

¿POR QUÉ DISCUTIMOS SOBRE JUSTICIA MILITAR?

- Recientemente se ha suscitado una discusión relativa a la competencia de la justicia militar respecto del conocimiento de ciertos delitos cometidos en circunstancias especiales, como estados de excepción constitucional. La discusión, sin embargo, no ha puesto de relieve que lo verdaderamente relevante es cuál es la forma más eficiente de proteger la acción policial.
- Para este efecto, se han avizorado dos modelos: el de la Ley Naín–Retamal, que avanzó en exigentes de responsabilidad penal y presunciones en el Código Penal, y, por otro lado, el que se aprobó en las comisiones unidas de Constitución y Seguridad Pública de la Cámara de Diputados, en el proyecto de ley de las reglas de uso de la fuerza, que fue entregar competencia a la justicia militar.
- Más allá de los medios, debe lograrse que el actuar policial, como todo el actuar de la Administración del Estado, goce de presunción de legalidad en sus actos, que es la única forma de lograr la necesaria certeza jurídica para defender al Estado de Derecho.

La discusión sobre la pertinencia de entregar competencia a la justicia militar respecto de presuntos delitos cometidos por las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile en el ejercicio de sus funciones o en el cumplimiento de sus deberes permanentes, estando o no en servicio, no es el problema principal. Los esfuerzos por avanzar en el robustecimiento, durante la última década, de la justicia penal del orden civil (en adelante, “justicia penal”) se han visto afectados por una discusión equívoca sobre cómo tratar a las Fuerzas Armadas y a Carabineros cuando dan cumplimiento a sus deberes y, especialmente, cuando se trata del resguardo del orden público. En efecto, la discusión de la llamada “Ley Naín-Retamal” y, luego, del proyecto de ley sobre reglas del uso de la fuerza, son reflejo de que no existe un acuerdo político respecto de cómo debemos tratar jurídicamente a los funcionarios policiales y militares, así como a las consecuencias de su trabajo cuando ella requiere del empleo de la fuerza para proteger no solo a las personas y sus bienes, sino al Estado de Derecho mismo.

Así, la cuestión principal que debería dilucidarse es si, ante un hecho que puede revestir el carácter de delito, los miembros de las Fuerzas Armadas y de Carabineros deben recibir el mismo trato, desde la perspectiva del Derecho, que aquel otorgado al presunto hechor de un delito. Si uno se inclinara por la igualdad de trato entre civiles y miembros de las fuerzas de seguridad, la justicia militar debería descartarse sin más, junto con cualquier medida que genere para los agentes públicos un régimen más

favorable respecto de las consecuencias de sus actos. Esto implicaría asumir una tesis radical respecto de la igualdad tanto en el proceso como en las garantías normativas para el ejercicio de las funciones públicas que implican el uso de la fuerza.

Sin embargo, existen bastantes argumentos para apelar a la necesidad de que, tal como ocurre en otros ámbitos del Derecho Público, la acción de los agentes públicos posea un trato jurídico preferente en atención a la función que desempeñan.

¿PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS (ADMINISTRATIVOS) DE POLICÍA?

En su sentido más puro, la función de policía es aquella que se ha entregado al Estado para que asegure el cumplimiento de la ley, en todo orden de materias. Por ello, en diversos países, hay modelos distintos para asegurar el cumplimiento de las disposiciones que prescriben las leyes.

En este orden de cosas, la pregunta por el trato preferente de que debería gozar la actuación del Estado frente a la de un particular se manifiesta la presunción de legalidad que gozan los actos de la Administración del Estado, sin perjuicio del control ex ante o ex post que realice la Contraloría General de la República. Dicha presunción no tiene otro efecto que poner en la espalda de los particulares el demostrar que la actuación de la Administración es contraria a Derecho. De esta manera, cumplidos los procedimientos prescritos por la ley para el ejercicio de la potestad sancionatoria, la decisión de la Administración se podrá ejecutar sin más, salvo que el particular reclame contra ella. Esto es precisamente reflejo del trato preferente que se le da a la Administración en el ejercicio de sus funciones.

¿Es posible aplicar la misma lógica a los actos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública? La pregunta podría formularse así: ¿es posible dar una presunción de legalidad al actuar de la fuerza pública si sus consecuencias podrían llegar a ser constitutivas de delito?

La respuesta es afirmativa, debiendo establecerse eximentes de responsabilidad penal y presunciones. De esta forma, se logra entregar una protección efectiva al ejercicio de la función policial en dos sentidos: en el sentido sustantivo, que la acción policial queda efectivamente exenta de responsabilidad penal si es que ella se ha ajustado a las condiciones prescritas para su ejercicio; y en el adjetivo, que tocará probar a quien ha sido afectado por el actuar policial que éste no ha estado ajustado a las condiciones prescritas para su ejercicio. Este enfoque, además, refuerza la presunción de inocencia de que goza toda persona, más aún si el presunto delito que se imputa deviene de un

actuar que, en naturaleza, no debiera ser doloso y que ha sido explícitamente entregado por el Estado.

Hasta aquí se desprende que es perfectamente compatible con el fortalecimiento de la justicia penal un trato preferente al ejercicio de la función policial; sin embargo, cabe preguntarse por qué la discusión ha devenido en la cuestión sobre los casos en que la justicia militar debería recuperar competencia.

UN PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN: OMISIÓN POR LA JUSTICIA PENAL DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Lo que hemos dicho anteriormente, respecto de otorgar un trato jurídico preferente al actuar policial, se encuentra consagrado desde 1925 en el Código de Justicia Militar. Diversas normas de dicho cuerpo legal¹ establecen eximentes de responsabilidad para las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile en diversas hipótesis; sin embargo, los tribunales de justicia penal no aplican el Código de Justicia Militar y, precisamente:

“Autores como Wilenmann (2020), Castillo (2020) y Contreras y García (2023), también comparten dicho diagnóstico. Hay un problema en la forma en que los operadores del sistema están enfrentando las discusiones en torno a los usos de fuerza de las policías. Se suele asumir que esta confusión está dada por la ausencia de una ley que regule la misma, sin embargo, existe un grupo importante de normas que efectivamente se refieren a esta materia.

No hay claridad por el motivo de esta confusión. Aunque podemos especular que la restricción de la competencia del sistema de justicia militar introducido por la ley Nº20.477, que modifica competencia de tribunales militares, marca el hito en que comienza a producirse esta confusión”².

En efecto, resulta complejo determinar el motivo, pero no constatar lo que sucede en la práctica: la justicia penal no aplica el Código de Justicia Militar. Luego, tampoco aplica las eximentes de responsabilidad penal allí contempladas y, por tanto, la idea de que es necesario un trato preferente para el actuar policial queda sepultada por la mera práctica judicial.

¹ Por ejemplo, artículos 208, 410, 411 y 412.

² Velásquez, Javier. “Uso de fuerza de Carabineros: Un problema de Derecho Público”, Instituto de Ciencias Penales. Texto disponible en <https://www.icpenales.cl/entrada/uso-de-fuerza-de-carabineros-un-problema-de-derecho-publico/>. Revisado el 15 de mayo de 2024.

Lo anterior, por ejemplo, explica por qué la Ley Naín–Retamal incorporó en el Código Penal una presunción para la legítima defensa respecto de quienes realizan la función policial y otra, para la legítima defensa que ellos realizan en beneficio de terceros. La discusión en el proyecto de ley que establece reglas para el uso de la fuerza tiene el mismo esquema, pese a que dichas eximentes son parte del Código de Justicia Militar. Quizás, si se aplicara la ley vigente, sería más sencillo discutir sobre las reglas de uso de la fuerza, toda vez que las autorizaciones legales para su empleo, en términos de autorización, están dadas de manera implícita al eximir de responsabilidad penal su uso.

Si hoy la discusión está radicada en la pertenencia de restituir competencia a la justicia militar, la razón se encuentra en que la justicia penal no está aplicando las eximentes de responsabilidad penal contenidas en el Código de Justicia Militar. Si los tribunales penales solo consideran el Código Penal al momento de fallar, no resulta difícil pensar que la discusión política va a tratar de resolver la cuestión del desuso de las eximentes vigentes mediante dos posibles soluciones, que no son necesariamente incompatibles entre sí: la primera es el camino que tomó la Ley Naín–Retamal al introducir modificaciones a las reglas sobre eximentes del Código Penal, junto con presunciones; la segunda, es la que tomó el texto aprobado por las comisiones unidas de Constitución y Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional del proyecto de ley que establece reglas de uso de la fuerza: si bien se incorporaron eximentes, la principal solución estuvo en fijar una regla especial de competencia que permitiera llevar el conocimiento de ciertas causas, en situaciones excepcionales, a la justicia militar que, en teoría, sí debería considerar las eximentes del Código de Justicia Militar.

ENTONCES, ¿ES NECESARIO VOLVER A LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA MILITAR?

Como se explicó al inicio, la discusión sobre la competencia militar no es la discusión principal. Lo verdaderamente relevante es el acuerdo sobre la necesidad de contar con un marco jurídico de protección a la acción policial que le permita desplegarse en toda su magnitud. Si ello es así, entonces el otorgar competencia a la justicia militar será un medio para alcanzar el fin principal; y en tanto medio, es necesario pensar si, como política pública, es la mejor opción para el cumplimiento de dicho fin. La opción que aparece como alternativa son las eximentes de responsabilidad penal. ¿Es la justicia militar más conveniente?

Devolver la competencia a la justicia militar implica desandar un poco de camino en disminuir las jurisdicciones especiales y transformar aquellas, como la justicia militar, en jurisdicción especializada para asuntos que la justicia penal probablemente no es la

sede idónea, como son, por ejemplo, el cumplimiento estricto de los deberes militares. Por el contrario, avanzar en eximentes explícitas de responsabilidad penal acompañadas de presunciones no desanda camino, sino que profundiza el que se ha tomado durante más de una década en orden a fortalecer y universalizar la justicia penal.

Hay, además, otras consideraciones. Por ejemplo, las garantías del procedimiento, donde la justicia penal vigente aparece mucho más beneficiosa para el imputado (que será el funcionario policial) que bajo el antiguo proceso penal que rige en la justicia militar. También, las eximentes del Código de Justicia Militar son casi centenarias y probablemente necesitan adaptarse a los estándares vigentes en materia de tipificación, por lo cual volver sobre ellas en el Código Penal aparece como una forma de avanzar en protección de la acción policial por vía de incrementar la certeza jurídica. Con todo, la vía de las eximentes de responsabilidad penal ha sido políticamente difícil. Fue lo que ocurrió con el proyecto sobre estatuto de protección de las policías, cuyo trámite quedó totalmente detenido por falta de apoyo en la Comisión de Seguridad Pública del Senado a fines de 2020.

No habiendo dos posturas frente a la importancia de abordar la crisis de seguridad, la discusión entonces es sobre medios, pero también respecto a la viabilidad política de ellas. Por ello, la discusión sobre los medios no debe eludir lo verdaderamente relevante: consolidar un régimen robusto de protección de la función policial.