

# UN DIAGNÓSTICO DEL DERECHO PENAL MILITAR \*

SERGIO CEA CIENFUEGOS

*Abogado, especialista en legislación militar,  
profesor de Justicia Militar de la Universidad de Chile,  
Consejero de la Asociación Internacional de la Justicia Militar y  
ex Fiscal General Militar del Ministerio Público Militar.*

Agradezco la oportunidad que me ha brindado la Universidad para exponer un tema de esta naturaleza.

Para estos efectos hemos dividido esta exposición en tres ámbitos, áreas o campos, o sea, competencia, bienes jurídicos protegidos y tipos penales.

## I EN LO QUE RESPECTA A LA COMPETENCIA

Tenemos que acotar su ámbito de aplicación y calidad de los sujetos activos del delito. Tenemos que partir con un análisis a objeto de redefinir los conceptos de estado de guerra, en campaña, en acto de servicio, y recinto militar, de manera tal de hacer más restrictiva la normativa vigente y limitarla a aquellas situaciones en que la misión constitucional asignadas a las Fuerzas Armadas y los bienes jurídicos protegidos se vean indiscutiblemente afectados.

Con respecto al ámbito de aplicación, me parece importante señalar que el año 2005 se efectuaron dos reformas importantes en lo que atañe a la competencia de la Justicia Militar. Me refiero a la Ley de Reclutamiento y a la Ley de Control de Armas. La norma general era que su conocimiento y su juzgamiento le correspondieran a los Tribunales Militares.

En cuanto a la Ley de Reclutamiento, hoy en día solo van a conocer los Tribunales Militares en lo que se refiere a las conductas referi-

\* El presente texto constituye una transcripción de la exposición realizada por el Profesor Cea en el Seminario sobre "Reforma a la Justicia Militar", realizado por la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, en el mes de julio pasado.

das a los llamados de los reservistas, pero en lo que concierne al proceso de conscripción ya no son competentes y esa era la mayor cantidad de procesos que se incoaban en las Fiscalías Militares.

En lo que se refiere a la Ley de Control de Armas, con las Leyes Cumplido, a principio de la década del 90, se restringió la competencia de la Justicia Militar. Sin embargo, la reforma que se realizó en mayo de 2005 modifica el sentido o el espíritu de la Ley de Control de Armas. Acordémonos que la Ley de Control de Armas nace de la moción del Senador Juan de Dios Carmona y reflejaba lo que sucedía en la sociedad en esa fecha y era controlar las partidas militarmente organizadas que se encontraban dentro de nuestro sistema y por eso se le otorgó el control integral a las Fuerzas Armadas y cuyo conocimiento correspondió por ende a los Tribunales Militares. La sociedad chilena, en la reforma del año 2005, consideró que la Ley de Control de Armas tenía que básicamente combatir la delincuencia y esa es la razón por la cual se modifican algunos tipos penales de esta Ley y ese es el motivo por el cual se establecen algunos requisitos o exigencias, sobre cuándo los particulares pueden tener o portar armas. Esto es un aspecto importante que debe ser considerado en la aplicación de esta Ley.

Por lo tanto, yo puedo aseverar fehacientemente en lo que se refiere a la Ley de Control de Armas y a la Ley de Reclutamiento, que la regla general es que la competencia es de los Tribunales Ordinarios y no de los Tribunales Militares en la actualidad.

Con respecto al Código Aeronáutico, desde una perspectiva netamente jurídica, no debiera ser de competencia de los Tribunales Militares, pero obviamente que por la tradición, por la eficiencia que poseen los Tribunales Aéreos, se ha mantenido el juzgamiento de civiles por parte de Tribunales Militares. La pregunta es si en definitiva el juzgamiento de civiles en materia aeronáutica afecta o no a las misiones de las Fuerzas Armadas, esto es, de ser esenciales para la defensa nacional y relacionada con la seguridad nacional.

En cuanto a la Ley sobre Movilización Nacional y a la Ley de Seguridad Interior del Estado, la verdad es que hay muy pocos tipos que se refieren e inciden en el ámbito de la Justicia Militar, pero con algún estudio más exhaustivo podríamos llegar a la conclusión de trasladar algunos tipos penales de la legislación castrense a la legislación ordinaria, a objeto de que la Justicia Militar solamente conociera lo que se refiere a militares.

A mí me parece evidente que la Justicia Militar debe conocer de los delitos militares y de los delitos impropiaamente militares. El tema es con respecto a los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o en recintos militares. Por eso creo que debemos acotar las definiciones, el contenido de las de recinto militar y de acto de servicio.

En una primera aproximación al tema digo evidentemente que el bien jurídico tutelado aquí no existe, es decir, un hurto, un robo común, no se ve por dónde pueda afectar la seguridad nacional o la Defensa Nacional, o sea, jurídicamente es evidente que se puede llegar a esa conclusión y obviamente en el ámbito doctrina penal, pero la norma jurídica también tiene que ser real, tiene que ser concreta.

Y mi experiencia como Oficial de Justicia me permitió establecer que el delito común cometido por militares en acto de servicio, sí afecta a la disciplina, esencialmente a la jerarquía, porque cuando hurta un superior a un inferior, a un subordinado o viceversa, se produce dentro de la Unidad Militar una situación de tibieza y atenta contra la disciplina; por tanto, la percepción que se debe tener por nuestro Estado chileno tiene que ser una percepción realista sobre los delitos comunes cometidos por militares en acto de servicio o en recinto militares. Por tanto, postulo que debe mantenerse esta competencia.

En todo caso el tema de los civiles ya es un tema de excepción. Es decir, con las modificaciones y las reformas del año 2005 nos encontramos con que los tipos penales en los cuales puede la Justicia Militar conocer y que implican juzgamiento de civiles son cada vez son menos. En todo caso me parece lógico que en la nueva Ley de Control de Armas mantengamos el artículo 8 de la ley, que habla de los grupos de combate armados o partidas militarmente organizadas o grupos privados. Estimo pertinente que mantengamos el juzgamiento de civiles en esas materias. No es lógico que un civil se traslade con un tanque, con una ametralladora o con un arma prohibida. En definitiva, corresponde a la Justicia Militar conocer de esto y debiera mantenerse esta excepción.

Con respecto al maltrato de obra a Carabineros, mantengo la posición que la misión constitucional de Carabineros es dar eficacia al derecho y mantener el orden interno. Esa misión constitucional que le da la Constitución Política y su Ley Orgánica, me hace pensar que requieren una protección, una coraza jurídica adecuada cuando están cumpliendo esencialmente su misión y manteniendo el orden público en las calles, los bienes nacionales de uso público.

## II BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Si tenemos claridad con que el constituyente del año 1980 y el del año 2005 reiteran las misiones que le corresponden a las Fuerzas Armadas y Carabineros, me parece que esa misión que el constituyente asigna a los cuerpos armados, hace necesaria la existencia de un ordenamiento jurídico castrense y administrativo. Por eso ese mandato constitucional requiere de un sistema jurídico penal específico que identifique y proteja los bienes jurídicos de carácter especial, básicamente la eficacia de las Fuerzas Armadas y Carabineros para dar cumplimiento a aquel cometido que le establece el constituyente y otro de carácter instrumental, como la jerarquía, la disciplina y la seguridad.

Porque hasta la década del 70 y 80, la doctrina penal en Chile consideraba como bienes jurídicos autónomos la jerarquía, la disciplina y la seguridad y no es así. Con la Constitución de 1980 estos bienes jurídicos protegidos pasan a ser instrumentales, porque si quiero tener un cuerpo armado eficiente, no deliberante, jerarquizado, disciplinado se requiere que esos elementos, esos bienes jurídicos, se encuentren tutelados, protegidos por una legislación especial.

## III EN CUANTO A LO TIPOS PENALES

En su oportunidad realicé un trabajo de investigación en el cual cotejé la Ordenanza General de Carlos III de 1768, la Ordenanza General del Ejército en 1839 y el Código de Justicia Militar del año 1926. En ese trabajo de investigación constaté que los tipos penales son básicamente idénticos o similares; la sedición, etc., se trasladan a través de los siglos, porque la función militar cambiará en la manera o modo de hacerla, pero esencialmente es la misma. Por lo tanto, es evidente que las raíces de la legislación militar chilena están en la española.

Aquí vamos a hacer un cotejo, porque si tenemos claridad en que hay una razón histórica para considerar la legislación española para los efectos de reformar nuestro Código de Justicia Militar, no lo hacemos porque se nos ocurrió en forma indiscriminada. Porque puedo tomar en consideración el Código Norteamericano, el Código Colombiano, el Código Ecuatoriano, pero la verdad es que hay una frase en el sentido que lo bueno se copia y lo malo se deja, y el Código Penal Español en términos generales, tal como sucedió con el Código de Justicia en el año 1926 y la Ordenanza General de 1839, contiene elementos que son factibles de irse adecuando a los tipos penales que requieren hoy en día nuestras Fuerzas Armadas y Carabineros.

Para estos efectos modificamos el Código de Justicia Militar chileno que va a aparecer en rojo y el Código Penal Militar Español en color gris. Más que entrar a analizar punto por punto, quiero que vean las diferencias. Lo importante es que el Código Penal Militar Español tiene una técnica legislativa, moderna ordenada y didáctica.

Si se dan cuenta aquí hago un paralelo, que es bastante árido, pero lo importante es que tengan conocimiento que existe un cotejo entre la legislación chilena y la legislación penal militar española. Lo importante es que el Código Militar Español aborda en forma estructurada, coherente, por unidad de materia los delitos. Delitos contra las leyes y usos de la guerra. Aquí nosotros tenemos un grave problema con respecto al Título Tercero, Libro tercero contra el Derecho Internacional. Nuestro Código de Justicia Militar del año 1926 tiene seis o siete artículos. Obviamente que nuestra legislación está desfasada, es una normativa que debemos implementarla y modernizarla.

Aquí ustedes están viendo delitos contra la nación española, contra la institución, yo hago el análisis, comparo los tipos penales, a objeto que se aprecie que más que crear, tenemos que ordenar.

Todos estamos de acuerdo en la necesidad de reformar integralmente el Código de Justicia Militar y en forma seria tenemos que también adecuar nuestros tipos penales. No los tradicionales, no aquellos que por esencia permanecen durante la trayectoria de un militar y que forman parte del espíritu militar, pero evidentemente que debemos actualizar nuestras figuras penales e incorporar conductas recogidas en Tratados Internacionales y Legislación comparada.

En lo relativo a los delitos contra el derecho internacional, se encuentran los artículos 259 al 264 del Código de Justicia Militar. La verdad que ahí se requiere una batería de artículos nuevos, un grupo de artículos que van a tener que incorporarse para que nuestras Fuerzas Armadas cuando estén en operaciones de mantenimiento de paz, cuando integren fuerzas internacionales, tengan toda una estructura orgánica propia y eso se puede hacer. Para eso tenemos que considerar el Código Penal Militar de España, los Convenios de Ginebra, los Protocolos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, especialmente los artículos quinto a octavo.

*Delitos contra la seguridad interior del Estado.* Debemos adecuar algunos delitos como el de abandono de residencia, destino, maltratar a Carabineros.

Con respecto al delito de incumplimiento de deberes militares, el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, señala que será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados, el que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares.

El tema del delito de incumplimiento de deberes militares hay que abordarlo en dos ámbitos. Primero en el ámbito constitucional y después en el de la técnica legislativa, porque son dos cosas distintas. Básicamente puedo decir que este tipo penal es una ley penal en blanco, abierta. Por lo tanto, tengo que modificar la ley, pero otra cosa es decir si este artículo es inconstitucional o no. Entonces tengo que trasladarme a la norma del artículo 19 número tres inciso final de la Constitución y determinar si en la historia del constituyente del 80 se analizó el tema de la ley, y la verdad es que en la Comisión Constituyente se señaló que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente escrita en ella, pero la expresión "completa" se eliminó en definitiva en el texto de la Constitución del año 80.

Por lo tanto, la pregunta es, ¿es inconstitucional el artículo 299, número tres? A mi juicio no, porque el ordenamiento jurídico constitucional permite leyes de esta naturaleza, siempre y cuando se cumplan a lo menos dos o tres requisitos. El primero, a mi juicio, es que algo tiene que decir la norma penal y dice dejar de cumplir sus deberes militares y aquellos son importantes porque los deberes militares los tengo que conectar a la disciplina y la jerarquía que son elementos fundamentales de las características de las Fuerzas Armadas, que se consagran en la norma constitucional, en el artículo 101. Y por lo tanto los deberes militares que un Oficial debe cumplir comienzan del momento que ingresa a la Escuela Militar y los mantiene durante toda su carrera funcionaria. La noción del deber militar está permanentemente incorporada en la cultura militar, a través de la Orden de Comando, Resoluciones. Se encuentran en forma permanente, en cada unidad se está hablando de deberes militares.

Lo importante es el Juez. Es el Juez el que debe determinar qué incumplimiento de deberes militares es o no un delito. La Corte Marcial en el año 92 abordó este tema. Señaló que en estos casos va a ser el Juez el que tiene que determinar si ese deber militar es relevante o no. Por lo tanto, pienso que la norma no es inconstitucional. Lo que sí puedo decir es que desde el punto de vista de técnica legislativa, se encuentra en una situación de deficiencia que debe ser reforzado.