

Prospección del bien jurídico en el delito militar: la defensa nacional

SERGIO CEA CIENFUEGOS

Profesor Universitario,
ex Fiscal General Militar.

FUNDADOR DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE JUSTICIAS MILITARES

RESUMEN: El autor aborda el tema de cuál es el bien jurídico fundamental en el delito militar, concluyendo en este ensayo que es la defensa nacional. Para estos efectos, considera la evolución constitucional y la perspectiva penal en términos que este bien jurídico tutelado se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia que no alcanzan a ser bienes jurídicos propios, pero sí permiten ser defendidos por el derecho penal mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs.

* * *

I. Introducción

En el ámbito de la justicia militar, en la primera década del siglo XXI en Chile se inició un proceso de reforma a la judicatura castrense, con la entrada en vigencia de la ley N° 20.477, de fecha 30 de diciembre del año 2010, en la que se abordó y se concretó básicamente y esencialmente una restricción de la competencia de la justicia militar, mediante la exclusión de los civiles como sujetos activos de delitos que se encuentran dentro del conocimiento de la citada judicatura.

Sin embargo, en el proceso de reforma a la justicia militar en Chile quedaron pendientes importantes modificaciones a un sinnúmero de instituciones jurídicas de esa judicatura del fuero, y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477, que a juicio del suscrito son materias relevantes que requieren una reforma estructural e integral.

Las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordados en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales, b) sustituir el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de

inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar; c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas; y d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer, en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales, como por ejemplo son las de naturaleza expulsiva, impuestas por el mando militar, a objeto de que sean conocidas y falladas por un tribunal o corte especializado en la función militar.

De los cuatro contenidos referidos, abordaré en esta oportunidad solo aquel vinculado a la correcta determinación material del delito militar, para lo cual consideraremos, entre otros aspectos, la noción del bien jurídico tutelado desde una perspectiva constitucional, el *ius puniendi* y la defensa nacional, la eliminación de los tipos penales referidos a Carabineros de Chile del ámbito del delito militar, la exclusión de la víctima civil de la judicatura militar, la consagración de los delitos militares como delitos de función y finalmente algunas conclusiones.

II. Bien jurídico tutelado en el delito militar: defensa nacional.

a) Antecedentes previos:

Actualmente, el delito militar tiene una tipificación formal¹, en ese contexto es delito militar toda conducta que se encuentra prevista en el Código de Justicia Militar, situación que ha motivado a la doctrina a diferenciar los propiamente militares (también denominados delitos de función, como por ejemplo incumplimiento de orden, cobardía, falta de iniciativa en el combate, desertión y abandono de destino, entre otros) y militarizados (por ejemplo el hurto y robo de especie afecta al servicio de las fuerzas armadas, cuando es perpetrado por militares), esto es, tipos penales comunes y no de función, pero que el legislador en su época estimó necesario consagrarlos como ilícitos militares, porque afectan de manera indirecta la función militar al lesionar conjuntamente bienes jurídicos comunes (como por ejemplo la propiedad) y bienes jurídicos militares, como la defensa nacional mediante la mantención de la eficacia operativa. Anteriormente además existía además la categoría de delito impropio militar, cuando se juzgaba a civiles por delitos que “no lesionan intereses institucionales”².

¹ Art. 5 Código de Justicia Militar: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 1º De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código...”.

² ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. Editorial Jurídica, año 1985, página 29.

Las deficiencias en la delimitación correcta del delito militar pueden ser advertidas incluso en el juzgamiento de delitos comunes perpetrados por militares ante la jurisdicción militar, que como se ha sostenido por la doctrina es “amplísima, pues conoce del delito común el tribunal castrense si en la comisión del delito ha participado un militar...”³, es decir, en esa materia se ha mantenido el histórico fuero personal, situación que actualmente pugna con la tesis moderna del derecho penal en este ámbito, que a mi entender es un concepto que también debe ser aplicable en el ámbito de la justicia castrense.

Para efectuar una precisa tipificación del delito militar, he sostenido: “que el derecho penal militar se debe fundamentar en el bien jurídico protegido y, asimismo, en la función de política criminal que el Estado le asigne a la norma punitiva castrense, de tal manera que exista un concepto material del delito, vinculado a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, en nuestro caso, de carácter castrense.”⁴

Al analizar el concepto de los crímenes contra la humanidad, entendidos como “atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto.”⁵, observamos que el bien jurídico tutelado es de carácter individual y de afectación de derechos fundamentales, lo que permite afirmar que se deben excluir de la noción de delito militar.

A nuestro juicio, en el ámbito material constituido por el delito militar el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es la defensa nacional.

La trascendencia del bien jurídico defensa nacional se presenta en el ejercicio del *ius puniendi*, sin dejar de lado su importancia en el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito disciplinario, que desde una óptica de la respuesta de proporcionalidad del Estado, es de menor intensidad, situación que se manifiesta en la determinación del principio de tipicidad, por cuanto en materia penal el nivel de exigencia normativo es superior, dado la relevante afectación de bienes jurídicos del imputado y particularmente aquel directamente vinculado a la defensa nacional.

La defensa nacional como bien jurídico tutelado es una condición esencial para la existencia de un Estado, en el que existe seguridad exterior, que le permite

³ LÓPEZ Dawson, Carlos. Justicia Militar, una nueva mirada. Editora nacional de derechos humanos, año 1995, página 93.

⁴ CEA Cienfuegos, Sergio y CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Militar. Parte General. Tomo I, Editorial Legal Publishing, año 2011, página 66.

⁵ GIL Gil, Alicia. En “La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma”, editorial Tirant Lo Blanch, año 2002, página 94.

desarrollarse plenamente, asegurando su soberanía e integridad territorial sin interferencias exteriores. Por ello, se ha sostenido que “La función defensa, tal como las demás funciones estatales, requiere para su materialización de una estructura orgánica capaz de planificarla y ejecutarla, mecanismos de control de gestión, de una legislación de respaldo, de financiamiento y de políticas orientadoras. Una política pública, conocida como política de defensa, recoge todos estos aspectos.”⁶

El bien jurídico tutelado “defensa nacional” se encuentra previsto en la Constitución Política de la República, con menciones en las disposiciones previstas en el artículo 1° en lo que respecta al deber del Estado de resguardar la “seguridad nacional”, es decir, se consagra una acción de tutela, amparo o protección de la seguridad nacional, lo que en consecuencia implica que se ampara el bien jurídico “defensa nacional”.

En similar sentido, el artículo 22 de la actual Carta Fundamental de Chile considera como deber fundamental del chileno el “defender su soberanía” y contribuir a “preservar la seguridad nacional”.

Si bien en términos generales el deber de tutela corresponde a todos los chilenos, la máxima autoridad del Estado, que es el Presidente de la República, es el único facultado para declarar la guerra, previa autorización por ley, asumiendo la jefatura suprema de las fuerzas armadas y disponiendo de los medios de defensa apropiados, que en este caso corresponden a las fuerzas de aire, mar y tierra, todo ello conforme al artículo 32, números 17, 18 y 19 de la Carta fundamental, y que dicen relación con el artículo 40 del mismo texto constitucional, que permite declarar el estado de excepción constitucional de asamblea, en caso de “guerra exterior”.

En consecuencia, para el sistema constitucional de Chile, la defensa nacional, se encuentra considerada en un bloque constitucional que obliga al Estado a preservarla de amenazas, mediante un sistema de protección o tutela que compele a todos los chilenos a contribuir en ese esfuerzo, dirigidos por el Presidente de la República.

La Constitución Política de la República encomienda a los órganos de la Administración del Estado la consecución de determinados fines para satisfacer las necesidades públicas o colectivas. En el caso de las fuerzas armadas, estas tienen existencia precisamente para ser empleadas en la defensa de la patria. El concepto de patria se utiliza para reforzar el lugar o territorio con que se vincula un sujeto, ya sea por razones culturales, históricas, políticas o afectivas,

⁶ Libro de la Defensa Nacional. Año 2010, página 109.

nociones que quedan comprendidos en la defensa nacional, en lo referente a la protección de la población y de la integridad territorial del Estado.

b) Evolución constitucional y defensa nacional

En la historia constitucional de Chile, existen de manera permanente menciones a la protección del bien jurídico defensa nacional y al rol que se asigna a las fuerzas armadas en tal sentido. Para estos efectos, he considerado para mayor ilustración de los lectores algunos artículos de determinadas Constituciones Políticas que han regido en nuestro país.

A este respecto cabe mencionar que en la "Constitución Política del Estado" de 1822 existe un título octavo, denominado "De la Fuerza Militar", en el que se regulan las normas "De la tropa de Línea", correspondiéndole a los tres poderes clásicos del Estado acordar "el número de tropas que se necesite para la defensa del Estado.", de conformidad a lo previsto en el artículo 235 de la citada Carta Constitucional.

En la "Constitución Política del Estado de Chile" de 1823, su artículo 18 regula las facultades del Director Supremo, entre las que se encuentran "organizar y disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, con arreglo a la ley", "declarar la guerra". "En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado", entre otras. Asimismo, en el Título XX "De la Fuerza Pública", particularmente en sus artículos 225 y siguientes, se dispone que exista una fuerza pública constituida por la "Milicia Veterana" y "Nacional", pero para la defensa nacional integra a todos los chilenos, por ello expresa que: "La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior", correspondiéndole a la "fuerza pública" un carácter "obediente" y no deliberante.

Por su parte en la Constitución Política de la República de Chile de 1828, en el Capítulo XI, denominado "De la fuerza armada", reguló especialmente la composición de la fuerza armada, integrada por el "Ejército de mar y tierra, y de la milicia activa y pasiva", pero además en las atribuciones del Poder Ejecutivo, artículo 83 N° 10, se establece que el referido poder tiene la atribución de "Disponer de la fuerza de mar y tierra y de la milicia activa, para la seguridad interior y defensa exterior de la Nación..."

En otro orden de ideas, la Constitución Política de 1833 en su texto original asignó al Presidente de la República, entre otras potestades, la conservación de "la seguridad exterior (SIC) de la República", y para tales efectos le concede como atribuciones la provisión de empleos militares, disponer y mandar a las fuerzas de aire mar y tierra, organizarlas y distribuirlas, y "Declarar la guerra con previa aprobación del Congreso..."

En la ley de reforma constitucional de 24 de octubre de 1874 se otorga al Congreso la facultad de dictar leyes excepcionales en diversos casos, particularmente “cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la Defensa del Estado”.

En la Constitución Política de 1925 no existe un capítulo especial en el que se regulen las funciones de las fuerzas armadas, sin perjuicio que en materia de atribuciones presidenciales se reglamenta la facultad del Presidente de la República para disponer de las fuerzas mar y tierra. Además en el texto constitucional se indica expresamente que la fuerza pública es esencialmente obediente, por lo que ningún cuerpo armado puede deliberar.

En la reforma constitucional del 9 de enero de 1971, mediante la ley N° 17.398, se sustituye el artículo 22 referido a la obediencia y no deliberancia de la fuerza pública por el siguiente texto: “La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones”.

“La incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y Carabineros, sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles”.

En el plano normativo, a partir de los decretos leyes 1551 (Acta Constitucional N° 2 “Bases esenciales de la Institucionalidad chilena”), 1552 (Acta Constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”), 1553 (Acta Constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”), todos del 13 de septiembre de 1976, se produce un aumento sustancial de los cometidos constitucionales, que normalmente deberían considerarse asignados a las fuerzas armadas y a los chilenos en estado de cargar armas, en atención a que se excede la función tradicional de defensa nacional, a través de la asignación de competencia material y funcional, en la protección del orden institucional de la República, que comprende valores superiores y permanentes de la chilenidad, preservación de la identidad histórico-cultural y conducción de la República, seguridad nacional y participación de las Fuerzas Armadas a través de una Junta de Gobierno, en la función constitucional, legislativa y de gobierno interior.

En efecto, la citada Acta Constitucional N° 2, “Bases esenciales de la Institucionalidad chilena”, tuvo por fundamentos, entre otros, que las Fuerzas Armadas y de Orden “en cumplimiento de su deber esencial de resguardar la soberanía de la nación y los valores superiores y permanentes de la chilenidad, a justo y legítimo requerimiento de aquellas, asumieron el 11 de septiembre de 1973 la conducción de la República, con el fin de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria y de reconstruir su grandeza espiritual y material”.

Por otra parte, en el Acta Constitucional N° 3 “De los derechos y deberes constitucionales”, se prescribe en su artículo quinto que: “Todo chileno tiene el deber fundamental de honrar a su Patria, de defender su soberanía y su integridad territorial, y contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”.

Finalmente, en el Acta Constitucional N° 4 “Regímenes de emergencia”, se afirma en el considerando primero: “*Que es deber natural y constitucional del Estado promover el bien común, cuya consecución sólo es posible mediante la creación de las condiciones necesarias para el desarrollo económico social de la comunidad, al que es consustancial la seguridad nacional considerada como la aptitud del Estado para garantizar ese desarrollo, precaviendo y superando las situaciones de emergencia que pongan en peligro el logro de los objetivos nacionales*”.

El aumento de potestades y atribuciones que se asignaron en la década de los años setenta fue reconocido expresamente por DUVAUCHELLE⁷, quien señaló que “*El objetivo primordial o razón de ser de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, lo que exige que ellas estén siempre preparadas para acudir en protección del Estado, su soberanía, sus nacionales, sus valores y sus tradiciones, respecto de cualquier amenaza o agresión, sea interna o externa*”. Agrega el citado autor que “*Las circunstancias de ser las FF.AA. esenciales para la seguridad nacional, significa asumir la tarea de velar y contribuir a la coordinación de todas las actividades del Estado, que permitan desarrollar sus potencialidades, sea en los campos económicos, social, político o cultural, con vistas al bien común*”.

En lo que respecta a la Constitución de 1980, lo autores están contestes en que en el ámbito de las fuerzas armadas se produjo un incremento de cometidos constitucionales. En efecto, como afirma VERDUGO⁸ “*Las tradicionales funciones de las FF.AA., como son la defensa de la soberanía territorial, aparecen ampliadas en el texto de la Constitución de 1980, desde el momento en que junto con considerarse “esenciales para la seguridad nacional” se les asigna además el rol de garantes del orden institucional (inciso 2° artículo 90 primitivo de la Constitución), lo anterior considerando además que integraban en mayoría el Consejo de Seguridad Nacional*”.

Una de las funciones constitucionales de los cuerpos armados que suscitaba una importante crítica respecto a su existencia era precisamente la referida al rol de ser garante del orden institucional de la República, como anota CEA EGAÑA⁹, es:

⁷ DUVAUCHELLE Rodríguez, Mario. *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: Su regulación constitucional y orgánica constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición año 1994, páginas 84 y 85.

⁸ VERDUGO Marinkovic, Mario. *Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional*, páginas 699 a 709, en *Reforma Constitucional*. Editorial LexisNexis, año 2005.

⁹ CEA Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, enero del año 2002, página 129.

“Una disposición de la máxima importancia política, aunque de contenido y aplicación difusos, es la que confía a dichas instituciones la misión de garantizar el orden institucional de la República. Se ha destacado que el fundamento histórico de esta atribución yace en los reiterados llamados que diversos Presidentes efectuaron hasta 1973, a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, para contribuir a mantener el funcionamiento normal de las instituciones nacionales amenazadas por huelgas o paros, asonadas y otros hechos críticos. Pero ello no evita sostener que sigue siendo una facultad que exige, para ser ejercida, una apreciación muy estricta de las circunstancias que la motivan y con finalidad de subordinación patente al sistema constitucional. A mayor abundamiento, la misión referida tiene que ser cumplida por todos los órganos del Estado de derecho, de conformidad con lo mandado en el artículo 6° de la Constitución. Es, por ende, una atribución que no debe ser actualizada por ser peligrosa y de consecuencias delicadas. En suma es mejor derogada”.

Sobre la atribución asignada a las Fuerzas Armadas para el resguardo del orden institucional de la República, existió una opinión favorable del comisionado Guzmán¹⁰, pero con ciertas restricciones asociadas a la delimitación de funciones en un Estado de Derecho, en efecto dicho comisionado señala:

“...que se le presentan dudas frente al problema de transformarlas en la fuerza que asegure el cumplimiento del Derecho, porque no hay ninguna duda de que en casos extremos, en que se trate de conservar o asegurar el ordenamiento institucional de la República, parece conveniente y adecuado radicar en las Fuerzas Armadas esa misión, si es que a alguien se le quiere entregar en forma explícita, pero en la forma en que está redactado el precepto, se convierte a las Fuerzas Armadas en el órgano destinado a garantizar, prácticamente, todas las resoluciones de los órganos del Estado, de los poderes públicos o políticos, con el inconveniente de que en la práctica, como las dificultades surgen cuando hay conflictos entre los órganos o Poderes del Estado, las Fuerzas Armadas pasarían a ser un árbitro con tendencia permanente a actuar para resolver conflictos, porque en cualquier instante en que uno de los órganos del Estado sostuviere que otro le está entorpeciendo el libre ejercicio de sus atribuciones, sería legítimo entender y comprender que este Poder se dirigiera al que está encargado de garantizar el libre ejercicio de ese Poder, y le pidiera que se lo garantizara, en cuyo caso estarían permanentemente en presencia de una acción, no en casos límites, sino en casos bastante frecuentes”.

El criterio constitucional de asignar a las Fuerzas Armadas el rol de garantes del orden institucional, que surge en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, fue objeto de una crítica en las expresiones del

¹⁰ Actas de la Comisión Ortúzar, sesión 52.

comisionado BERTELSEN, quien citado por TRONCOSO¹¹ expresa que existe un “mal acostumbramiento” que consiste en que “el país esté descansando permanentemente en ellas (las Fuerzas Armadas) como protectoras de la Constitución”, por lo que estima que aquello es “peligroso”.

Por lo expuesto, no es de extrañar que en la ley de reforma constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, se transfiriera este cometido constitucional a todos los Órganos del Estado y no tan sólo a las Fuerzas Armadas.

Sobre la materia en análisis, es menester señalar que no es la finalidad de este artículo académico analizar las causas que originan el aumento de potestades públicas de las fuerzas armadas en el ordenamiento jurídico constitucional, pero sí podemos precisar que sólo en la época de la formación de la República de Chile (Constituciones de 1822 y 1828) se constatan normas jurídicas de similar extensión axiológica, lo que denota un espíritu refundacional en las citadas Actas Constitucionales de la mitad de la década de los setenta en Chile, situación que hasta hoy le ha restado legitimidad jurídica, en un Estado de Derecho, a los textos constitucionales basados en esas normas primigenias, lo que en parte explica aquella razón de que no obstante la trascendente reforma a la Carta Fundamental en el año 2005 mediante la ley de reforma constitucional N° 20.050, este texto constitucional hasta la fecha no ha sido capaz de generar amplios consensos en la sociedad chilena en torno a su legitimidad como Norma Suprema, en términos tales que el actual Gobierno de Chile ha iniciado un proceso paulatino destinado a reemplazar la actual Constitución Política.

Por lo expuesto coincidimos con BASSA¹² en el sentido de que *“El ideal ético de la Constitución se encuentra determinado por las circunstancias de cada momento histórico, ello permite optimizar el reconocimiento y protección de los distintos valores y principios que la comunidad ubica dentro del marco de la Constitución”*.

El citado autor¹³ agrega respecto a la reforma del año 2005 que *“... significó un considerable avance en la democratización de la Constitución chilena, sin perjuicio de que aún existen materias pendientes, quizá, la más importante, en materia de derechos fundamentales, cuyo catálogo aún espera por una revisión que lo legitime plenamente”*.

c) El *ius puniendi* y la defensa nacional.

El *ius puniendi* o facultad estatal de castigar el delito, se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados que son relevantes para la sociedad, bienes

¹¹ TRONCOSO Riquelme, Marco Antonio. El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como garantes del orden institucional de la República. En actas 34 de las Jornadas de derecho público. (25-27 noviembre de 2004). Edición Lexis Nexis, año 2005, página 132.

¹² BASSA Mercado, Jaime. El Estado Constitucional de Derecho. Editorial legal publishing, julio de 2009, página 1.

¹³ Op. cit. Página 17.

jurídicos que en virtud del principio de juridicidad deben estar consagrados en el ámbito constitucional.

Pues desde esta perspectiva, la noción de bien jurídico militar debe tener un sustento en la Constitución Política de la República, que necesariamente se configura como una infracción de deberes o funciones castrenses, es decir, no basta vestir uniforme para perpetrar delitos militares, sino que además el delito debe ser un delito de función. En consecuencia, un militar puede cometer delitos comunes o delitos de función, y sólo en este último caso podrá ser sujeto al fuero especial, que como hemos sostenido, ha dejado de ser un fuero personal, como sí lo fue en las primeras épocas del Derecho Militar.

Actualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ ha expresado que el fuero militar permite el juzgamiento de militares en servicio activo y en actos del servicio –competencia personal– siempre que se perpetren delitos que atenten bienes jurídicos propios del orden militar, esto es, denominados competencia material.

En el ámbito constitucional ya he analizado en el título precedente que el bien jurídico tutelado en materia militar es la defensa nacional, el que ha estado presente en casi todos los textos constitucionales, con mayor o menor precisión de las funciones asignadas a los cuerpos armados. Por consiguiente, si ya hemos centrado lo que debe constituir el fundamento del delito militar, claramente debe estar orientado a la protección de la defensa nacional, es decir, el delito militar supone que la conducta se realiza en acto de servicio afectando la existencia y eficacia operativa del cuerpo armado, disminuyendo su capacidad para sostener la defensa nacional.

Lo antes expuesto implica que el militar infringe un deber funcional propio, esto es, aquel que le corresponde conforme a su cargo, grado y jerarquía, pero no debe confundirse con el mero incumplimiento de órdenes superiores, ya que en principio el *ius puniendi* exigirá una especial relevancia o gravedad que haga necesario el ejercicio de una conminación o amenaza penal, reduciendo al ámbito meramente administrativo, las infracciones que con menor entidad afectan el citado bien jurídico.

Asimismo, el incumplimiento de órdenes superiores, evidentemente afecta la eficacia operativa del cuerpo armado y destruye su estructura jerárquica y de disciplina, ello permite el ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito castrense, para cautelar la estructura jerárquica y de mando, de tal manera que las fuerzas armadas puedan cumplir los cometidos constitucionales asignados, especialmente en el ámbito de la defensa nacional.

¹⁴ Casos “Palamara contra Chile”, “Radilla Pacheco contra México” y “Rosendo Cantú contra México”.

Lo anterior implica que la defensa nacional, como bien jurídico tutelado en un estado de derecho, reconoce como límite el respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales, por ello afirmamos que el derecho militar impone al cuerpo armado no sólo un deber de obediencia jerárquica o disciplinaria, sino que además el deber de respetar en forma permanente los derechos fundamentales.

En consecuencia, el derecho militar existe para preservar derechos fundamentales y no es ajeno a la protección constitucional de tales derechos, situación que permite resolver de manera acertada los casos de órdenes atentatorias contra los derechos fundamentales y el orden constitucional del Estado, ya que en ambas situaciones los sujetos activos del delito militar se apartan de la función de defensa nacional que la Constitución Política les asigna, de esta forma se superan los conceptos de obediencia debida y obediencia reflexiva.

La defensa nacional, como bien jurídico tutelado, se vincula con la jerarquía, disciplina y la no deliberancia, nociones jurídicas que no alcanzan a constituirse en bienes jurídicos si permiten ser defendidos por el derecho penal mediante la teoría de la fragmentación de Gunter Jackobs, dado que no se trata de que cada uno de esos conceptos correspondan a diversos bienes jurídicos, sino que por el contrario, los tres últimos conceptos referidos, permiten alcanzar el bien jurídico tutelado en los delitos militares, de tal suerte que si se afecta la jerarquía, disciplina y no deliberancia, se termina poniendo en peligro o afectando la defensa nacional. Gunter Jackobs expresa sobre la materia que "... si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. En este punto no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión, en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho, por algunos fragmentos de injusto producidos precozmente o, incluso, por uno solo de ellos".¹⁵

La protección de bienes jurídicos ha sido analizada por Cury, quien expresa que "... la cuestión de qué bienes jurídicos merecen ser protegidos con la amenaza de una pena penal, es la primera –y, posiblemente, la de mayor trascendencia– que se propone el legislador. Como ya se ha señalado para resolverla, ha de tener en cuenta que la pena penal es el más severo de los recursos con que cuenta el derecho; por lo mismo, el último que ha de emplear."¹⁶

¹⁵ JACKOBS, Gunter. Fundamentos del derecho penal. Editorial Gráfica LAF S.R.L. Argentina, año 1996.

¹⁶ CURY URZUA, Enrique. Derecho penal. Parte GENERAL, TOMO I, Editorial Jurídica, año 1988, página 234.

En este contexto, al analizar el Código de Justicia Militar del año 1925 y las leyes penales especiales que quedaron sometidas al fuero militar, afirmamos que se presenta una diversidad y amplitud en materia de bienes jurídicos tutelados, tipificándose conductas que a juicio del suscrito no requerirían de la amenaza penal para ser sancionadas, bastando simplemente una mera infracción administrativa y disciplinaria, asimismo, existen tipos penales sustentados en bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses, y que deben ser abordados desde el derecho penal común.

Cury además agrega: "... si se desea que la amenaza penal surta sus efectos, importa usarla con prudencia, la prodigalidad suele conducir a la grosería, y tipos grotescos, amenazados con penas grotescas, desvalorizan la institución penal, deteriorando el instrumento más poderoso del ordenamiento jurídico."¹⁷

En consecuencia, a nuestro entender es necesaria una reforma que delimite el concepto de delito militar, en cuanto a que, sólo deben ser considerados como tales aquellas conductas que afecten la defensa nacional y las que se vinculen a este bien jurídico mediante el sistema de fragmentación, es decir, aquellas que incidan o afecten en la disciplina, jerarquía y no deliberancia, toda vez que de lo contrario se afectaría el principio de especialidad, que es precisamente el fundamento de la existencia de la judicatura del fuero.

Reiteramos que la correcta determinación material del delito militar solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese es la defensa nacional.

Exclusión de Carabineros de Chile como sujeto activo militar.

En lo que respecta a Carabineros de Chile, sus deberes y cometidos constitucionales son distintos a los previstos para las Fuerzas Armadas, de tal manera o forma que desde el punto estrictamente jurídico, no existe un fundamento concreto para justificar la tipificación de delitos militares respecto de aquellos.

En efecto, Carabineros de Chile es una fuerza de orden y seguridad pública, como tal, tiene asignados como cometidos constitucionales especialísimos el de dar eficacia al derecho; garantizar el orden público y la seguridad pública interior, todo ello bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 235.

Por razones históricas y de política criminal, Carabineros de Chile ha sido considerado con un título especial en el Código de Justicia Militar en su título II libro cuarto, incorporado mediante el decreto ley N° 650 de 1932, reconociéndole un carácter disciplinario militar, que hasta la fecha se mantiene vigente en su ley orgánica constitucional.

Los tipos penales especiales previstos para Carabineros de Chile en el Código del Fuero son los de embriaguez en el servicio, el abandono de servicio y el maltrato de obra a carabineros de servicio, en los que no existe una protección de la defensa nacional como bien jurídico tutelado, y por ello no pueden efectivamente ser considerados delitos militares, salvo cuando cumplen funciones militares en operaciones de paz, tiempos de crisis o de guerra, en que excepcionalmente protegen la defensa nacional.

Sin embargo, en el derecho comparado constatamos que existen algunos Estados en Latinoamérica que han considerado conjuntamente los fueros militares y policiales, y ello en razón que las realidades institucionales y percepciones de cada sociedad son distintas en esta materia, por cuanto en aquellos países latinoamericanos la macrocriminalidad propia del terrorismo y el narcotráfico ha impactado y han requerido una respuesta militar a esos fenómenos delictivos por parte del Estado.

En Chile no se ha presentado actualmente una fenomenología en términos tales de macrocriminalidad como las antes enunciadas por lo que en consecuencia, en un nuevo ámbito de aplicación del Código de Justicia Militar, no existe un fundamento objetivo para tipificar en la actualidad dentro de la judicatura del Fuero Militar delitos perpetrados por Carabineros de Chile, salvo las excepciones ya mencionadas precedentemente, lo que en definitiva debe traducirse en una futura modificación al Código de Justicia Militar.

Los delitos militares y la exclusión de la víctima civil

Como hemos expresado, el delito militar es un delito de función, que tutela el bien jurídico defensa nacional. Este bien jurídico es de naturaleza colectiva y permite al Estado mantener la adecuada protección a la población, los recursos naturales y la integridad territorial en el marco de las funciones asignadas constitucionalmente a las Fuerzas Armadas, en razón de que tales situaciones son incompatibles con las víctimas civiles en el ámbito del delito del fuero¹⁸.

¹⁸ En Sentencia de fecha 29 de julio de 2015, la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia, acogiendo un recurso de apelación en materia de competencia, en causa Rol N° 470-2015, declaró competente a la justicia ordinaria, para conocer un caso de violencia policial, por las lesiones sufridas por el comunero mapuche Miguel Antieco Painen durante el violento desalojo realizado con fecha 9 de enero de 2015 del Fundo Lumaco Bajo, en la Comuna de Río Bueno.

Lo anterior había sido reafirmado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido de manera reiterada que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

En consecuencia, el bien jurídico defensa nacional y la función militar se encuentran limitados para afectar derechos fundamentales de civiles¹⁹.

Delitos militares de función

Si bien algunos Códigos de Justicia Militar consideran como bienes jurídicos la disciplina y la jerarquía, esto claramente no debiera ser considerado como argumento para sostener que tales bienes jurídicos son exclusivamente militares, ya que la disciplina y jerarquía no son características exclusivas solo de las Fuerzas Armadas, sino que se presentan en todos los órganos de la Administración del Estado, incluso de aquellos que integran la Administración civil, de esta manera se confundirían algunos delitos cometidos por funcionarios públicos con los delitos militares propiamente tales.

La ley N° 18.834 establece expresamente en el artículo 61 letra f) que los funcionarios públicos de la Administración Civil deben obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico, pudiendo ser objeto de medidas disciplinarias si infringen dicha obligación.

Sin embargo, la intensidad de la jerarquía y la disciplina constituyen en los Cuerpos Armados un régimen de sujeción especial de sus integrantes, en especial la disciplina, que es un pilar esencial dentro de la estructura de las organizaciones militares.

Las violaciones a los derechos humanos (genocidio y lesa humanidad) no están comprendidas dentro del bien jurídico defensa del Estado y por ello esos actos no deben sancionarse con un *ius puniendi* militar, sino que con el *ius puniendi* común, esto además explica por qué razón quedan excluidas de la competencia de la justicia militar.

Conclusiones:

- 1.- En el proceso de reforma a la justicia militar en Chile es evidente que quedan pendientes modificaciones a un sinnúmero de instituciones

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13-INA del 6 de mayo del 2014, sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 5 n° 1 y n° 3 del Código de Justicia Militar.

jurídicas de la Justicia Militar, y que no fueron consideradas en la ley N° 20.477 de fecha 30 de diciembre del año 2010

- 2.- A juicio del suscrito las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordados en una próxima ley son: a) la organización de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales, b) Reemplazar el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar, no es concebible ni razonable que en la actualidad en Chile exista una isla jurídica para los integrantes de las Fuerzas Armadas en esta materia. c) la correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese bien jurídico es la Defensa Nacional; y d) la posibilidad de que la potestad sancionadora disciplinaria tenga un sistema de control en sede jurisdiccional especial, de tipo contencioso administrativo, en que exista una acción que se pueda interponer en contra de resoluciones que contengan medidas disciplinarias que afecten derechos fundamentales.
- 3.- El ámbito material constituido por el delito militar, el bien jurídico más relevante que se requiere preservar es precisamente la Defensa Nacional y ello se vincula directamente con el *ius puniendi* o facultad estatal de castigar el delito, se fundamenta en la protección de bienes jurídicos tutelados que son relevantes para la sociedad y que en virtud del principio de juridicidad deben estar consagrados en el ámbito constitucional.
- 4.- Entonces la conclusión de este ensayo es que la adecuada determinación material del delito militar solo debe considerar aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar, de acuerdo a las actuales exigencias que el Estado de Chile asigna a las Fuerzas Armadas y ese es la Defensa Nacional.

Bibliografía citada

- 1.-ASTROSA Herrera, Renato. Código de Justicia Militar Comentado. Editorial Jurídica, año 1985, página 29.
- 2.-LÓPEZ Dawson, Carlos. Justicia Militar, una nueva mirada. Editora nacional de derechos humanos, año 1995, página 93.

3.- CEA Cienfuegos, Sergio y CORONADO Donoso, Ricardo. Derecho Militar. Parte General. Tomo I, Editorial Legal Publishing, año 2011, página 66.

4.-GIL Gil, Alicia. En "La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post Roma", Editorial Tirant Lo Blanch, año 2002, página 94.

5.-Libro de la Defensa Nacional. Año 2010, página 109.

6.-DUVAUCHELLE Rodríguez, Mario. Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: Su regulación constitucional y orgánica constitucional. Editorial Jurídica de Chile, primera edición año 1994, páginas 84 y 85.

7.-VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional, páginas 699 a 709, en Reforma Constitucional. Editorial Lexis Nexis, año 2005.

8.-CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, enero del año 2002, página 129.

9.-ACTAS DE LA COMISION ORTÚZAR, Sesión 52.

10.-TRONCOSO Riquelme, Marco Antonio. El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como garantes del orden institucional de la República. En Actas 34 de las Jornadas de derecho público. (25-27 noviembre de 2004). Edición Lexis Nexis, año 2005, página 132.

11.-BASSA Mercado, Jaime. El Estado Constitucional de Derecho. Editorial legal publishing, julio de 2009, página 1.

12.-JACKOBS, Gunter. Fundamentos del derecho penal. Editorial Gráfica LAF S.R.L. Argentina, año 1996.

13.-CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal Parte GENERAL, TOMO I, Editorial Jurídica, año 1988, página 234.

Legislación citada.

Constituciones Políticas de Chile de 1822; 1823; 1828; 1833; 1925 y 1980.

Código de Justicia Militar aprobado por Decreto Ley N° 806 de 23 de diciembre de 1925 y sus modificaciones

Ley N° 18.834 de fecha 23 de septiembre de 1989.

Ley N° 20.477 de fecha 30 de diciembre del año 2010.

Sentencias citadas

1.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre del año 2005. "Palamara Iribarne contra Chile".

2.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 23 de noviembre del año 2009. "Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos".

3.-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de agosto del año 2010. "Rosendo Cantú y otra contra México".

4.-Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13-INA del 6 de mayo del 2014, sobre el Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 5 n° 1 y n° 3 del Código de Justicia Militar.

5.-Sentencia de fecha 29 de julio del año 2015, la Ilma. Corte de Apelaciones de Valdivia, acogiendo un recurso de apelación en materia de competencia, en causa Rol N° 470-2015, declaró competente a la justicia ordinaria para conocer un caso de violencia policial, por las lesiones sufridas por el comunero mapuche Miguel Antiquero Painen durante el violento desalojo realizado con fecha 9 de enero de 2015 del Fundo Lumaco Bajo, en la Comuna de Río Bueno.