

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2021

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2021.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

**LAS FUERZAS ARMADAS Y EL CONTROL DE ORDEN PÚBLICO. EL
ESTADO DE NECESIDAD POLICIAL Y EL CASO CATRILLANCA**

**THE ARMED FORCES AND THE CONTROL OF PUBLIC ORDER. THE
STATE OF POLICE NEED AND THE CATRILLANCA CASE**

Alexander Espinoza Rausseo^{1*}
Jhenny Rivas Alberti^{}**

Data da Submissão: 21/07/2020

Data da Aprovação: 05/09/2021

RESUMEN: En el presente estudio nos proponemos determinar, si es admisible constitucionalmente la intervención de las fuerzas armadas en el control del orden público en situaciones de normalidad, a la luz de varios casos planteados en el derecho alemán y en Chile.

PALABRAS CLAVE: intervención de las Fuerzas Armadas.

SUMMARY: In the present study we propose to determine, if it is constitutionally admissible the intervention of the armed forces in the control of public order, in normal situations, in the light of several cases raised in German law and in Chile.

KEYWORDS: Armed Forces, Fundamental Rights.

INTRODUCCIÓN

En el presente estudio nos proponemos determinar, sí y en qué medida es admisible constitucionalmente la intervención de las fuerzas armadas en el control del orden público. Analizaremos el criterio sostenido por la Corte Suprema, en el sentido que, en situaciones de normalidad, el Presidente de la República no tiene competencia para ordenar el despliegue de las Fuerzas Armadas con el objeto de resguardar el orden público, sino que tal facultad sólo puede ser ejercida en el marco de un estado de excepción constitucional. También deben ser tomados en consideración los reparos realizados por la Corte IDH, en el sentido de la falta de idoneidad de

* Doctor iuris Universität Passau, Alemania. Docente de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. Dirección postal: Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Facultad de Derecho. Piso 5. 5 Poniente 1670, Talca, Chile. Dirección electrónica: alexander.espinoza@uautonoma.cl

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Docente de la Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Dirección postal: Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Facultad de Derecho. Piso 5. 5 Poniente 1670, Talca, Chile. Dirección electrónica: jhenny.rivas@uautonoma.cl

las fuerzas armadas para el control del orden público. Especialmente interesante es el papel de los derechos fundamentales como parámetro de control y su influencia en el ámbito de organización del Estado.

LA INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA LEY FUNDAMENTAL

El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha establecido que la intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land* sólo es admisible en base a una habilitación constitucional expresa, como la señalada en el art. 35 aparte 2 frase 1, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones.²

En sentencia del 03 de julio de 2012 el Tribunal Constitucional Federal se pronunció el Pleno en contra de una limitación de los medios militares, especialmente debido a la necesidad de garantizar un “combate eficaz” de la situación de peligro.³ Sin embargo, la mayor apertura del Tribunal en Pleno resulta moderada por una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Si bien el artículo 35 de la Ley Fundamental no impide el uso de armas en una intervención militar, sin embargo, las mismas sólo son admisibles bajo estrictas condiciones. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas sólo pueden intervenir, en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente.⁴ La función de limitación de estas normas constitucionales debe ser preservada, a través de la fidelidad estricta en la interpretación de su texto.⁵

El Tribunal Federal Constitucional ha dejado claro que, la intervención de las Fuerzas Armadas, así como la aplicación de medios militares específicos de defensa sólo son admisibles como *ultima ratio*. La cláusula de necesidad del artículo 35, aparte 3 frase 1, permite inferir la subsidiariedad de la intervención de la Federación, en relación con los Estados federados (*Länder*).⁶

No todo uso de los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas requiere de habilitación constitucional, sino sólo aquellos que constituyen una intervención. Las medidas que se limitan a una función de apoyo técnico no se sujetan a las condiciones del Art. 35 de la Ley Fundamental. En todo caso, la configuración de una situación de intervención no se reduce a la aplicación concreta de una medida de coerción, sino cuando los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas son empleadas en su potencial de amenaza y disuasión.⁷

EL CASO: TORNADOS SOBRE EL CAMPO REDDELICH DEL G8

Recientemente el Tribunal Administrativo Federal de Alemania se pronunció acerca de la intervención de las Fuerzas Armadas en la observación de una manifestación de grandes

² BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 - 2 BvE 7/11, párr. 109.

³ BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 - 2 PBvU 1/11, párr. 31.

⁴ BVerfGE 126, 55/73 - G8-Gipfel Heiligendamm; BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 - 2 PBvU 1/11, párr. 16.

⁵ BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 - 2 PBvU 1/11, párr. 16.

⁶ BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 - 2 PBvU 1/11, párr. 48.

⁷ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 44; BVerfGE 133, 241/269 – Luftsicherheitsgesetz.

dimensiones. Del 6 al 8 de junio de 2007, tuvo lugar en Heiligendamm la reunión cumbre anual de los ocho principales países industrializados (G8). El Ministerio del Interior de Mecklenburg-Vorpommern solicitó al Ministerio Federal de Defensa que realizara sobrevuelos en las inmediaciones del lugar en el marco de una asistencia mutua. Se pretendía tomar fotografías aéreas con cámaras infrarrojas y ópticas para detectar posibles depósitos ocultos en la tierra y detectar cualquier manipulación de carreteras importantes. La Fuerza Armada Federal (Bundeswehr) realizó varios vuelos de reconocimiento en mayo de 2007.

Desde el 29 de mayo de 2007, los opositores a la reunión cumbre en el municipio de Reddelich establecieron un campamento para el alojamiento de hasta 5.000 personas que querían participar en las protestas. El demandante permaneció en el campamento del 1 al 6 de junio de 2007 y participó en eventos y reuniones relacionadas con la cumbre del G8 en Heiligendamm.

El 5 de junio de 2007, un avión de combate tipo Tornado de la *Bundeswehr* voló sobre el campamento alrededor de las 10:30 am debido a las condiciones climáticas a una altitud de aproximadamente 114 m. Durante el sobrevuelo, fueron tomadas fotografías por cámaras conectadas al avión de combate. Posteriormente, el personal de la Bundeswehr seleccionó 19 fotografías aéreas como relevantes para fines policiales y las transmitió a la estación de policía de Rostock para su evaluación. Parte de estas tomas fueron tomas generales y ampliaciones en las que se fotografiaron el campo Reddelich y grupos de personas que allí se encontraban.⁸

EL DESARROLLO DEL CASO

El caso expuesto debe ser analizado bajo los parámetros de los derechos fundamentales posiblemente afectados, tales como el derecho de reunión pública (Art. 8 aparte 1) o el derecho a la autodeterminación de los datos (Art. 2 aparte 1 en concordancia con el Art. 1 aparte 1 Ley Fundamental), de las personas que se encontraban en el campamento al momento del sobrevuelo y de las tomas fotográficas realizadas. Tales argumentos pueden en todo caso justificar la posibilidad de una intervención fáctica y no directa en los derechos fundamentales.⁹

Si bien no se trataba de una afectación “clásica” o directa en la libertad de reunión, sin embargo, la afectación puede producirse cuando la actuación del Estado produce un efecto de intimidación o disuasivo, o cuando es idóneo para influenciar la libre formación de la voluntad y

⁸ Ver en: https://www.youtube.com/watch?v=HHckcoM9_G8.

⁹ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 13

de la libertad de decisión de los intervinientes en la reunión.¹⁰

En criterio de Tribunal el efecto sobre la formación de la voluntad de los potenciales participantes en la reunión podía producirse a pesar de la corta duración de la medida, de forma tan intensiva, que diera lugar a un efecto de intimidación o de disuasión. Especialmente cuando el estímulo visual o acústico es percibido de forma sorpresiva puede ser tomado como potencialmente amenazante y puede conducir a efectos secundarios duraderos.¹¹

En criterio del Tribunal Federal Administrativo, los vuelos de reconocimiento de los aviones de combate de tornados en la región alrededor del lugar de la cumbre del G8 en Heiligendamm y la producción de fotografías aéreas por las Fuerzas Armadas alemanas debían calificarse como un mero apoyo para la autoridad policial estatal competente, que no se encuentra sujeto a los requisitos del Art. 87a (2) de la Ley Fundamental.¹² Tales vuelos de reconocimiento solo tenían por objeto aclarar la situación y no la defensa contra un peligro específico. Su finalidad era la de detectar posibles depósitos ocultos en la tierra y cualquier manipulación de carreteras importantes, lo cual constituye una medida de investigación de un peligro en previsión de un peligro concreto.¹³

Sin embargo, el Tribunal Federal Administrativo estimó que el tribunal de la causa no había aclarado suficientemente la situación fáctica, como para realizar un análisis de la proporcionalidad de la intervención en el derecho de reunión. Era necesario determinar la situación de riesgo real y las opciones resultantes para la acción de la policía. Debía determinarse si el Departamento de Policía estaba al tanto de actividades de grupos de personas en Campamento Reddelich destinadas a cometer más incidentes violentos. En ese sentido, los hechos deben ser informados y apreciados por el tribunal de hecho. Además, debe aclararse si, desde una perspectiva ex ante, la autoridad podía considerar necesaria la evaluación de fotografías aéreas actualizadas del campamento, y si podía haber previsto que la utilidad de las imágenes desde una altitud mayor hubiera sido afectada debido a las condiciones climáticas.

Sobre la base de estos hallazgos, el tribunal de hecho finalmente debe evaluar si la gravedad de la afectación de los derechos fundamentales fue proporcional al peso de los objetivos perseguidos.¹⁴

¹⁰ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 31

¹¹ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 38

¹² BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 46

¹³ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 46

¹⁴ BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, párr. 49

EL ESTADO DE NECESIDAD POLICIAL

La eliminación del peligro para la seguridad pública y el orden puede ser realizada por el órgano competente con sus propios medios, o con afectación del responsable del peligro. En principio, no se admite la afectación de un tercero no responsable. Sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé situaciones excepcionales, en las cuales el peligro no puede ser repelido con los medios del órgano competente, ni de los responsables, pero sí sacrificando el interés de un tercero.¹⁵

De acuerdo con las normas estatales, para la emisión de medidas en contra de un tercero no responsable de la situación de peligro, es preciso (1) la existencia de un peligro grave que debe ser repelido; (2) que las medidas en contra del responsable no sean posibles, oportunas o capaces de alcanzar el fin perseguido; (3) que el órgano competente no sea capaz de repeler oportunamente el peligro, por sí mismo o con el auxilio de un contratista y, (4) que no suponga un peligro o afectación de bienes jurídicos de elevado valor del tercero no responsable. El mantenimiento de las medidas de necesidad sólo es admisible, en la medida en que el peligro no pueda ser repelido de otra forma.¹⁶

Para justificar una medida, en base al estado de necesidad policial resulta preciso que el órgano administrativo establezca con suficiente certeza que no se encuentra en capacidad de brindar protección a la reunión, debido al cumplimiento de otras tareas de mayor rango y, a pesar del esfuerzo en obtener apoyo de fuerzas policiales externas. Un pronóstico superficial no es suficiente a tales efectos, sino que el órgano asume el deber de motivación y la carga probatoria.¹⁷

CASO: “EL DÍA DE LOS PATRIOTAS”

El órgano administrativo prohibió la realización de una manifestación en Hamburg con el lema “el día de los patriotas”. Además de los peligros derivados de los participantes en la manifestación, para la seguridad pública, la medida se fundamenta en los peligros para la vida e integridad física de manifestantes, funcionarios de policía y terceros no participantes, debido a los esperados encuentros violentos con contra-manifestantes de orientación de izquierda, los cuales no podrían ser impedidos por las fuerzas policiales disponibles

¹⁵ SCHOCH (2005), párr. 237

¹⁶ SCHOCH (2005), párr. 240

¹⁷ BVerfG Beschluss vom 11. September 2015 - 1 BvR 2211/15, párr. 3

El órgano competente expuso como fundamento de la prohibición que, para combatir los peligros durante la manifestación, así como antes y después de la misma, serían precisos por lo menos 9 Divisiones de Comando (aprox. 135 funcionarios), 46 batallones (aprox. 5.000 funcionarios), así como 10 equipos de lanza-agua (aprox. 150 funcionarios). En caso de una reunión estacionaria, se reduciría el número en 7 batallones. Dicho organismo dispone de 3 Divisiones de Comando, 9 batallones y 10 equipos de lanza-agua. Luego de haber requerido apoyo a otros Estados y a la Federación, aún quedaba un déficit de aprox. 2.500 funcionarios.¹⁸

En la sentencia del Tribunal Superior quedó establecido que existían elementos suficientes para presumir, con un nivel de seguridad que raya con la certeza, que si hubiera tenido lugar la manifestación, incluso en una ruta distinta o simplemente una concentración estática, se hubieran producido en todo caso disturbios graves, en la confrontación de los participantes con disposición a la violencia, frente a los opositores violentos del ámbito de izquierda. Tal presunción deriva de llamados expresos en internet, a agredir la marcha nazi, “darles en la jeta a los Nazis!” e impedir la marcha a toda costa.¹⁹

En la sentencia dictada en el caso El día de los patriotas, el Tribunal Superior consideró dudosas las estimaciones policiales, aún cuando no pudo establecer un resultado definitivo, por motivos de tiempo, en la decisión cautelar dictada el día antes de la manifestación. De los *mails* presentados por el órgano de policía para demostrar que agotó las diligencias para obtener apoyo de otros cuerpos policiales de la Federación y los *Länder*, observó el tribunal que no quedaba claro si el órgano policial había realizado efectivamente un requerimiento urgente, frente al cual los demás organismos hubieran estado obligados a colaborar, o si por el contrario se había tratado sólo de una petición de información previa no vinculante. Tampoco quedaban claro, los motivos por los cuales los órganos de la Federación y de los *Länder* no estaban en condiciones de ofrecer apoyo o sólo en una reducida medida. Sería preciso establecer cuáles peligros concretos para la seguridad pública de los respectivos Länder, de mayor jerarquía que el derecho de reunión, habrían justificado que no tuvieran mayor disposición a colaborar. El ejercicio del derecho de reunión no puede depender de que los órganos de policía tengan o no la voluntad de cumplir su deber de colaborar.²⁰

LA INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE

¹⁸ VG Hamburg, 09.09.2015 - 15 E 4931/15; OVG Hamburg, 11.09.2015 - 4 Bs 192/15; BVerfG, 11.09.2015 - 1 BvR 2211/15

¹⁹ Hamburgisches OVG · Beschluss vom 11. September 2015 · Az. 4 Bs 192/15, párr. 35 ysig.

²⁰ Hamburgisches OVG · Beschluss vom 11. September 2015 · Az. 4 Bs 192/15, párr. 35 ysig.

La Corte Suprema ha señalado que, en tiempos de normalidad constitucional, la participación de la autoridad militar se encuentra limitada a la ejecución de las actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinada a la misma, sin que pueda en caso alguno bajo el amparo de ese texto legal velar por el orden público, función que naturalmente puede importar la afectación del ejercicio de los derechos constitucionales. Distinta sería la situación, en criterio de la Corte, durante un régimen de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el cual la autoridad civil se subordina a la autoridad militar del J. de Defensa Nacional que debe nombrar el Presidente de la República.²¹

Recientemente, la Contraloría General de la República reiteró que, la colaboración de las Fuerzas Armadas con las autoridades e instituciones competentes para actuar en relación a actividades que se vinculen al narcotráfico y crimen organizado transnacional, 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.²²

Tales parámetros resultan conformes al estándar del sistema interamericano. La Corte IDH ha realizado el control de los argumentos empleados por el Gobierno de Ecuador para ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. Los hechos del mencionado caso se enmarcaron en un contexto en el cual algunas de las principales ciudades del Ecuador se vieron afectadas por graves hechos de delincuencia, lo cual un clima de inseguridad y conmoción interna. La Corte estimó absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Tal como ha señalado ese Tribunal, “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas.²³

²¹ Campos con Fisco de Chile (2013), 9°.

²² CGR N° 20.743 Fecha: 06-VIII-2019

²³ Corte IDH Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 51.

EL CASO: CAMILO CATRILLANCA

De acuerdo con información recibida por la CIDH, el 14 de noviembre de 2018 un comando del Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE), llevó a cabo un operativo policial en la comunidad indígena mapuche de Temukuikui, en la región de la Araucanía. De acuerdo con información anunciada por el Ministerio de Interior, el operativo policial en la comunidad se inició tras haber sido denunciado el robo de tres vehículos en la zona.²⁴

Una persona sin identificación habría denunciado la sustracción de tres vehículos pertenecientes a docentes de una escuela rural de la comunidad Ancapi Ñancuqueo de Ercilla. Estos automóviles habrían sido sustraídos utilizando armas de fuego, armas cortantes y elementos contundentes. Estos vehículos serían un Chevrolet gris, un Nissan color plata y un Great Wall color plata.²⁵

En el momento de la intervención del operativo policial en la comunidad Temukuikui, Camilo Catrillanca, comunero mapuche de 24 años, quien conducía un tractor junto con el adolescente de iniciales M.C.P., recibió un disparo en la parte baja de la cabeza, por la espalda. Camilo Catrillanca fue trasladado a un centro asistencial de la localidad de Ercilla, donde falleció mientras recibía atención médica. Asimismo, en el marco del operativo, fue detenido el adolescente M.C.P.²⁶

Para abordar el caso, haremos referencia al carácter del Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE) que intervino en la operación antes descrita. En caso de que pueda atribuirse a este grupo un carácter militar, sería necesario determinar si su intervención se encontraba justificada desde el punto de vista del supuesto fáctico, el cual debe consistir en una perturbación del orden público; el supuesto valorativo en cuanto la perturbación debe ser grave y debe atentar de manera inminente contra el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado (art. 39 CP) y un supuesto de insuficiencia de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía.

EL GRUPO DE OPERACIONES POLICIALES ESPECIALES (GOPE)

²⁴ CIDH expresa su preocupación por los hechos de violencia ocurridos en la Comunidad Indígena de Temukuikui en Chile.

²⁵ Corte de Apelaciones de Temuco Causa n° 166/2018 (Amparo). Resolución n° 15, de 4 de Diciembre de 2018

²⁶ CIDH expresa su preocupación por los hechos de violencia ocurridos en la Comunidad Indígena de Temukuikui en Chile.

El artículo 101 de la Constitución Política enfatiza la necesidad de la separación de funciones entre las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Las Fuerzas Armadas dependen del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, mientras que las Fuerzas de Orden y Seguridad dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública. La mencionada separación orgánica fue establecida en la reforma constitucional de 2005. En el Texto original de 1980, la Constitución Política disponía en su art. 90 la dependencia de ambas fuerzas del Ministerio encargado de la Defensa Nacional y establecía la integración de Carabineros con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República.

De tal forma se explica que la vigente Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile mantiene aún su texto original, según el cual, Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar (art. 1),²⁷ el cual se expresa en su estructura jerárquica.²⁸ Ello no sería inherentemente incompatible con la democracia, a menos que esas policías se encuentren subordinadas a las fuerzas armadas, o ejerzan sus funciones con criterios de tipo militar.²⁹

Ahora bien, los elementos que deben ser tomados en consideración, a los efectos de determinar si el Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE) puede ser considerado como una fuerza militar no sólo se refieren a su estructura orgánica o a las funciones que le han sido atribuidas, sino que, desde el punto de vista material, el elemento determinante a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el tipo de entrenamiento.

En nota de prensa del Ministerio del Interior de 28 de junio de 2018 se informa sobre la presentación oficial del Grupo Fuerza Especial de Tarea de Carabineros contra el terrorismo. El nuevo equipo para el combate del terrorismo tendría una dotación de 80 carabineros capacitados de forma especial en Estados Unidos, Colombia y Chile que operarán en las provincias de Arauco, Cautín, Malleco y en la comuna de Alto Biobío.³⁰

De tal forma, parece confirmarse la tesis de la Comisión Interamericana, al calificar al Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE) como una fuerza policial de carácter militar.³¹

LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN

²⁷ Chile. Ministerio de Defensa Nacional. Ley 18961, de 07-03-1990.

²⁸ FRÜHLING (2003), p. 4; Frühling (1999), p. 65; Oviedo (2002), p. 338.

²⁹ FRÜHLING (2001), p. 6

³⁰ Chile. Nota de prensa del Ministerio del Interior de 28 de junio de 2018

³¹ CIDH expresa su preocupación por los hechos de violencia ocurridos en la Comunidad Indígena de Temukuikui en Chile.

Una vez establecido el carácter militar del Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE) es necesario determinar si su intervención se encontraba justificada desde el punto de vista del supuesto fáctico, el cual debe consistir en una perturbación del orden público.

En el caso concreto, el operativo policial en la comunidad se habría iniciado tras haber sido denunciado el robo de tres vehículos en la zona.³² Una persona sin identificación habría denunciado la sustracción de tres vehículos pertenecientes a docentes de una escuela rural de la comunidad Ancapi Ñancuqueo de Ercilla. Estos automóviles habrían sido sustraídos utilizando armas de fuego, armas cortantes y elementos contundentes. Estos vehículos serían un Chevrolet gris, un Nissan color plata y un Great Wall color plata.³³

Desde el punto de vista *ex ante*, al momento de asumir la intervención del Grupo de Operaciones Policiales Especiales, no existía certeza, ni graves indicios de una perturbación del orden público. Tampoco se trataba de una situación urgente, debido a que la amenaza para la vida de las víctimas ya había cesado y sólo era actual la necesidad de protección del derecho de propiedad. En nuestro criterio, la simple denuncia anónima del robo no es justificación suficiente de la medida empleada.

Dado que la perturbación del orden público, no se basaba en indicios sólidos, resulta claro que tampoco existen elementos que indiquen la existencia de un peligro inminente contra el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, ni que los mismos puedan ser calificados de graves. Tampoco hay elementos que indiquen la insuficiente capacidad de las autoridades ordinarias de policía para investigar el caso, establecer la autoría y lograr la detención de los sospechosos.

CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto que, la intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land* sólo es admisible, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones. De igual forma se ha admitido una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas sólo pueden intervenir, en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente, esto es, cuando resulte necesario para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen

³² CIDH expresa su preocupación por los hechos de violencia ocurridos en la Comunidad Indígena de Temukuikui en Chile.

³³ Corte de Apelaciones de Temuco Causa n° 166/2018 (Amparo). Resolución n° 15, de 4 de Diciembre de 2018.

fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*.

Por su parte, la Constitución Política de Chile dispone la separación orgánica y funcional de las fuerzas armadas y los órganos de control del orden público. Las Fuerzas Armadas no deben velar por el orden público en tiempos de normalidad constitucional, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema.

BIBLIOGRAFÍA

FRÜHLING, H. (1999). La policía en Chile: los nuevos desafíos de una coyuntura compleja. *Perspectivas*, 3(1), 63-90., p. 65

FRÜHLING, H. (2003). *Policía comunitaria y reforma policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?*. Universidad de Chile.
https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/op_01_policiacomunitaria.pdf

FRÜHLING, H. (2001). *La reforma policial y el proceso de democratización en América Latina*. Centro de Estudios para el Desarrollo.
https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/ddhh-segciudadana-violenciaurbana/La_Reforma_Policial_y_el_Proceso_de_Democratizacion_en_ALatina_Hugo_%20Fr%C3%BChling.pdf, p. 6

OVIEDO, E. (2002). Democracia y seguridad ciudadana en Chile. *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*, 331-338., p. 338.
Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht

JURISPRUDENCIA CITADA

BVerfGE 115, 118 - Luftsicherheitsgesetz. Disponible en:
<https://dejure.org/ext/f0204aa2bb4970f530062e265dd042f9> [fecha de consulta: 10 de junio de 2018].

BVerfGE 126, 55 - G8-Gipfel Heiligendamm. Disponible en:
<https://dejure.org/ext/94e85d064d1abdb939992860e5064168> [fecha de consulta: 10 de junio de 2018].

BVerfGE 133, 241- Luftsicherheitsgesetz. Disponible en:
<https://dejure.org/ext/cd71b605538794b9f1c847226cf663fb> [fecha de consulta: 10 de junio de 2018].

CAMPOS HERRERA CON FISCO DE CHILE (2013): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013 (indemnización de perjuicios extracontractuales), rol 4029-2013. Disponible en: www.pjud.cl. Fecha de consulta 25 de julio de 2018.

CGR N° 20.743 Fecha: 06-VIII-2019

Chile. Nota de prensa del Ministerio del Interior de 28 de junio de 2018,
<https://www.interior.gob.cl/noticias/2018/06/28/gobierno-presenta-grupo-fuerza-especial-de-tarea-de-carabineros-contras-el-terrorismo/>

CIDH expresa su preocupación por los hechos de violencia ocurridos en la Comunidad Indígena de Temukuikui en Chile.
<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/249.asp>

Corte de Apelaciones de Temuco Causa n° 166/2018 (Amparo). Resolución n° 15, de 4 de Diciembre de 2018. <https://recursosselectronicos.uaautonoma.cl:2239/#vid/748242121>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Chile. Ministerio de Defensa Nacional. Ley 18961, de 07-03-1990.
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30329&tipoVersion=0>

VG Hamburg, 09.09.2015 - 15 E 4931/15
Hamburgisches OVG · Beschluss vom 11. September 2015 · Az. 4 Bs 192/15
BVerfG Beschluss vom 11. September 2015 - 1 BvR 2211/15
OVG Hamburg, 11.09.2015 - 4 Bs 192/15

BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16. Disponible en:
<https://dejure.org/ext/0e238285f963420ec02e7423b0da4ab6> [fecha de consulta: 10 de junio de 2018].

BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 - 2 PBvU 1/11
BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 - 2 BvE 7/11. Disponible en:
<https://dejure.org/ext/64e14d415d524f940170cd62bc6dafc4> [fecha de consulta: 10 de junio de 2018].