligatoriedad de actuación de la organización estatal para asegurar su propia existencia y el cumplimiento de sus fines. Segundo, que las disposiciones de excepción y los poderes de necesidad se encuentren atribuidos normativa y previamente a poderes civiles electos en forma democrática. Tercero, la anticipación de los eventuales efectos del ejercicio de potestades ante la ocurrencia de situaciones de crisis considerados a nivel constitucional –estados de excepción constitucional– y legal. Cuarto, el establecimiento de límites jurídicos al ejercicio de estas atribuciones extraordinarias para superar el peligro. Y quinto, el establecimiento de controles de diversos tipos en el ejercicio de las competencias relacionadas con situaciones de excepcionalidad constitucional, para determinar el ejercicio proporcional de éstas, en función de la gravedad de los hechos que justifiquen la adopción de medidas restrictivas del ejercicio de derechos fundamentales (Álvarez García, 2019: 16–21).

Ahora bien, y a partir del terremoto del 27 de febrero de 2010, y ante las situaciones de emergencia que implican la declaración de estados de excepción constitucional por parte del Presidente de la República, nuestro sistema institucional, la normativa constitucional y orgánica constitucional, y la práctica política han priorizado una conducción estratégica y operativa militar, por sobre las autoridades civiles. Esta reflexión se grafica en el nombramiento de Oficiales Generales de las FF.AA. como jefes de la Defensa Nacional para las más variadas calamidades que el país ha experimentado. De esta manera, implícita e indirectamente, las ramas castrenses siguen cumpliendo el rol de garantes del orden institucional ante la ocurrencia de emergencias naturales o antrópicas, debilitando la capacidad de acción de las autoridades ejecutivas en el cumplimiento de los fines estatales en momentos de crisis o excepcionalidad, vinculados con la protección de la población y el respeto de sus derechos fundamentales, el restablecimiento del orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional³⁷.

en ellos y en lo que respecta al fortalecimiento de la defensa judicial de las personas agraviadas (Ríos, 2009).

³⁷ Respecto a la regresión en la relación civil-militar durante estos últimos años y cuya incidencia se ejemplifica por medio de la conducción militar en los estados de excepción constitucional, ver: Rodríguez Elizondo (2018: 218).

Por tanto, es de suma urgencia que el proceso de deliberación que confluya en la aprobación de una nueva Constitución considere el fortalecimiento de la autoridad civil electa democráticamente ante las declaraciones de estados de excepción constitucional. En el marco del necesario reordenamiento de las relaciones de las relaciones entre civiles y militares, debe reducirse a su mínima expresión aquellos hechos graves que justifiquen dicha declaración y debe reforzarse la conducción a nivel normativo y político de las autoridades públicas en las emergencias y en la gestión de riesgos. Estas autoridades se encuentran legitimadas para disponer de todos los medios públicos posibles y enfrentar las situaciones que motiven la declaración de eventuales estados de excepción constitucional.

Desconstitucionalizar para democratizar: algunas conclusiones

El esquema constitucional de las FFAA. y Carabineros bajo la Constitución de 1980 dotó a estas instituciones de una importante autonomía normativa político-institucional y operativa-funcional. Si bien buena parte de la primera fue desmantelada a partir de las reformas del año 2005 que desactivaron el *poder de seguridad* ideado por la dictadura, la dimensión operativa-funcional persiste e impide una democratización efectiva de estas instituciones, en el sentido de favorecer la subordinación democrática de los cuerpos armados y consolidar el control civil.

El objeto de este trabajo ha sido conectar la reflexión constitucional sobre las FFAA. y Carabineros desde esta perspectiva y plantear, de *lege ferenda*, algunos de los tópicos que permitirían avanzar en una mayor democratización y consolidación institucional en el marco de una nueva Constitución. Para ello, es conveniente adoptar por defecto una tarea de *desconstitucionalización* de reglas que hoy aseguran la pervivencia de la autonomía operativa-funcional e incorporar y ajustar las normas relativas a los nuevos desafíos de estas instituciones, en el marco de una sociedad democrática respetuosa del derecho internacional.

A modo de conclusión se puede afirmar lo siguiente: La constitucionalización de las FFAA. y de Orden y Seguridad tuvo por objeto la creación de un *poder de seguridad* que implementó la idea de una democracia protegida. Por ello, es imperioso desconstitucionalizar estas instituciones, en el entendido de suprimir el capítulo especial que las contiene y reubicar su dependencia, con claridad, bajo el poder ejecutivo que se defina en una eventual nueva constitución. Lo que hoy se encuentra en reglas rígidas y de forma protegida por la jerarquía normativa de la Constitución de 1980, mañana debe quedar reservado a la deliberación democrática sin exigencias contra mayoritarias.

Derivado de lo anterior, en el presente artículo relevamos la importancia de que existan nuevas disposiciones referidas a la regulación infraconstitucional de las FFAA. y Carabineros, que actualmente se encuentran protegidas por quórum supra mayoritarios en sus respectivas LOCs, o que estos mandatos dejen de tener

rango constitucional. Así, se podrá avanzar en una agenda reformista que permita disminuir los niveles de autonomía normativa, en particular, la dimensión operativa-funcional reconocidas a las fuerzas estatales, y fortalecer el control de las secretarías de Estado de las cuales éstas dependen jerárquicamente.

El concepto de seguridad nacional no fue definido en la Constitución, pero a través de sus instituciones permitió desarrollar una doctrina de enemigo interno, propia de la Guerra Fría. En el evento de una nueva Constitución, el concepto de seguridad nacional debe ser superado y es posible avanzar a otros conceptos que permitan deslindar correctamente las competencias de las FF.AA., por un lado, y de las F.F.O.O., por el otro. En otros términos, un concepto amplísimo de seguridad nacional no puede ser invocado para justificar la intervención de las FF.AA. en asuntos del orden interior, a menos que exista una habilitación constitucional expresa que cuente con los debidos pesos y contrapesos para su control.

Como una forma concreta de fortalecer la conducción política del poder civil electo democráticamente en la Defensa Nacional, y bajo una delimitación de los roles de las FF.AA. (ya sea a nivel constitucional o no), la nueva Constitución debe permitir la definición de una planificación adecuada en la preparación y el empleo de las capacidades de la fuerza en el sector. Un caso concreto consiste en la profundización del mando conjunto, que vigoriza a la institucionalidad de la defensa nacional y plantea una serie de ventajas comparativas respecto a su actual e incipiente implementación.

Una nueva Constitución es una oportunidad para repensar la declaración de guerra, como potestad constitucional, y ajustarlo al derecho internacional público. En este sentido, Chile debiese expresar en su Constitución el respeto a las reglas de la Carta de Naciones Unidas, a la prohibición internacional del uso de la fuerza y regular expresamente las competencias asociadas a la ejecución lícita de la legítima defensa colectiva.

Finalmente, uno de los aspectos más sensibles a abordar en el debate constitucional corresponde al fortalecimiento de la autoridad civil ante las declaraciones de estados de excepción constitucional, en las que las ramas castrenses siguen desempeñando un importantísimo rol, incluso, como un resabio del original rol de garantes de la institucionalidad en situaciones límites y de excepcionalidad. En ese sentido, la nueva Constitución debe reducir los hechos que motiven estas declaraciones y habilitar normativa y concretamente que la conducción de dichas situaciones sea ejercida por el poder civil -tanto por el Ejecutivo como por el Legislativo- elegido en forma directa por sufragio popular.

Referencias

- Agüero, Felipe (2003). “230 años después: la ciencia política y las relaciones Fuerzas Armadas, Estado y sociedad”. *Revista de Ciencia Política*, vol. 23, n° 2, pp. 251-272.
- Álvarez García, Vicente (2019). “Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (I): Las respuestas jurídicas previstas por la legalidad ordinaria ante situaciones de crisis”. *Revista General de Derecho Administrativo*. n° 50, pp. 1-39.
- Athena Lab (2020). *El papel de las Fuerzas Armadas en la Constitución Política. Seguridad y defensa nacional*.
- Atria, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- Atria, Fernando et al. (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: LOM Ediciones.
- Atria, Fernando et al. (2020). *El proceso constituyente en 138 preguntas y respuestas*. Santiago: LOM Ediciones.
- Bassa, Jaime (2020). *Chile decide por una nueva constitución*. Santiago: Planeta.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2018). “Constitución y Fuerzas Armadas en el siglo XXI: Defensa Nacional y Seguridad Humana”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n° 13, pp. 131-154.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2010). “¿Qué perspectiva de futuro tiene el Derecho Militar chileno? *Revista Ars Boni et Aequi*, año 7 n° 1, pp. 63 – 82.
- Contreras, Pablo (2015). “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”. En Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian (editores): *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a su Práctica Política*. Santiago: LOM Ediciones.
- Contreras, Pablo y Lovera, Domingo (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Contreras, Pablo y Salazar Pizarro, Sebastián (2020). “Obedientes y No Deliberantes: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Revista Ius et Praxi*, año 26, n° 2, pp. 232 – 253.
- Contreras Vásquez, Pablo; Montero Allende, Ricardo y Salazar Pizarro, Sebastián (2020). “Carabineros y autonomía policial en Chile: una aproximación legal – institucional”. Manuscrito inédito, pp. 1-26.
- Correa, Jorge (2010). “La modernización del Ministerio de Defensa Nacional”. *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*. Santiago: UDP, pp. 244-262.

- Crawford, James (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- Fuentes, Ximena (2014). "La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza por el derecho internacional". *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 16, n° 32, pp. 255-267.
- García, Gonzalo *et al.* (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Hueders.
- Grez, Sergio (2019). *Asamblea constituyente. La alternativa democrática para Chile*. Santiago: Editorial América en Movimiento.
- Heiss, Claudia (2020). ¿Por qué necesitamos una nueva Constitución? Santiago: Aguilar.
- Herrera, Hugo (2019). *Octubre en Chile. Acontecimiento y comprensión política hacia un republicanismo popular*. Santiago: Editorial Katankura.
- Innerarity, Daniel (2020). *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Jenne, Nicole (2020). "Civilianizing the Armed Forces? Peacekeeping, a Traditional Mission for the Military". *Defence Studies*, Vol. 20 N° 2, pp. 105-122.
- Ministerio de Defensa Nacional (2017). *Libro Blanco de la Defensa Nacional*. Recuperado el 31 de julio de 2020, de: <https://www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf>
- Peña, Carlos (2020). *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago: Taurus.
- Peña, Marisol (2005). "El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros". En Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional* (pp. 711-728). Santiago: Lexis Nexis.
- Ríos, Lautaro (2009). "Defensa judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción". *Estudios constitucionales*, Vol. 7 N° 1, pp. 277-296.
- Rodríguez Elizondo, José (2018). *Historia de la relación civil-militar en Chile. Desde Eduardo Frei Montalva hasta Michelle Bachelet Jeria*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz-Tagle, Pablo (2017). "Fuerzas Armadas y Democracia Constitucional. Un debate entre federalistas y republicanos". En Alvarado, Claudio (editor): *Imaginar la República. Reflexiones sobre El Federalista*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 191-225.
- Salazar, Gabriel (2020a). *Acción constituyente. Un texto ciudadano y dos ensayos históricos*. Santiago: Tajamar editores.

Salazar, Gabriel (2020b). *El Ejército de Chile y la soberanía popular. Ensayo histórico*. Santiago: Debate.

Tickner, Arlene y Herz, Mónica (2012). “No Place for Theory? Security Studies in Latin America”. En Tickner, Arlene y Blaney, David L. (editores): *Thinking International Relations Differently*. New York: Routledge, pp. 92-114.

Varas, Augusto y Agüero, Felipe (1984). *El Proyecto Político Militar*. Santiago: Flacso.

Varas, Augusto (1987). *Los militares en el poder. Régimen y gobierno militar en Chile 1973-1986*. Santiago, Flacso – Pehuén.

Viera, Christian (2011). “Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente”. *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 5, pp. 151-171.