

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

Competencia de la Justicia Militar, un análisis crítico, a la luz de la historia

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Patrocinante: Sra. Ada Gajardo Pérez.

Claudio Andrés Chacano Montiel

Valdivia Chile 2004

Contenido

Informe de Memoria de Prueba . .	1
INTRODUCCION .	3
CAPITULO I . .	5
Breve análisis Constitucional de Las Fuerzas Armadas . .	5
Características de las Fuerzas Armadas .	6
Antecedentes históricos del establecimiento de la Creación de los Tribunales Militares .	7
CAPITULO II .	13
De la Competencia de Los Tribunales Militares . .	13
Nociones Generales .	13
Jurisdicción y Competencia .	14
Análisis detallado de las más significativas normas que otorgan Competencia a los tribunales Militares, en razón de materia .	15
En la búsqueda del concepto de delito Militar . .	17
Delitos en los cuales Ejerce Competencia la Justicia Militar fuera del ámbito del Código del Ramo . .	20
En la Ley de seguridad interior del Estado, ley N° 12.927 . .	20
Decreto Ley 2306 de 1978 sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas . .	21
Ley 18.953 de marzo que dicta Normas sobre la Movilización . .	22
Delitos del Código Aeronáutico . .	23
Delitos contemplados, en la ley sobre Control de Armas . .	24
Ley 18.356 que establece Normas sobre el control de las Artes marciales y deroga la ley 18.039 . .	26
Decreto ley N° 3.607 de 1981 sobre el funcionamiento de los Vigilantes Privados .	27
Otros elementos que determinan la competencia de la Justicia Militar .	28
En razón de las Personas . .	28
CAPITULO III . .	33
Estado de Derecho, Justicia Militar y reforma Procesal Penal . .	33

Aplicación de los Principios que Informan al Nuevo Sistema procesal Penal a todo el Ordenamiento Procesal penal incluido los procedimientos especiales .	39
Posible Incompetencia de la Justicia Militar para conocer delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de Civiles .	42
Normas que permiten argumentar en contrario, es decir, que están por mantener la Competencia de los tribunales Militares .	44
Una Mirada al derecho Comparado . .	45
Países que excluyen la posibilidad de Juzgar civiles, pero que mantienen el régimen de Jurisdicción a las Autoridades Militares . .	46
Países que mantienen la posibilidad de Juzgar civiles por tribunales Militares o de Juzgar civiles por delitos Comunes .	47
Países que han suprimido la jurisdicción penal militar en tiempo de paz .	47
Propuestas de cambio a la justicia militar .	49
Conclusiones . .	50
BIBLIOGRAFIA .	55

Informe de Memoria de Prueba

SEÑOR PROFESOR

DOCTOR JUAN COFRE LAGOS

DIRECTOR INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTE.

De mi consideración:

En mi calidad de Profesora Patrocinante de esta memoria de prueba desarrollada por el alumno Claudio Andrés Chacano Montiel.

El tema de la memoria es de suyo interesante, la Justicia Militar.

El trabajo desarrolla la evolución histórica de la justicia militar y de su competencia. El alumno hace una exposición amena, bien documentada y crítica sobre el tema que permite una lectura fácil.

La continua cita de textos y autores que se hace a través de la memoria produce certeza de que el tema está tratado con seriedad y convicción.

Las conclusiones constituyen una buena síntesis de la obra y una propuesta de aplicabilidad de los principios del nuevo proceso penal a la justicia militar.

La dedicación y el logro del trabajo debe ser calificado con nota siete (7).



ADA GAJARDO PÉREZ

INTRODUCCION

“La condición militar tiene su fundamento en la exigencia de defender los bienes espirituales y materiales de la comunidad nacional de la Patria. Esta defensa, garante del bien común de un pueblo, es el presupuesto de la paz y de la concordia entre las naciones” (Juan Pablo II)

Los seres humanos se agruparon primero en familias, luego en tribus, a continuación en poblados y, en la actualidad, se encuentran organizados en naciones o países. Su convivencia, desde los tiempos más lejanos, se muestra como fuente de conflictos, ya sea entre los miembros de una misma familia, entre los habitantes de un mismo país, y también en las relaciones internacionales. Ya en la Revolución Francesa, en la “Declaración de Los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789, prescribía en su Art. 12 , que : “ la garantía de los derechos, del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública, esta fuerza es constituida para el beneficio de todos y no para el beneficio particular de aquellos a quienes esta confiada”.

La presente investigación tiene por objeto el estudio de la Jurisdicción militar en Chile, en tiempos de paz , comenzando por un análisis histórico de esta competencia , para, de a poco ir adentrándonos en la necesidad, por una parte, de que ésta sea llevada a cabo por los mismos integrantes de los institutos armados , así como también el hecho de que se mantenga la posibilidad de juzgar a civiles en determinados supuestos. Esto, contrastado con la puesta en marcha en la mayoría del país de la Reforma Procesal Penal, para salvar la abismante diferencia que significa la puesta en marcha de este novedoso procedimiento es que trataremos de encontrar alguna aplicación de los

principios que ahí se consagran a este otro sistema, que fue concebido en una época diferente, para juzgar situaciones muy disímiles a las que hoy en día deberán conocer.

Ello lo descubriremos con mayor claridad al analizar, brevemente, los tipos penales que otorgan competencia a estos tribunales especiales; tipos penales materializados en leyes dictadas en tiempos que eran de anormalidad constitucional, las que se han mantenido en el tiempo sin vislumbrarse ánimo de reforma. Tal situación constituye una grave negligencia, que pone al Estado de Chile, en una flagrante violación de los Tratados Internacionales que ha suscrito y ratificado frente a la comunidad internacional, la que mira impávida como este país no se pone al día en sus compromisos válidamente suscritos; lo que podría acarrear incluso responsabilidad internacional.

Esta investigación, solo pretende ser un modesto grano de arena frente a nuestro ordenamiento jurídico, que entendemos como un cuerpo vivo que debe ir adecuándose a los tiempos y cambios sociales, los cuales exigen una adecuación, en el más breve plazo. Además debe tenerse presente, el gran avance que significa la Reforma Procesal Penal que ya se encuentra operativa en la mayor parte del país, frente a una justicia militar anquilosada aún en el siglo veinte, todavía con un procedimiento que en algunos supuestos, de racional y de justo nada tiene según gran parte de la doctrina.

CAPITULO I

Breve análisis Constitucional de Las Fuerzas Armadas

Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, Armada y Fuerza Aérea; existen para la defensa de la Patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República ¹. Las Fuerzas Armadas dependen administrativamente del Ministerio de Defensa. Respecto de Carabineros, consta en las actas de la Comisión Ortúzar, que se prefirió al Ministerio de Defensa y no al Ministerio del Interior. Se intenta así que las fuerzas policiales no se utilicen con fines políticos y se evita también la politización de la Fuerza Pública. El Ministerio del Interior se encarga de la seguridad interior, de la imagen del gobierno, de la relación con los partidos políticos y de la función política. Si las fuerzas policiales dependieran de este ministerio podrían ser instrumentalizadas por el gobierno de turno para fines político- partidistas, tal como habría ocurrido bajo el gobierno de la Unidad Popular ² cuando se reprimieron desórdenes de personas contrarias al gobierno. Así, se prefirió un ministerio técnico como el de defensa. Ha habido intentos para modificar esta situación, pero sin resultado.

¹ Art. 90 Inc. 2 Constitución Política de la Republica de Chile

La Constitución ha establecido las funciones que corresponderán a la Fuerzas Armadas; en dicho cuerpo normativo se establecen las siguientes:

1.- *Defensa de la Patria*: El Art. 90 Inc.2º alude a la defensa en el campo bélico, pues se parte de la base que “todos los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la Patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena”³.

2.- *Velar por el resguardo o preservación de la seguridad nacional* (Art. 1 inciso final y 90). Esto corresponde a la Función política. La seguridad nacional no sólo incumbe a las Fuerzas Armadas sino a todos los órganos del Estado y a todos los Chilenos (Art. inciso final y 22 inciso 2º). El Art. 90 otorga a las Fuerzas Armadas un rol protagónico en la defensa nacional, ya que son “esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República”⁴.

3.- Garantizar el orden institucional de la República, lo que también es parte de su función política. En las actas de la “Comisión de Estudio de la Nueva Constitución” consta, que las Fuerzas Armadas son el pilar institucional fundamental del ordenamiento constitucional. A través del Consejo de Seguridad Nacional las Fuerzas Armadas encuentran el cauce político constitucional que les permite poner sus inquietudes en relación con el sistema institucional. Pero más real es la vía fáctica, la sensación de dominio y de poder, ascendiente que proyectan en razón de su enorme potencialidad bélica.

Características de las Fuerzas Armadas

Son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

1.- *Obedientes*: significa que están sometidas al orden institucional de la República, el que además, deben garantizar, considerando que por otro lado se encuentra la obediencia jerárquica, que se deriva de la estructura piramidal bajo la cual históricamente han estado insertas. Acatando las resoluciones de la autoridad civil, que en su oportunidad le fuesen impuestas. Se dejó constancia en la Comisión Ortúzar que esta obediencia es sólo en cuanto la autoridad se ajuste a la Constitución y las leyes, ya que

² En efecto en la sesión N° 59 de la Actas oficiales de la Nueva Constitución el Sr. Comisionado don Jaime Guzmán advierte, que la indicación que ha propuesto, establece que las Fuerzas Armadas “se someten en su estructura y acción al ordenamiento jurídico, y ejercen las atribuciones que les encomienda la ley”, porque considera necesario disponer expresamente el espíritu jurídico que ha animado siempre a las Fuerzas Armadas, de manera de evitar que se repita la situación que se produjo durante el Gobierno anterior, en orden a que la obediencia que ellas deben prestar, no es solo al presidente de la república, ni a los demás poderes del Estado, sino que debe estar referido al ordenamiento Jurídico de la nación

³ Art. 22 Inc. 2 Constitución política de la Republica de Chile.

⁴ Constitución Política Art. 90 Inc 2.

como parte de la administración pública, esa obediencia es reflexiva, “lo que significa que el subalterno tiene la facultad de discernir, pudiendo representar al superior la ilegalidad y deberes de cada institución, en todo lo que diga relación con su función específica⁵”

2.- *No deliberantes*: Las Fuerzas Armadas y las fuerzas de la Defensa Nacional, como cuerpo, no pueden debatir o discutir acerca de la conveniencia o inconveniencia de la orden de la autoridad civil. Sin embargo como se dejó constancia en las actas de la Comisión Ortúzar, no se trata de una no deliberancia absoluta. Esta no debe estar señalada con algún ámbito que se encuentra fuera de sus funciones, esto ocurre cuando realizan sus funciones en el Consejo de Seguridad Nacional.

3.- *Profesionales*: En cuanto, se traduce en una carrera, para los que a ella se dedican, según el régimen establecido para el ingreso, formación, ascenso y eliminación⁶”. Se hallan entonces dedicados permanentemente al perfeccionamiento de sus funciones propias. Por esto es que se les prohíbe afiliarse a los partidos políticos, ya que esto se considera contrario a sus labores de profesionalización.

4.- *Jerarquizadas*: Esto dice relación con la estructura orgánica de cada institución. Establecidas en función de la relación jerárquica para garantizar la verticalidad del mando y asegurar la máxima eficacia en el cumplimiento de los deberes, que les ha asignado la Constitución y las leyes vigentes.

5.- *Disciplinadas*: Sometidas a un estatuto que de modo riguroso regula derechos, deberes y prohibiciones. Cuando integrantes de Fuerzas Armadas cometen un acto reñido con la disciplina están expuestos a una investigación sumaria administrativa, y para defenderse no requieren necesariamente de un letrado o abogado, ya que pueden recurrir a un oficial de igual o mayor jerarquía (Art. 19 n° 3 inciso 2°).

Además, tienen el monopolio de la tenencia de las armas a fin de garantizar la seguridad de la población y de facilitar el desempeño de labores. La Constitución, a contrario sensu, establece al mismo tiempo la prohibición de poseer o tener y usar armas u otros elementos similares que señale una ley de quórum calificado, a cualquier persona. Las armas prohibidas serán calificadas por Ley Orgánica Constitucional, la que establece que el control y uso de armas le corresponderá al Ministerio de Defensa o a un organismo que dependa de él, misión que se le asigna a la Dirección General de Reclutamiento y Movilización Nacional. Sin embargo este organismo se reserva el control dirigido sólo hacia aspectos relevantes: importación, fabricación y comercialización delegando en las guarniciones militares, la responsabilidad de autorizar la tenencia o uso de armas permitidas para uso de los particulares.

Antecedentes históricos del establecimiento de la

⁵ Verdugo Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto. *Derecho constitucional*, 2Ts, editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994, p.254.

⁶ Silva Bascuñan, Alejandro. *Derecho Político, ensayo de una síntesis*. 2° edición Editorial jurídica de Chile 1984, Pág. 151.

Creación de los Tribunales Militares

En la antigüedad : En las comunidades más primitivas era el jefe quien ejercía las funciones jurisdiccionales, además, tenía para sí el mando militar; su ejército estaba constituido principalmente por el conjunto de la tribu armada. Existen antecedentes históricos para concluir que en ciertos pueblos que podríamos llamar civilizados, como la India, Lacedemonia, Atenas, Persia, Macedonia, Cartago, se conocía la existencia de ciertos delitos militares, y se aceptaba, a veces, su juzgamiento por los propios militares, especialmente en tiempos de guerra.

Es en Roma , donde la jurisdicción militar adquiere vida propia y asume calidad de institución de derecho en los tiempos en que el ejército romano llegó a ser tal, es decir, un moderno ejército con capacidad tanto combativa como disuasiva. Durante el gobierno de Augusto, la jurisdicción militar fue permanente; aquí ya podemos hablar, con plena seguridad, de un derecho militar, similar a lo que hoy conocemos como fuero militar. Durante la República existió el Tribuno Militar, quien era un oficial asignado para el mando de las legiones, que en los casos de indisciplina, reunía un consejo y juzgaba a los infractores. Prueba de ello lo encontramos en las siguientes penas aplicables a los soldados romanos:

“Según eran los delitos militares, así se castigaban con penas más o menos graves.

Las penas menos graves eran alguna mortificación, hacerle algún descuento, o privarle de alguna cosa: 1.º Privación de todo el pre, o solo de parte (stipendio privari), Tit. Liv. XL. 41, cuya pena se imponía a los soldados que se ausentaban a menudo (infrecuentes), Plaut. Truc. II. I. 19. A los soldados castigados de este modo los llamaban oere diruti, Festo. Cicerón usa de esta expresión en chanza para dar a entender un caudal perdido al juego, Verr. V. I3, o la quiebra hecha por otras causas, Plin. XIII. 12. 2.º Privarle de su lanza (censio hastaria), Festo. 3. Echarle de su tienda (locum in quo tenderet mutare), Tit. Liv. X. 4, o a cierta distancia de los cuarteles de invierno, Tit. Liv. XXVI. 1. Val. Max. II. 7. 15. 4.º Obligarle a comer en pie (cibum stantes capere), Tit. Liv. XXIV. 16. 5.º Estar de planton delante del pretorio con un uniforme raído, Suet. Aug. 24. – val. Max. II. 7. o, i si el sugeto era centurión (discinti) , Tit. Liv. XXVII. 13. i hacerle que de este modo trabajase la tierra, Plut. In Lucull. 6.º darle pan de cebada en vez de pan de trigo(ordeo paci), Tit. Liv. Ib. Suet. Aug. 24. 7.º Degradarle (gradus dejectio), esto es, hacerle pasar a otro cuerpo inferior, o haciéndole que prestase un servicio a otro cuerpo inferior, o haciéndole que prestase un servicio menos honroso(militoe mutatio), Val. Max. Ibíd. 8.º Echarle del campo (a castris segregari), i emplearle en varias clases de trabajo, Vegec. III. 4; imponerle cierta clase de trabajo (numerus indictio); darle su licencia, pero ignominiosa (ignominiose mitti), Hirt de bell. Afr. 54, vel exhaustoratio, Pl. Ep. VI. 31. Aulo Gelio dice que se imponía una pena que era muy particular, la sangría (sanguinem mittendi), X, 8. A veces condenaban a una legión entera a perder su nombre, lo que sucedió a la legión Augusta, Dion. LIV. II.

Las penas mas graves eran: 1.º las baquetas (virgis caedi) dadas con varas o con sarmientos (vite), Val. Max. II.7. 4. – Juven. VIII. 247, a cuya pena añadía algunas veces el que el reo después de baqueteado fuese vendido como esclavo, Tit. Liv. Ep. 55. 2º

baquetas de muerte, a las que llamaban paliza (*fustuarium*). Tit. Liv V. 6.- Cic. Phil. III. 6.- Polib. VI. 7, cuya pena se imponía al ladrón, al desertor, al perjuró &c. Para ejecutar esta pena el tribuno comenzaba dando suavemente con una varita al reo, lo que servía de señal para que todos los soldados de la legión se echasen sobre él dándole varazos o palos hasta dejarlo muerto en el puesto, que era lo regular; pero si tenía la fortuna de escaparse (porque le era permitido huir), jamás volvía a presentarse en su patria ; porque nadie , ni aun sus parientes , se habrían atrevido a recibirle, Polip. Ib.- .3.º A ser apedreado (*lapidibus cooperiri*) o muerto estando metido debajo de las zarzas (*sub. crati necari*) Tit. Liv 1. 51. IV. 50.- 4.º A ser decapitados (*securi percuti*), Tit. Liv II. 59. XXVIII. 43, i a que se les dejase insepultos, val. Max. II. 7. 15.- 5.º A ser muertos a estocadas, Tácito. An. I. 44. los reos militares en los tiempos de los Emperadores se echaban a las fieras algunas veces, i otras los quemaban vivos &c

El consejo que formaban los tribunos legionarios, o los prefectos de los aliados, imponían las penas, i el General también condenaba algunas veces a los reos, i entonces no tenían apelación, Polib. VI. 7.

Si un cierto numero de individuos habían cometido el mismo delito, como sucedía en una sedición, se diezmaban, i se aplicaba la pena al que había tocado la suerte (*decimatio*) Tit. Liv. II. 59. – Cic. Cluenc. 46.- *suet. Aug. 24.- galb. 12.- tacit. Hist. I. 37. – plutarc. In cass. – Dio. XLI. 35. XLVIII. 42. XLIX. 27. i 38*, o se entresacaban los mas delincuentes i se les imponía la pena, Tit. XXVIII. 29. Algunas veces en vez de castigar de cada diez uno, se sacaba uno de cada veinte (*vicesimatio*), o uno de cada ciento (*Centesimatio*), capitolin in Macrin. 12⁷ .”..

Hitos importantes en la historia del Imperio lo constituye el reinado de Constantino quien, mediante una Constitución del año 35 D.C., dispuso que si un militar en servicio era demandado, la resolución del litigio correspondía al tribunal del fuero castrense. Por su parte, el Emperador Anastasio ordenó que las legiones en las provincias quedaran sometidas a la jurisdicción de sus jefes militares, pero sólo en cuestiones relativas al estado o profesión militar, adquiriendo los principios de un fuero de carácter real. Justiniano extendió la aplicación de esta norma a toda la Italia⁸ .

En la Edad Media , la jurisdicción militar perdió su índole pública, en razón de que el servicio militar en el régimen feudal tuvo una relación de vasallo a señor. La jurisdicción militar adquiere el carácter de fuero privilegiado a favor de la clase militar que era la dirigente. Posteriormente, aparecieron los ejércitos mercenarios o *condottieros*. Las normas jurídicas, generalmente aceptadas, respecto de estos ejércitos, estaban constituidas por las facultades que se reservaban los *condottieros* para administrar justicia a sus tropas. Pero esta regla no era absoluta, pues a veces el Estado se reservaba el derecho de administrar esa justicia⁹ . Datan de esta época el Fuero Juzgo que contiene una recopilación de las normas dictadas por los Reyes Visigodos de

⁷ Adam, Alejandro *Antigüedades romanas. Vols. III*. Imprenta de Cabrerizo, Valencia, España, 1835. Pág. 172-176

⁸ Idem.

⁹ Isler, Carlos et al, *Justicia Militar*, archivo personal del investigador valdivia 1999.

España, en el libro IX hay asimismo diversas norma militares; Fuero Real (1225); el Especulo (1260); las Siete Partidas (1263) de Alfonso X, que en la Partida II contiene materias castrenses.

En la época Moderna, con la formación posterior de las milicias nacionales, fruto del surgimiento de las concepciones de Monarquía Absoluta y Estado-Nación, en que la idea del poder soberano se une a principios valóricos y a la necesidad de afianzar el poder regio por sobre la nobleza, comienza la creación de una estructura pública más compleja llegando con ello a un perfeccionamiento de las instituciones jurídico-militares, quienes toman para sí la tarea de mantener el orden interno y la seguridad externa del Estado-Nación. La Revolución Francesa, 1789, al reglamentar las relaciones del poder militar con el poder civil, sentó los principios de la moderna jurisdicción militar. Es importante destacar que, precisamente con la Revolución Francesa, vuelve a surgir el servicio militar obligatorio. Este había existió ya en la Antigüedad, tanto en Grecia como en Roma, los ciudadanos estaban obligados a recibir adiestramiento militar y a acudir a la defensa de la Patria en caso de guerra. El servicio militar en Roma llegó a durar 12 años.

En la Edad Media no existió servicio militar obligatorio, dadas las características del régimen feudal, en el que el monopolio de la fuerza lo concentraba la nobleza. Tal vez una excepción fue Inglaterra, país en el cual los barones adiestraron a los siervos en el manejo del arco, constituyendo así las temibles formaciones de arqueros ingleses que habrían de derrotar a la caballería francesa en Crècy, Poitiers y Agincourt, demostrándose con ello ya en aquella época la enorme utilidad de tener ciudadanos adiestrados militarmente.

Como se decía, uno de los escasos logros, sino el único obtenido por la más bien nefasta Revolución Francesa fue reinstaurar el servicio militar obligatorio, reafirmandose así el vínculo ciudadano-nación.

La justicia militar en el período Colonial de América: Bajo el notable dominio de los españoles, en los períodos denominados de Descubrimiento y Colonia, Chile participa de las características de la normativa aplicable al resto de la América, conocida hoy como normas de Derecho Indiano. Las incipientes ciudades se organizan prácticamente con la estructura de un Ejército, ya que la gran mayoría de los Conquistadores eran militares. El vínculo Ejército-Nación se acentuó especialmente en el caso de Chile, respecto de las otras colonias hispanoamericanas: dada la Guerra de Arauco y la pobreza de nuestra tierra, carente de metales preciosos, a Chile en general venían sólo soldados y escasos profesionales. Ello marcó desde el inicio el carácter guerrero de nuestro pueblo, hasta el punto que en 1610 se crea el Ejército de Chile, el primero de América, por el ilustre gobernador Alonso de Ribera, uno de los más grandes gobernantes que ha tenido nuestra Patria.

Al iniciarse el proceso de la Independencia, se encontraban vigentes en nuestro país la Ordenanzas Generales de España para el Ejército y para la Marina de 1768 y 1793, respectivamente, dadas, por Carlos III para “todos los ejércitos de España”, y, a partir de la real orden de 20 de septiembre de 1769, para todas las colonias. El tratado VII de las Ordenanzas Generales estaba destinado a regular tanto la competencia de los órganos judiciales militares como su composición y actuación. El título X se dedicó a tipificar los delitos militares y comunes que serían enjuiciados por tribunales militares. Algunos delitos

difícilmente tenían relación con el ámbito militar tal como “juramento execrable por costumbre”, “violencia de mujeres”, o “el contrabando”.

Es interesante describir brevemente el procedimiento por el que se sustanciaban los delitos; cabe señalar que éste presentaba una etapa investigadora a cargo de un fiscal instructor, que pudo ser el Sargento Mayor de un regimiento o su ayudante o, en su defecto, uno designado por el Capitán General. Al fiscal le correspondía la investigación del delito denunciado y, a su término, debía emitir un dictamen pidiendo pena o absolución. El fiscal contaba con la ayuda de un escribano, también militar, con el grado de tropa. Finalizado el sumario, la causa se remitía al Consejo de Guerra a quien le correspondía el enjuiciamiento de la causa. Los consejos de guerra podían ser de dos clases, Consejos ordinarios o Consejos de oficiales generales. A los primeros les correspondía el enjuiciamiento de los militares que pertenecían a la tropa, mientras a los segundos el de los oficiales. La composición de estos consejos no era idéntica, pues mientras el ordinario se componía de capitanes, con excepción del Comandante de la compañía del acusado, el de los oficiales generales estaba formado por oficiales de grado superior a coronel. Los consejos no eran permanentes, puesto que se constituían para cada caso concreto por orden del Capitán General, a quien además le correspondía la tarea de nombrar a los miembros del Consejo.

En el juicio que celebraba el Consejo intervenía el fiscal que instruyó el sumario y el Auditor, en calidad de Asesor, sin voto. Se ha dicho que era en el Capitán General en quien residía el imperium, puesto que las sentencias dictadas por los consejos de guerra antes de ser ejecutadas, debían necesariamente contar con la aprobación del Capitán General, previo dictamen del auditor, y cuando no se produjera el acuerdo entre el Capitán General y el Auditor se producía el disenso, que debía ser resuelto por una instancia superior. Aunque, las ordenanzas no se acatan plenamente en las colonias, debido a las especiales condiciones de los ejércitos en ultramar, no cabe duda que han tenido gran influencia en la legislación militar de la etapa republicana. Ello obedece, según algunos autores al vacío legislativo originado por la falta de promulgación de leyes básicas, lo que determinó la supervivencia de la legislación española¹⁰. (Doig, Yolanda)

Chile independiente : una vez afianzada la Independencia de Chile y con el país disfrutando de una incipiente paz al haber concluido un par de meses antes la guerra contra la Confederación Perú- Boliviana, el 25 de abril de 1839, en virtud de un decreto ley firmado por el Sr. Presidente de la República, José Joaquín Prieto, y el ministro Ramón Cavareda, se promulgó la Ordenanza del Ejército que regiría hasta el primero de marzo de 1926.

Posteriormente se hicieron varios proyectos de Código para el Ejército y la Marina, distinguiéndose aquellos que se presentaron antes de 1890, de los que se hicieron después de ese año, por cuanto solo estos últimos tienen importancia para el estudio de las disposiciones de nuestro Código actualmente en vigencia, porque tienen como base, al igual que el código de 1926, los Códigos militares de España, para la Marina y para el Ejército de 1888 y 1890, respectivamente.

¹⁰ Doig, Yolanda; “La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción”, *En la reforma del derecho penal militar –Anuario de derecho penal*. Perú, 2001-2002

Génesis del Código Actual: Sólo en 1925, durante la vicepresidencia de don Luis Barros Borgoño, se aprobó un proyecto de Código de Justicia militar como ley de la República. La redacción de este proyecto había estado a cargo del eximio jurisconsulto don Santiago Lazo, y del ministro de Justicia y Auditor General de Guerra, don Oscar Fenner.

Como el Código de Justicia Militar fue promulgado por un gobierno de emergencia constitucional, por medio del decreto ley N° 806, de 25 de diciembre de 1925, sin haber tenido participación en su elaboración y dictación el Congreso Nacional, no tenemos antecedentes fidedignos del establecimiento de todas y cada una de sus disposiciones.

El Código de Justicia Militar, posteriormente, en virtud, del decreto ley 650 de 26 de septiembre de 1932, sufrió importantes y numerosas reformas. Por Decreto Supremo N° 126 de 21 de enero de 1933, se fija su texto definitivo.

Posteriormente y producto de numerosas reformas producidas a los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, a los cuales el Código de Justicia Militar se remitía constantemente, se fijó definitivamente su texto por decreto Supremo N° 102 de 29 de enero de 1988.

El Código de Justicia Militar ha sufrido muchas reformas posteriores, entre las que destacan:

- 1.- Decreto ley N° 51, de 2 de octubre de 1973.
- 2.- Decreto ley N° 751, de 16 de noviembre de 1974.
- 3.- Decreto ley N° 1.769, de 30 de abril de 1977.
- 4.- Decreto ley N° 2.059, de 14 de diciembre de 1977.
- 5.-Decreto ley N° 3.425, de 14 de junio de 1980, que crea el Ministerio Publico Militar, en el Procedimiento Penal Militar.
- 6.- Ley N° 18.107, de 16 de febrero de 1982.
- 7.- Ley N° 18.342, de 26 de septiembre de 1984.
- 8.- Ley N° 18.431, de 23 agosto de 1985.
- 9.- Ley N° 18.585, de 19 de diciembre de 1986.
- 10.- Ley N° 18.749, de 6 de octubre de 1988.
- 11.- Ley N° 19.047 de 1992
- 12.- Ley N° 19.386 de 1995

CAPITULO II

De la Competencia de Los Tribunales Militares

Nociones Generales

Como se ha señalado en la introducción, una vez terminada la Reforma Procesal Penal, nos rest dedicarnos al análisis, estudio y reforma de otros importantes sistemas normativos, cuya gran aplicación hace que sea urgente una modificación estructural; de hecho en palabras de Mera “ ...uno de los temas pendientes es la modernización de la administración de justicia en nuestro país es el de la Justicia Procesal Penal militar en tiempo de paz. Su regulación, que data de comienzos de siglo (1925), no ha sido hasta el momento objeto de transformaciones estructurales y no se compadece con los estándares contemporáneos, técnicos y valóricos mínimos reconocidos internacionalmente – con particular fuerza después de la Segunda Guerra Mundial – y que son propios de un Estado democrático de derecho. ¹¹ ”

Aclaremos ante todo, que los cuestionamientos, que se puedan formular, a nuestra

justicia penal militar en tiempos de paz no deben ser interpretados como una crítica a las personas que intervienen en su gestión.” sino más bien a un sistema que no incorpora en su diseño los elementos necesarios para dar efectivo resguardo a las garantías en análisis, cuestión que resulta explicable si se tiene presente que tal diseño es anterior al desarrollo de los estándares básicos del debido proceso ¹² ...”

Jurisdicción y Competencia

Nos avocaremos al estudio de la Jurisdicción militar en tiempo de paz, entendiendo a esta etimológicamente como “declarar el derecho militar”. Una definición más precisa, y adecuada a nuestra legislación es “El poder que las leyes confieren a los tribunales militares para juzgar determinados asuntos civiles y penales y el que tienen los jefes militares para sancionar infracciones disciplinarias de los miembros de los cuerpos armados ¹³”

Como se desprende del concepto, la jurisdicción militar se divide en dos ramas: por un lado la jurisdicción judicial militar y por otro la jurisdicción disciplinaria militar. Aquella dice relación con el poder que tienen los tribunales militares para conocer de los negocios que la ley le entrega a su conocimiento y, se divide, a su vez, en penal militar y en civil militar.

Esta, en tanto, se refiere al poder que tienen los jefes militares para sancionar ciertos hechos cometidos por militares, que tienen el carácter de faltas disciplinarias. A dichas faltas se refieren los reglamentos de disciplina de las instituciones armadas.

Por la breve extensión que debe darse a la presente investigación y por el carácter de tesis de pregrado de la presente, es que solo nos avocaremos al estudio de la primera variante, es decir, de la jurisdicción judicial militar.

Dado lo genérico que resulta el concepto Jurisdicción, respecto del cual se dice que todo tribunal la posee además de razones de política procesal, así “como lo complejo que se hace su ejercicio al aumentar y especializarse la legislación, hacen necesario planificar la actividad jurisdiccional de modo racional. Aquí nace, entonces, el concepto de Competencia ¹⁴”

¹¹ Jorge Mera Figueroa, “Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, el caso chileno” *Cuadernos de análisis jurídico N° 13*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998. Pág. 17

¹² Mario Duce Julio. “El Derecho a ser Juzgado por un Tribunal Independiente e Imparcial y la Justicia Chilena” *Cuadernos de análisis jurídico N° 13*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 Pág. 356.

¹³ Isler, Carlos et al.....

¹⁴ Peña, Claudio. “La sobredimensión de la competencia de la justicia militar”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1998.

A mayor abundamiento, el Código Orgánico de Tribunales en su numeral 108 la define como “la facultad que tiene cada Juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones ¹⁵”

El mismo cuerpo normativo, en su Art. 5 inciso 3° contempla como “un tribunal especial a los tribunales militares en tiempos de paz regido por las disposiciones orgánico constitucionales contenidas en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias ¹⁶”

Análisis detallado de las más significativas normas que otorgan Competencia a los tribunales Militares, en razón de materia

El precepto central de esta parte, del presente trabajo, lo constituye el Art. 5 del Código de Justicia Militar, en adelante C.J.M., que en líneas muy generales delimita lo que en la práctica entenderemos como el campo entregado a esta jurisdicción, y que para una acertada inteligencia se hace necesario tenerlo a la vista:

“Art. 5. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

1. De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, excepto aquellos a que dieren lugar los delitos cometidos por civiles previstos en los artículos 284 y 417, cuyo conocimiento corresponderá en todo caso a la justicia ordinaria, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los Tribunales Militares.

Conocerán también de las causas por infracciones contempladas en el Código Aeronáutico, en el decreto ley No. 2.306, de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización y en la ley No. 18.953, sobre Movilización, aun cuando los agentes fueren exclusivamente civiles.

2. De los asuntos y causas expresados en los números 1. a 4. de la segunda parte del artículo 3.

3. De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;

4. De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1 a

¹⁵ Código Orgánico de Tribunales

¹⁶ Idem.

3, para obtener la restitución de la cosa o su valor¹⁷.

Este Artículo ha sufrido importantes modificaciones, debido tanto a las situaciones específicas que al país tocó vivir en una época histórica determinada, como también debido a las necesidades propias del buen servicio de la administración de Justicia. Entre ellas podemos mencionar la Ley 19047 (14.2.1991), una de las llamadas “Leyes Cumplido”, que en la parte pertinente modificó nuevamente el Art. 5º, N° 1º del CJM, manteniendo, eso sí, su estructura fundamental. En efecto, los Tribunales militares siguen conociendo de los delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en el CJM, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los Tribunales Militares. Hay, sin embargo, dos diferencias importantes, en virtud de las cuales se limita el fuero militar en razón de la materia: por una parte, se excluye del conocimiento de los tribunales militares el conocimiento de las causas por delitos terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros, y por otra, los delitos – cometidos por civiles – de amenazas, ofensas o injurias a las Fuerzas Armadas o Carabineros o a sus integrantes”¹⁸.

Además de esta competencia amplísima que otorga el artículo. en comento, surge la posibilidad de que civiles sean arrastrados por esta especial competencia, debido a que numerosas leyes especiales le otorgan la facultad de conocer, fallar y hacer ejecutar lo fallado a los Tribunales militares, generando con esto las ya las consabidas críticas. Un buen ejemplo de ello lo constituía la modificación antes indicada. De este análisis concluimos que el amplio campo de aplicación de esta jurisdicción genera los siguientes problemas:

- el juzgamiento de civiles por tribunales militares

- el juzgamiento de militares por la perpetración de delitos comunes en ciertas circunstancias, habitualmente, en acto del servicio militar o con ocasión de él (*ratione legis*), en recintos militares o policiales (*ratione loci*) o en situación de guerra o en campaña (*ratione temporis*), especialmente cuando las víctimas sean civiles.

Estos últimos, son los denominados delitos “militarizados” o impropios, cuyo sometimiento al fuero militar es fuertemente criticado por la doctrina y la jurisprudencia sobre derechos humanos que se ha pronunciado sobre el tema¹⁹.

En lo referido al juzgamiento de civiles esto no es aceptado y, según la mayoría de la doctrina contemporánea, es abiertamente inconstitucional, ya que el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, reconocido en los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente en los Art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de

¹⁷ Código de Justicia Militar. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.

¹⁸ Jorge Mera Figueroa, “Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, el caso chileno” Pág. 69.

¹⁹ María Inés Horvitz Lennón,: “Panorama sobre la competencia y la organización de los Tribunales Militares en tiempo de paz en algunos países latinoamericanos. La situación de la Justicia Militar en América Latina” Págs. 152-153.

Derechos Civiles y Políticos, tienen plena aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico a partir de lo que señala el artículo 5ª de nuestra Carta fundamental constituyendo así un pilar fundamental de garantía del debido proceso.

En el concierto latinoamericano, la situación no es muy distinta, por ejemplo el caso de Venezuela, resulta ser muy ilustrativo, ya que al igual que nuestra legislación otorga una amplia competencia a los tribunales militares. Así, María Inés Horvitz expresa: “...como se observa existe un importante abanico de casos en que civiles pueden ser juzgados por tribunales militares, ya por cometer delitos propiamente militares o delitos comunes en lugares militares, en actos de servicio o con ocasión de él, ya como autores o cómplices. Asimismo, militares que cometen delitos comunes en ciertas circunstancias, “delitos militarizados” también son sometidos Al fuero militar para el juzgamiento de los mismos²⁰”

Además, debe tenerse presente, como lo expresa un autor: “...De hecho, no todos los delitos contemplados en el CJM tienen carácter militar. La gran mayoría protegen bienes jurídicos de carácter general que no guardan relación con los valores e intereses militares de la disciplina, obediencia, jerarquía y servicio militar, y pueden, por lo tanto, ser cometidos por civiles²¹.”

Hay que hacer notar, sin embargo, que la inclusión de dichos delitos dentro de la competencia de los tribunales militares, tanto en Chile como en el resto de Hispanoamérica, es perfectamente explicable en la época en que las Fuerzas Armadas debieron enfrentar a grupos armados extremistas paramilitares. Sin embargo, una vez derrotada la subversión –con la excepción de Colombia-, es natural comenzar a cuestionarse la utilidad de la pervivencia de dichos delitos militares. Con ello no hacemos sino aplicación del principio político fundamental de que no se pueden dar soluciones políticas a priori válidas para todo tiempo y lugar, sino que corresponde al prudente legislador apreciar las que fueren adecuadas para el caso histórico concreto. Así como hoy propugnamos la exención de dichos delitos de la competencia de los tribunales militares, nada obsta a que, en el futuro, y ante circunstancias muy distintas a las actuales, se les pueda volver a entregar competencia para conocer de dichos ilícitos.

En la búsqueda del concepto de delito Militar

Concluido este breve análisis acerca de la Competencia de estos tribunales, es menester aclarar el concepto de delito militar de manera que nos conduzca por el camino de comprender esta especial rama del Derecho, así como determinar cuales serían a juicio de los autores los bienes jurídicos que éste trataría de proteger. Se logra distinguir, en

²⁰ María Inés Horvitz Lennon, “Panorama sobre la competencia y la organización de los Tribunales Militares en tiempo de paz en algunos países latinoamericanos. La situación de la Justicia Militar en América Latina” Cuadernos de análisis jurídico Nº 13, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 Págs. 159.

²¹ Jorge Mera Figueroa, Ob. Cit. Pág. 66.

este sentido, dos grandes líneas doctrinarias: en primer lugar, aquellos que dan un amplio concepto de lo que entienden por delito militar, de aquellos que por su parte, restringen el citado concepto, siendo al parecer aquella la tesis mayoritaria en los tiempos contemporáneos en que nos ha tocado vivir.

Siguen la tesis de la amplitud del concepto de delito militar, entre otros, don Renato Astrosa, quien expresa que en el derecho penal militar, los bienes jurídicos sólo dicen relación con los derechos del Estado y sus órganos específicos, que son los cuerpos armados. No resguarda bienes jurídicos particulares y si llega a afectar el interés privado, éste pierde importancia frente al institucional. En consecuencia, delitos que para el Derecho Penal común son de acción privada, para el penal militar, son de acción pública²² ”

En el mismo orden de ideas, Martínez Muñoz señala que el fin primordial de la Justicia Militar y por ende, del delito militar, que es el objeto de aquélla, es el de asegurar la eficacia de las FF.AA.; con prescindencia de los intereses y derechos particulares, procura la obtención de la debida eficiencia funcional y orgánica de la institución militar, buscando en ello, básicamente los principios de jerarquía y disciplina, de respeto y orden²³ .

Por otro lado se encuentra la doctrina que concibe de manera mas restringida el concepto de delito militar, ilustrativa resulta la opinión del profesor Manzini que nos señala “ que el delito militar es exclusivamente inherente a las obligaciones militares (elemento objetivo); es siempre un delito contra el servicio militar (delito exclusivamente militar), aunque diga relación con la lesión de un interés común y coetáneamente afecte a un interés militar (delito objetivamente militar); que además, va unido a un factor subjetivo, una persona unida a la milicia o equiparada a ésta (elemento subjetivo)²⁴ . Sigue además, esta corriente “Pietro de Vico para quien el delito militar es la violación del deber de un oficio militar, de lo que el Sr. Peña logra distinguir dos elementos, que él califica de fundamentales, la calidad de militar del hecho y la calidad militar del culpable²⁵ ”. Esto es esencial, ya que el delito militar conlleva la violación de una obligación castrense, si este deber es común, propio de todos los ciudadanos, el delito no es militar, aun cuando sea perpetrado por un individuo que ostente dicha condición”.

Ello en nuestro derecho no aparece tan claro, ya que en palabras del profesor Mera “El Código no define lo que debe entenderse por “delitos militares”. En verdad, no necesita hacerlo, porque no adhiere a un sistema de jurisdicción penal militar restringido con respecto al juzgamiento de los delitos propiamente militares. Por el contrario, el CJM adopta expresamente la doctrina de los delitos ficticiamente militares, impropios o militarizados, al señalar (en este N° 1 del Art.. 5° citado y en los siguientes N° del

²² Astrosa Herrera, Renato. *Código de Justicia Militar comentado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985.

²³ Martínez Muñoz, Idelfonso, Ob. Cit. Por Peña, Claudio

²⁴ Manzini, Vincenzo, Ob. Cit. Por Peña, Claudio

²⁵ de Vico Pietro, Ob. Cit. Por Peña, Claudio.

precepto) los factores que determinan el fuero militar, entre ellos circunstancias de variado carácter, externas a la naturaleza del delito, como son, entre otras, el que el propio Código o leyes especiales sometan el conocimiento de sus infracciones – independiente de su naturaleza – a los tribunales militares, y el que los delitos comunes se cometan por militares en acto del servicio militar, con ocasión de él o en recintos militares o policiales ²⁶ .

Por nuestra parte, consideramos, para los fines que persigue esta investigación, considerarlo como “ aquella conducta típica, cometida por militares, que infringe un deber propiamente militar, afectando un bien jurídico de importancia (no necesariamente vinculado directamente con la función castrense), y que por la especial complejidad de su juzgamiento o por las necesidades de una más adecuada resolución del conflicto que origina para la convivencia al interior de las instituciones armadas, necesita ser conocida por un tribunal penal especializado en cuestiones castrenses y/o necesita de un procedimiento abierto a fórmulas alternativas de resolución desarrolladas en el ámbito castrense ²⁷ .”

A partir, de los conceptos, más arriba indicados, inevitablemente llegamos a los elementos que deben concurrir para estar frente a un delito de carácter militar en sentido estricto, que al parecer, constituyen la corriente más aceptada de la doctrina contemporánea.

a) Que el sujeto activo, esto es, “el que reúna la acción descrita en el verbo, reúna determinadas condiciones de ocupación, esto es el ser un militar o persona con asimilación militar ²⁸ ”.

b) Objeto jurídico: “Es el bien jurídico que el legislador se ha propuesto proteger mediante la creación de un determinado delito ²⁹ ”, que en este caso debe ser un interés militar.

c) Elemento material: “Son las acciones u omisiones que causan el daño”.

d) Elemento volitivo: Es decir, se necesita la concurrencia del dolo o culpa. Debiendo tener presente que el C.J.M. no regula el cuasidelito en forma directa, lo ha dejado entregado, al Código Penal. El Art. 205 C.J.M. que en su parte pertinente prescribe “Tendrán aplicación, en materia militar, las disposiciones del Libro I del Código Penal, en cuanto no se opongan a las reglas contenidas en este Código, ³⁰ ” ratificando lo

²⁶ Jorge Mera Figueroa, Ob. Cit Pág. 65.

²⁷ Jaime Couso peculiaridades orgánicas y procesales de una justicia penal militar reforzada, *Cuadernos de análisis jurídico N° 13*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 Págs. 244.

²⁸ Pozo Silva, Nelson. Apuntes de Clases, Derecho Penal I, Recopilados por Claudio Chacano, Valdivia, Universidad Austral de Chile, año 2000.

²⁹ Idem.

³⁰ Código de Justicia Militar. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.

aseverado mas arriba, eso si teniendo presente que esa aplicación se hará en cuanto no fuera incompatible con sus disposiciones.

Solo si concurren todos y cada uno de los elementos citados, estaremos verdaderamente frente a un delito militar en sentido estricto. Ello en una primera aproximación resulta en extremo coherente, pero no debemos olvidarnos de muchas situaciones en las cuales la mejor forma de obtener una más adecuada y rápida justicia , lo constituye el hecho de que ciertas materias, que aún no cumpliendo con los requisitos arriba enunciados deben ser conocidos por esta jurisdicción, ya que como tendremos la oportunidad de constatar se justificaría dicho conocimiento en razón de los bienes jurídicos que el derecho pretende proteger.

Delitos en los cuales Ejerce Competencia la Justicia Militar fuera del ámbito del Código del Ramo

Fijemos el tema de la competencia. “Es un hecho innegable que en aquella se ha ido sustrayendo el juzgamiento de los civiles por parte de los Tribunales Militares y, en consecuencia, el examen debe concentrarse no sólo en los contenidos propios del Código de Justicia Militar, sino también en las leyes especiales, tales como la Ley sobre Control de Artes Marciales; la Ley de Seguridad del Estado; el Decreto Ley N° 2306; Ley de Reclutamiento y Movilización de las Fuerzas Armadas.³¹”

En la Ley de seguridad interior del Estado, ley N° 12.927

La ley N° 12.927 de 1958. Ella contempla, entre otros, delitos que atentan contra la soberanía y seguridad exterior del Estado , ilícitos contra la seguridad interna del Estado, delitos contra el Orden Público , contempla sanciones para quienes atenten contra la normalidad de las actividades nacionales, interrumpen o paralican servicios públicos, de utilidad pública industrias vitales o actividades cuyo cese de actividades altere el orden público, etc.

Se establece en el título VI de la ley N° 12927, del Art. 26 al 30, ambos inclusive, se señala que los procesos a que dieran lugar los delitos previstos en ella en los Títulos I, II, y VI, párrafo 1° del libro del Código Penal , y en el Título IV del libro III del C.J.M –cuando sean cometidos por individuos sometidos al fuero militar o conjuntamente por militares y civiles- corresponderá su conocimiento, en primera instancia al Juzgado Militar respectivo y en segunda instancia a la Corte Marcial y en los casos en que estos delitos sean

³¹ Sergio Cea: Algunas ideas de una Justicia Militar en Chile para el siglo XXI. *Cuadernos de análisis jurídico N° 13*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 Pág. 266.

perpetrados -exclusivamente por civiles- son conocidos en primera instancia por un Ministro de Corte de Apelaciones respectiva y en segunda por una sala de la misma Ilustrísima Corte de Apelaciones, ciertamente con “excepción de ese ministro”³².

Dividiremos el presente análisis en dos vertientes. El primero relativo al juzgamiento de militares por estos delitos estimamos que ello obedece a un pleno resguardo de principios esenciales en la carrera militar como lo son la “disciplina y la jerarquía, atendido a que los bienes principales son el orden y la seguridad interna”³³.

Por otra parte, en relación a la competencia que otorga especialmente el Art. 26 de esta ley, en orden a Juzgar a civiles, cuando estos son arrastrados por ella, debemos decir en palabras de Peña que ninguno de los delitos contemplados en esta ley afecta directamente intereses castrenses.

Estos ilícitos atentan principalmente en contra del orden público o el régimen Constitucional, por ello la doctrina es unánime en sostener que no puede entregarse su conocimiento a la justicia militar, entre otras razones por que verían un contenido político que los aparta de su función profesional, de “contribuir a cumplir una de las finalidades concretas y específicas que se imponen al Estado en razón del bien común,³⁴” que justifica su existencia.

Por todas estas consideraciones pensamos que no es posible continuar persiguiendo responsabilidades penales, en contra de civiles, fundados en esta ley por cuanto, “ El carácter excepcional de la jurisdicción militar, cuyo fundamento y fin se vincula con la necesidad de mantener la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas, implica la imposibilidad de someter a esa jurisdicción a personas que, como los civiles, no tienen relación alguna con la organización militar , y mucho menos con sus necesidades internas de disciplina. En caso contrario, se aplicaría un fuero excepcional en forma desmedida, y en casos que no podrían ser justificados conforme a los fundamentos y fines que se le atribuyen³⁵ .” Por esto es que se ve como necesaria una urgente modificación legislativa en este sentido.

Decreto Ley 2306 de 1978 sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas

³² Pechi, Carlos y Ortiz, Eleodoro, “Extensión de la Competencia penal de los Tribunales Militares” *Revista de derecho Universidad den Concepción* N° 182 año LV Julio-diciembre 1987 Pág. 38.

³³ Peña ,Carlos Ob. Cit. Pág. 70

³⁴ Peña, Marisol. Las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1980, en “20 años de la Constitución Chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica Conosur, Ltda. Santiago, junio de 2001. Págs. 625-643.

³⁵ Alberto Bovino. La justicia Militar y el Juzgamiento de Civiles *Cuadernos de análisis jurídico* N° 13, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 Págs. 294-295

Este texto legal, establece en lo fundamental, los mismos delitos que tipificaba la antigua ley N° 11.170, antecesora legal del actual Decreto Ley. Entre los delitos que contempla, se encuentran infracciones de muy alta concurrencia, como lo son el no inscribirse en el cantón de reclutamiento respectivo (Art. 70), el hecho de no reinscribirse, la falta de actualización de datos, de realizar declaraciones mendaces a la hora de hacerlo, (Art. 71 y 79), la no presentación en el caso de que el inscrito fuese llamado, la no presentación al correspondiente reconocimiento del cuartel en que le tocara cumplir con su conscripción, delitos relativos a las obligaciones que deben cumplir los que tengan la calidad de reservistas, la propagación indebida de secretos o información militar y las sanciones a representantes de instituciones o personas naturales que no cumplan con las obligaciones que les impone la ley (Art. 78,80, 81³⁶)

Según lo establece, el Art. 87 del citado Decreto Ley, todas las causas por delitos contemplados en él serán de competencia exclusiva de la jurisdicción militar, en tiempos de paz o de guerra según corresponda. Este tipo de competencia está entregada en razón de la materia, ya que la ley es indiferente a quien sea el sujeto activo de los tipos penales allí establecidos, por lo tanto, estamos ante los delitos llamados comúnmente delitos impropriamente militares que, según Astroza, parte del Art. 5 N° 1 son aquellos que están contemplados en el CJM, o en leyes especiales que someten el conocimiento de sus infracciones a tribunales militares³⁷.

Aquí pensamos, que lo mas adecuado, es que la Justicia Militar, siga conociendo de este tipo de delitos, ya que de tipificarse cualquiera de los ilícitos que establece el decreto, quien resulta inmediata y gravemente afectada es la institución de las Fuerzas Armadas, además, por lo rápido y expedito del procedimiento Militar, en forma más ágil se logra tutelar los bienes jurídicos protegidos. Por lo que no avizoro ningún problema en que ella siga conociendo este tipo de materias. Aun cuando cierta doctrina piense que “es imposible exigir, a los civiles el rigor castrense en el cumplimiento de ese tipo de obligaciones³⁸”.

Ley 18.953 de marzo que dicta Normas sobre la Movilización

Se entiende por movilización al “conjunto de actividades y medidas destinadas a poner parte o la totalidad de los potenciales humano, material e industrial, en situación de afrontar adecuadamente un estado de asamblea³⁹”.

³⁶ Código de Justicia Militar.

³⁷ Astroza Herrera, Renato. *Código de Justicia Militar comentado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985.

³⁸ Cfr. Peña, Carlos Pág. 74

³⁹ Art. 1 ley 18.953.

La movilización puede hacerse efectiva respecto de cualquier ciudadano de la República, sea éste civil o militar. Además, establece entre otros tipos penales, el hecho de que los chilenos que no concurrieran sin causa justificada a los llamados de movilización, así como el que durante la etapa de preparación de la movilización, se negare a proporcionar, sin causa justificada, los antecedentes relativos a ella, que le solicite la autoridad competente...los falsee, retarde o impida su entrega, dentro del plazo⁴⁰.

Además en su Art. 27 señala que serán competentes para conocer de las infracciones a esta ley, los Tribunales Militares competentes. Nos encontramos nuevamente frente a lo que la doctrina ha tenido a bien denominar, “de los delitos impropriamente militares”, porque pueden ser perpetrados por civiles.

Delitos del Código Aeronáutico

Este cuerpo normativo somete a la competencia de los Tribunales Militares entre otros, los siguientes ilícitos:

Accidentes de aviación sufridos por una aeronave en vuelo o con ocasión de él, siempre que exista la posibilidad de que se hayan generados a raíz de un delito, ya sea que esté sancionado en la ley de Navegación Aérea o que simplemente se trate de un hecho punible común.

Otros hechos que no constituyen un accidente aéreo, pero que acontezcan en una aeronave, en vuelo o con ocasión de él, como lo sería por ejemplo, desviar un avión de su ruta común, alterar su itinerario, apoderarse de él, etc., y en los cuales se haya cometido un delito especial contemplado en la Ley de Navegación Aérea o común.

Todos los otros delitos o infracciones expresamente contempladas y penadas en el citado decreto ley 221.

Cabe señalar que el concepto “accidente aéreo” debe ser considerado en un sentido amplio, es decir, daño sobrevenido a un aeronave en vuelo o con ocasión de él, a la tripulación o pasajeros, daños que pueden ir de las lesiones a la muerte y a los objetos de dicha aeronave y que afecten además a las personas.

Como indicábamos “los procesos a que dieron lugar los delitos previstos en este código serán de competencia de los juzgados de Aviación y se sujetarán al procedimiento establecido en el libro II, títulos I, II y III, del Código de Justicia Militar⁴¹”

Como se apreciará, ninguno de aquellos ilícitos lesiona un bien jurídico de carácter militar en sentido estricto, el sujeto activo puede ser un civil o un militar, al igual que la aeronave.

⁴⁰ Art. 24 y 25 ley 18.953.

⁴¹ Art. 211 decreto 221

Delitos contemplados, en la ley sobre Control de Armas

Esta es una disposición, famosa en su origen, por su consabida gestación, además, de generar un repudio generalizado que incluso lleva a decir a Mera que requiere “Una observación separada la ampliación de la jurisdicción penal militar a la preservación de la seguridad del Estado y del Orden Público, situación que se intensifica a partir de 1972, con la entrada en vigencia de la Ley de Control de Armas. Ello implica desvirtuar, hasta cierto punto, la estructura del propio Código de Justicia Militar, en razón de factores coyunturales –aparición en la década de los sesenta, de movimientos políticos que recurren a la violencia-, ingresando así nuestro país a la tradición tercermundista y latinoamericana, según la cual el enfrentamiento de la subversión debe realizarse por las FF.AA., con el consiguiente debilitamiento de las garantías y el riesgo de que las acusaciones penales se traten y resuelvan de acuerdo con la lógica de la guerra y de la dupla amigo y enemigo. Eso desnaturaliza a las FF.AA toda vez que su misión no es velar por el orden público, asunto de competencia de la autoridad civil, sino que resguardar la seguridad exterior del Estado, como tradicionalmente se ha estimado siempre en Chile. La Constitución vigente no innova, a nuestro juicio, en la materia, pues la alusión que hace a la función de las FF.AA de resguardar la institucionalidad debe cumplirse de acuerdo con los propios mecanismos que la Constitución establece, y concretamente, a través de su participación el Consejo de Seguridad Nacional.”⁴²

El Art. 18 de la ley de Control de Armas en su parte pertinente nos señala el principio general en esta materia “los demás delitos sancionados en el Título anterior, serán de conocimiento, por regla general, de los Tribunales Militares...”⁴³ Ello quiere decir, además, que cualquier situación de excepción requiere de una norma especial que la establezca. Como vemos se trata de delitos militares ,y en consecuencia, se entrega su conocimiento y fallo a los tribunales Militares, todos los ilícitos, del Título II, salvo los tipificados en los Art. 9, 11, 14-a. Sin embargo, si en un proceso por delito contra las personas o la propiedad se establece la comisión de un tipo de este cuerpo legal, sin perjuicio de que sea competente, la justicia Castrense o la Civil, no procederá la declinatoria de competencia como bien lo señala el Art. 18 letra D⁴⁴.

Entre otros delitos, esta ley contempla: la organización de grupos paramilitares

⁴² Jorge Mera Figueroa, Ob. Cit. Págs. 18 –19

⁴³ Art. 18 d la ley 17.798

⁴⁴ Si al ejercerse la acción penal por delitos comunes, ante Tribunales ordinarios, se estableciere la comisión de cualquier delito contemplado en la presente ley con respecto a los instrumentos para cometer delitos contra las personas, o delitos contra la propiedad no procederá la declinatoria de jurisdicción ni el requerimiento respectivo y será el tribunal ordinario el competente para conocer y fallar esta clase de delitos.

dotados con elementos por ella. prohibidos, la fabricación y comercio de armas, la construcción o posesión de instalaciones para su producción o almacenamiento y la violación de las normas de seguridad para dichos fines Art. 10, la posesión o tenencia de armas de fuego automáticas, químicas, biológicas o nucleares Art. 13, la revelación indebida de información por parte del personal de organismos encargados de la fiscalización y control de las armas Art. 16, y el acceso sin autorización a polvorines o depósitos de armas militares o policiales.

Mucho se ha criticado esta ley, y quizás con mucha razón, ya que al igual que el profesor Mera, autorizada doctrina ha reconocido que "... el problema de la amplitud de la jurisdicción penal militar nacional en tiempos de paz es anterior al régimen militar y ha estado presente a lo largo de nuestra historia republicana. Así, una de las leyes especiales que amplio de mayor forma la competencia de estos tribunales ha sido la ley de Control de Armas que entró en vigencia el año 1972, es decir aquella cuya discusión y aprobación parlamentaria se produjo en momentos en que nuestro país se regía por un gobierno democráticamente elegido ⁴⁵ ”

Al estudiar los ilícitos contemplados en este cuerpo normativo, a poco andar nos percatamos que la gran mayoría de tipos penales allí descritos no tienen relación con los intereses netamente militares que, en última instancia, son aquellos para los cuales está establecida la Competencia de los Tribunales Militares. Tanto es así, que en los últimos años, sin mayor técnica legislativa, se ha extendido aun más dicha competencia al entregarle a su control “los Fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros de similar naturaleza, sus partes y piezas, ⁴⁶ ” materia que perfectamente podría conocer el juez del crimen ordinario, que, además, dada la paulatina entrada en vigencia de la reforma procesal penal, que según múltiples comentarios, muy pocas causas estarían conociendo los Tribunales de Juicio Oral, así como lo ha señalado la comisión de evaluación de la Reforma Procesal Penal ⁴⁷ .

Los únicos ilícitos que se relacionan de forma directa con los intereses netamente castrenses se encuentran en los Art. 16 y 17 de la norma en comento, y sancionan a aquellos funcionarios allí enumerados que revelen hechos, informaciones relativas al contenido de las solicitudes recibidos por ellos relativos a las materias que la ley regula y a toda persona que sin estar autorizada para ello fuere sorprendida en polvorines o depósitos de armas, sean estos militares, policiales o civiles o en recintos militares o policiales, cuyo acceso esté prohibido.

En ellos se visualiza claramente, que el bien jurídico protegido se refiere a intereses

⁴⁵ Mario Duce Julio, Ob. Cit. Pág. 340.

⁴⁶ Art. 1 N° 2 letra C Ley 19.680 de 2000

⁴⁷ “Hasta ahora se ha observado una muy baja utilización de los tribunales de juicio Oral. Es probables que esta carga de trabajo pueda aumentar algo en el futuro pero no pareciera que ello va a ocurrir de manera que cambien las circunstancias fundamentalmente. En la practica el juicio que esta operando no es el que se desarrolla en el tribunal Oral, de tres miembros sino el que tiene lugar ante el juez de garantía por la vía del llamado procedimiento simplificado. De acuerdo a cifras del Ministerio Publico hasta junio de 2001 habían tenido lugar un total de 432 procedimientos simplificados frente a solo 13 Juicios Orales”

castrenses, además, de afectar directamente valores esenciales de los cuerpos armados, como lo son la disciplina y el estricto y buen servicio. En este sentido “ la justificación de los Tribunales militares se encuentra en una exigencia técnica de especialización en relación con la materia atribuida a su competencia... su razón de ser está en la disciplina como principio inspirador de la organización militar, pues el ordenamiento del Estado permite que el mantenimiento de la disciplina en el Ejército sea confiada a la propia organización militar por medio de órganos propios . También se destaca que una de las características propias y fundamentales de la justicia militar, la limitación de su competencia al ámbito estrictamente militar, es consecuencia de su fundamento, anclado en el concepto de la disciplina ⁴⁸ ”

En el resto de las figuras pensamos que son de aquellas, llamados delitos impropriamente militares, en los cuales parte de la doctrina acepta la Competencia de los Tribunales Militares, en determinados casos como lo serían aquellos en que se determine la competencia , en razón de la condición castrense del agente, pero sólo respecto de las Fuerzas Armadas y no en lo referente a Carabineros y tampoco a sus instalaciones. En el mismo sentido “ El uso ilícito de armas, si bien se hace merecedor de sanción penal, no debiera a nuestro juicio constituir por sí mismo un delito militar. No nos parece que se trate de la violación de un deber específicamente militar, en un sentido propio, y tampoco se afecta el bien jurídico protegido en estos delitos especiales, es decir, la eficacia del cuerpo de combate. Su sentido –lo mismo que el uso ilícito de las armas por parte de la policía, que es el otro órgano del Estado autorizado para usarlas con fines exclusivamente institucionales – es, creemos, distinto al de los hechos punibles de carácter castrense, por lo que dicho uso indebido debiera ser sancionado por el Derecho Penal común, en los casos en que ello se justifique ⁴⁹ ”

Ley 18.356 que establece Normas sobre el control de las Artes marciales y deroga la ley 18.039

Ella somete al conocimiento de los tribunales militares los ilícitos descritos en su numeral quinto, señalando que quedarán sometidos a las reglas de jurisdicción, competencia y procedimiento contemplados en el artículo 18 de la Ley sobre Control de Armas. Y como la Ley de Control de Armas no establece casos exceptuados de la jurisdicción militar, de este modo, quedan todos los ilícitos sometidos a ésta jurisdicción. Por tanto, la competencia, en estos casos, estaría determinada en razón de materia.

Entre los que cometen delitos que tipifica la ley en su numeral quinto, encontramos: a los que sin la debida autorización impartieren enseñanza o adiestramiento de cualquier técnica, procedimiento o sistema de combate, lucha o defensa personal, a los instructores, administradores y dueños de establecimientos debidamente autorizados que

⁴⁸ Alberto Bovino, Ob. Cit Págs. 294.

⁴⁹ Jorge Mera Ob. Cit Págs. 71-72.

no cumplan con la reglamentación relativa al control de la enseñanza y práctica de las artes marciales, a los que sin la competente autorización elaboraren, poseyeren, tuvieren o portaren algunos de los objetos, implementos para la práctica de este arte, etc. Como hemos podido observar, en todos estos ilícitos, el sujeto activo siempre será un particular por lo que, a nuestro modesto entender, no se divisa mayores razones justificatorias para que la ley entregue su conocimiento y fallo a estos tribunales especializados. A mayor abundamiento, y ratificando lo anterior, el Art. 9 señala que las disposiciones de esta ley no se aplicarán a las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, y Gendarmería de Chile.

Al no encontrar razones justificatorias, no podemos, menos que proponer la eliminación de la competencia otorgada a los Tribunales Militares para conocer de estos ilícitos. Necesitamos una vuelta al concepto puro de delito militar y para ello planteamos modificaciones que entre otras contenga: “Delimitar la competencia de la Justicia Militar, asignándole solamente el conocimiento de los delitos propiamente militares, cometidos por militares en su calidad de tales. Para ello es necesario deslindar conceptualmente, desde un punto de vista político-criminal, el delito militar, tanto frente a los delitos comunes, como frente a las infracciones disciplinarias militares”⁵⁰.

Decreto ley N° 3.607 de 1981 sobre el funcionamiento de los Vigilantes Privados

Esta norma ha sufrido numerosas e importantes modificaciones entre otras las contenidas en los siguientes cuerpos normativos:

Decreto Ley N° 3.636, de 1981, y

ley N° 18.422.

Decreto supremo N° 53 de 1994.

Decreto supremo N° 699 de 1997.

En el decreto ley N° 3.607, solo se ha entregado a la Jurisdicción de los tribunales Militares la Acción de Reclamación, contemplada en el Art. 3 Inc. 13, cuyo nuevo texto fue fijado por la ley N° 18.422, que una empresa catalogada de estratégica, puede deducir en contra de la resolución que le haya sido notificada por los intendentes regionales o Gobernadores provinciales, a proposición de las respectivas Comandancias de Guarnición, de la circunstancia de encontrarse en la situación de que obligadamente debe contar con su propio servicio de vigilancia y, además, mantener un organismo de seguridad interno, del cual dependa una oficina de seguridad.

En fecha 6 de Septiembre de 1985 se aprueba el Reglamento para la aplicación del artículo 5° bis del Decreto Ley N° 3.607, de 1981, el cual agrega nuevos asuntos para el conocimiento de los tribunales Militares, entre otros los siguiente ilícitos: prohíbe a los

⁵⁰ Jaime Couso Ob. Cit Pág. 79

nocheros, porteros, rondines y a quienes cumplan funciones similares, emplear bajo concepto alguno armas de fuego en cumplimiento de su cometido. Pero permite el uso de cualquier tipo de armas o implementos que no sean de fuego. La infracción a tal prohibición será sancionada de conformidad a la normativa del Decreto Ley N° 3.607 de 1981 y sus modificaciones, sin perjuicio de serle aplicable, en su caso, las disposiciones que la Ley N° 17.798 consulta a este respecto

Como se puede apreciar, tampoco en este decreto señala la violación de ningún bien jurídico de carácter militar, por lo que estamos nuevamente ante un delito impropiaamente militar, que en definitiva, no debiera ser conocido por los Tribunales Militares por lo expuesto anteriormente.

Otros elementos que determinan la competencia de la Justicia Militar

En razón de las Personas

La Jurisdicción penal militar en razón de las personas (*ratione personae*) la disposición del N° 3 del Art. 5 establece los casos en que los delitos comunes, o sea, aquellos delitos que no son militares, son de conocimiento de los tribunales militares. Para ello es fundamental que el delito se cometa por militar o por empleado civil de las Fuerzas Armadas (Art. 7), ya que la jurisdicción esta establecida, en este caso en razón de las personas. El elemento calidad militar o de empleado civil del agente no puede faltar. Para estos efectos son militares los que señala el Art. 6 del código” se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; los alumnos que efectúan los dos últimos años de estudios en las Escuelas Matrices para Oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a Oficiales que integran los cursos de la Escuela de Carabineros; los Oficiales de Reclutamiento; los conscriptos; los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña en el estado de guerra; y los prisioneros de guerra ⁵¹”, y la doctrina y la jurisprudencia aceptan, también, como militares a los militares de hecho. El concepto de militar esta ampliado en Art. 266 que indica: “Si formaren parte de una reunión tumultuosa y contraria al orden público, militares retirados absoluta o temporalmente de las Fuerzas Armadas u Oficiales de reserva, usando uniforme o insignias de un empleo militar, serán considerados como militares para el efecto de su juzgamiento y penalidad”.

La doctrina ha entendido por militares de facto aquellos individuos incorporados al Cuerpo armado sin un título legítimo, sin ajustarse a derecho, como quienes por error o

⁵¹ Art. 6 C.J.M

fraude, ingresan a una fuerza armada sin cumplir las exigencias legales sobre nacionalidad, edad, etc.⁵².

De los casos que enumera el artículo 6 del C.J.M se sostiene que no se justifica el sometimiento a la justicia castrense de los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las escuelas institucionales como tampoco de los empleados civiles de la Fuerzas Armadas y Carabineros; pues se trata de personas que para los efectos legales no son militares. Además, se ha estimado que no pueden cometer delitos militares y, en consecuencia, no pueden afectar bienes jurídicos castrenses que son el objeto propio de la tutela de estos Tribunales. Por otro lado, se estima, que los intereses jurídicos protegidos tampoco son militares, ya que se trataría de ilícitos comunes.⁵³

Además, en otro caso antes mencionado determinados delitos cometidos por militares quedan en manos de la justicia castrense; nos referimos al artículo 26 de la ley 12.927 (Ley de Seguridad Interior del Estado) que entrega a los tribunales de fuero, el conocimiento de los tipos penales previstos en dicha ley, en los Títulos I, II y IV párrafo 1 del libro II del Código Penal, y en el Título IV del libro III del Código de Justicia Militar, cuando fueren cometidos por individuos sujetos al fuero militar o por civiles y militares conjuntamente.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes que de acuerdo al Art. 5 N° 3 para que la justicia militar conozca de ilícitos comunes, es indispensable que la calidad militar del agente vaya unida con uno de los siguientes tres elementos adicionales que debe concurrir al momento de cometerse el ilícito:

a).- *La razione legis*, vale decir, que se cometa el delito en acto de servicio militar o con ocasión de él⁵⁴; entendiéndose por tal lo que señala el Art. 421, C.J.M. “todo el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas,” debe existir, por tanto, una relación entre el estado militar y la función que se ejerce.

Este principio, es fundamental para mantener la disciplina de cuerpo que debe reinar en los institutos armados, por lo que sostenemos que ella debe ser mantenida, además “ se debe tener en cuenta, en este punto, que el trato diferenciado que reciben las personas de condición militar por parte de los poderes públicos se justifica por las peculiaridades organizativas de las Fuerzas Armadas , estructuradas alrededor de la necesidad de imponer la disciplina inherentes a ellas e imprescindible para el cumplimiento de sus fines. Por este motivo, “la situación de los militares no es idéntica a la del resto de los ciudadanos. Los militares... ven limitados el goce de algunos de sus derechos fundamentales...” La razonabilidad y legitimidad de estas limitaciones, que alcanzan exclusivamente a quienes poseen la calidad de militares, “ se explica por las altas misiones que la Constitución atribuye a los Ejércitos y para cuyo cumplimiento resulta imprescindible la disciplina”. Dado que la razonabilidad y legitimidad de este trato

⁵² Astrosa, Renato: Ob. Cit.

⁵³ Peña, Carlos: Ob. Cit. Pág. 78

⁵⁴ Revista Fallos del Mes N° 420 Noviembre de 1993, Causa Rol N° 29.961.

diferenciado surge de la particular situación de los militares, de la misión atribuida a las fuerzas armadas, y de la necesidad de mantener la disciplina, resulta evidente la inexistencia de la razonabilidad y legitimidad en el caso de que se someta al mismo trato diferenciado a civiles, pues ellos no se hallan en la misma situación que los militares, ni cumplen la misión atribuida a las Fuerzas Armadas, ni originan la necesidad de mantener la disciplina. Someter a los civiles al mismo trato diferenciado de los militares, en consecuencia, sería una medida irrazonable e ilegítima.⁵⁵ ” Ello no obsta a que a los militares se les exija cultivar virtudes, tan altas como la disciplina de forma superior al resto de la comunidad, en palabras de Villalón, quien con fuerza sostiene “ No niego que en el mundo militar el derecho pueda y deba ser un elemento importante de refuerzo de la disciplina, mas este no debe estar nunca desligado de un sustrato básico que materialmente le es ajeno y que finalmente es lo que conforma la disciplina. Quien de alguna manera esté ligado al mundo castrense podrá comprobar que el cumplimiento del deber no tiene una relación directa con el temor a la sanción ni con el cúmulo de obligaciones plasmadas en la ley (no hay un aprendizaje a partir de los deberes escritos.) hay más bien un habito psicológico que los militares adquieren con sus relaciones personales dentro de la institución. El militar desea la disciplina como el jugador de fútbol prefiere el fair play , como el espectador del tenis respeta el silencio en el auditorio, y como el boxeador concluye no dar golpes por debajo de la cintura de su rival⁵⁶ ”

b).- *La razione loci*: quiere decir, que el delito se cometa en cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias y demás establecimientos o dependencias de las Instituciones armadas o Carabineros⁵⁷ ; en el mismo sentido lo describe el C.J.M en el Art. 435. “Se entiende por recinto militar o policial todo espacio debidamente delimitado, vehículo, naves o aeronaves en los cuales ejerce sus funciones específicas una autoridad militar o policial”. A partir, de esta definición, creen ver algunos que, se estaría ampliando aun más la competencia de los Tribunales Militares, mencionando a vía de ejemplo eventuales abusos sexuales de un militar a un civil en un recinto militar o el hurto a un vehículo militar etc. Mas nosotros creemos que todo delito en razón del lugar debe investigarse, ya que el no hacerlo minaría valores esenciales como la disciplina.

c).- *Ratione temporis*, o sea que se cometa el delito en estado de guerra o de campaña⁵⁸ .

El C.J.M define estado de guerra en los siguientes casos:” Se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada

⁵⁵ Alberto Bovino, Ob. Cit Págs.295

⁵⁶ Matías Villalón , rescatando el régimen disciplinario militar. *Cuadernos de análisis jurídico Nº 13*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998 pags. 185

⁵⁷ Idem cita nº 43

⁵⁸ Idem cita nº 43

oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial ⁵⁹ ”.

En campaña: “Se considera que una fuerza está en campaña, cuando opera en plazas, territorios enemigos, o en plazas o territorios nacionales declarados en estado de asamblea o de sitio, aunque ostensiblemente no aparezcan enemigos en él ⁶⁰ ”

⁵⁹ Art. 416, C.J.M.

⁶⁰ Art. 419, C.J.M

CAPITULO III

Estado de Derecho, Justicia Militar y reforma Procesal Penal

Se sostiene por parte de la doctrina que el Estado evoluciona hasta una etapa superior en que éste, se dota de una organización interna, asimismo se dota de una institucionalidad, el poder se transmite de la persona a los órganos, se diferencia el titular de lo que podríamos llamar el poder accidental del mando con la autoridad que transitoriamente se le ha confiado⁶¹. Es sabido que quien acuñó el término Estado de Derecho fue el alemán Robert von Mohl, quien, en 1832, habló por primera vez del *Rechtstaat*⁶². Posteriormente, vendrían las contribuciones del brillante jurista germano Carl Schmitt, Hermann Heller –primer teorizador del llamado Estado Social de Derecho–, finalmente, Georges Bourdeau. Debemos hacer notar, a fuer de justos, que el desarrollo paulatino de la doctrina del Estado de Derecho no fue espontánea y surgida de la nada, sino que halla sus antecedentes claros y directos en las teorías de los

⁶¹ Cfr. Silva Alejandro. Ob. Cit. Pág. 151

⁶² Rubano Lapasta, Mariela. Apuntes de clases de Derecho Político, año 1998, Pág. 45.

escolásticos españoles, como Vitoria y Suárez, quienes, siguiendo al Doctor Angélico, Santo Tomás de Aquino (1225-1274), concibieron al soberano como sujeto siempre al supremo derecho natural y a los principios políticos no escritos del reino. Ya decían, por lo demás, los visigodos: *Rey eres si bien facieres, si non bien facieres, non fueres rey.*

De este breve esbozo de lo que se entiende por estado de derecho, podemos inferir, sus características mas relevantes.

1) El poder del Estado se encuentra distribuido en distintas funciones realizadas por órganos diferentes.

2) Las autoridades del Estado son elegidas en elecciones competitivas, pacíficas y reguladas.

3) Se establece el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

4) Existe un reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

5) Se establece el principio de la legalidad de la administración y el control jurisdiccional de ella.

6) Control y responsabilidad de los gobernantes.

En el mismo sentido, nuestra Carta fundamental consagra un Estado de derecho en todas sus partes, es decir, tanto orgánica como dogmática. Además, esto se complementa con los Tratados internacionales sobre Derechos Fundamentales a los cuales el Art. 5 de nuestra Constitución alude de forma expresa, “constituyendo una modalidad que permite incorporar a la Constitución material, los derechos fundamentales que no están expresamente contenidos en su texto.”⁶³ La obligación del Estado de promover y respetar los derechos esenciales garantizados en los tratados internacionales, se traduce, según lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (americana de derechos humanos) a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y , en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder publico, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el reestablecimiento si es posible del derecho conculcado, y , en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁶⁴ .

⁶³ Téllez, Claudia, “ Valor Jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Interno”. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile volumen n° 9.*Año 1998.

⁶⁴ Caso Gogines Cruz, fallo de 20 de Enero de 1989, Serie C n° 5 párrafo 166 Citado por Humberto Nogueira en el Trabajo “ dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, Tratado y ley de Amnistía” presentado en la XXIV jornadas de derecho Publico en Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Números 17-19, tomo II paginas 51-85,m citada a su vez por Téllez, Claudia, en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Valor Jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Interno. volumen n° 9. Año 1998.

En este sentido, los principales Tratados internacionales que tienen vigencia en Chile, son:

a) *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

b) *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*. Aprobado por la Organización de Estados Americanos, en 1948.

c) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Chile, el 10 de febrero de 1972 y publicado en el Diario Oficial, el 27 de mayo de 1989.

d) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos realizada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada en Chile, el 21 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

e) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Aprobado por las Naciones Unidas en 1966. En vigencia internacional desde el 23 de marzo de 1976; publicado en el Diario Oficial de 30 de abril de 1989.

f) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, conocido también como el *Pacto de San José de Costa Rica*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Chile, el 10 de febrero de 1972 y publicado en el Diario Oficial, el 29 de abril de 1989.

Hay que destacar que Estado de Derecho y, por ende, la sujeción del poder político a la ley, no debe entenderse en caso alguno como simple legalismo. Como expresa acertadamente el profesor Bernardino Bravo Lira, “en apariencia el positivismo legal o legalismo no altera en nada al Estado de Derecho. Es tan sólo otra forma de él. Todo sigue igual, aunque bajo un nuevo supuesto, a saber, la identificación del derecho con la ley. Al respecto, nada más ilustrativo que la codificación, basada fundamentalmente en el derecho anterior, más que una ruptura, significó una reformulación de él. En definitiva, se tradujo en una transmutación del derecho de juristas en derecho legal. Su contenido no varió gran cosa, pero de ahí en adelante su subsistencia quedó entregada al arbitrio del legislador, vale decir del gobernante.

Esta suerte de estatización del derecho, casi imperceptible, fue el punto de partida para una erosión, unas veces rápida, otras más lenta, del Estado de Derecho. Legalismo y Estado de Derecho se revelaron incompatibles entre sí. No podía ser de otro modo. Desde que derecho y ley se hacen sinónimos no hay cabida para ese derecho anterior y superior al Estado al que alude la célebre sentencia de Paulo: *ius non es regula ius summatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*. O sea: el derecho no se forma a partir de las leyes, sino que éstas han de formarse a partir del derecho vigente.

En otras palabras, el legalismo hace tabla rasa de la milenaria distinción entre lo que es derecho en sí mismo, por ser justo *iustum* –y que, como tal, toca a los entendidos, el jurista de profesión y el juez determinar- y lo que es derecho en virtud de una decisión del poder, por estar así mandado *iussum*, determinación que por su naturaleza misma compete al gobernante. Borrada esta distinción, la relación entre derecho y Estado se

invierte. En lugar de estar *bajo un derecho* anterior y superior a él y a su servicio, el Estado *se superpone al derecho* y lo instrumentaliza para cumplir sus fines. En tales condiciones se desvanece toda posibilidad de que el derecho se imponga al Estado y a los gobernantes...

De esta suerte, sin alterarlo en apariencia, el legalismo carcome por dentro al Estado de derecho, hasta convertirlo en una cáscara vacía. Al respecto la experiencia europea es insuperable”⁶⁵.

Por lo tanto, las alusiones al Estado de derecho no debe entenderse, en nuestro concepto, como una simple sujeción del poder a la ley, sino que, también a la Constitución, que es norma de normas y a los eternos principios del derecho natural, que fundamentan la ley positiva. Es decir, se trata de la sujeción del poder a la ley, pero la ley en tanto justa y en tanto concuerda con la Constitución Política de la República.

Con la puesta en marcha, en forma paulatina en todo el país, de la Reforma Procesal Penal, se abre un extenso campo de discusión, que quizás pueda llegar a constituir la solución definitiva a los procesos seguidos por los Tribunales Militares, en contra de los civiles, que en múltiples hipótesis son arrastrados por esta espacialísima Competencia. “debe además, tenerse presente que lo que corresponde a un Estado Democrático de derecho respetuoso de los Derechos Humanos, es que el control punitivo del Estado, que limita los derechos de las personas, se lleve a cabo mediante los procedimientos y con las garantías representadas por el derecho penal”⁶⁶.

Principios generales del Derecho.

Parte fundamental de esta tesis es dilucidar si es posible la aplicación extensiva de los principios que informan la nueva legislación procesal penal a los juicios que se sustancian por los tribunales militares en tiempo de paz.

Para ello, es preciso comenzar definiendo qué entendemos por principios generales del derecho. Al respecto, nada mejor que citar al ilustre jurista español Francisco Elías de Tejada. Para este jurisconsulto, el tema de la ley natural tiene una importante relación con el de los “principios generales del derecho”, toda vez que, según Elías de Tejada⁶⁷, “en la segunda mitad del siglo XIX, la noción de ‘principios generales del derecho’ fue ‘el inconfesado sustitutivo que el positivismo jurídico encontró para la idea eternamente válida del derecho natural’. La máxima expresión de este criterio la veía expresada en 1894, por Ernst Rudolf Bierling, en su *Juristische Prinzipienlehre*, como ‘una jurisprudencia por encima de las jurisprudencias particulares, como construcción jurídica superior que adquiriese, en virtud de las aspiraciones ansiadas y del método empleado [es decir, el inductivo a partir de las normas positivas del primer Ihering, en el volumen I

⁶⁵ Bravo Lira, Bernardino: *Por la Razón o la Fuerza. El Estado de Derecho en la Historia de Chile*. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996, págs. 344-345.

⁶⁶ Mera Figueroa, Jorge. *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile 1998.

⁶⁷ F. Elías de Tejada. *Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el derecho natural hispánico*, 1, R.G.L.J., 213, 1962-2.º, pp. 7 y ss.

de *El Espíritu del derecho romano*] la generalidad más vecina posible a la universalidad que había caracterizado el viejo derecho natural.”⁶⁸

Fue así como en España, desde que se situaron en el Código Civil los principios generales del derecho como fuente jurídica, predominó el criterio de considerar a los principios de derecho natural o el supremo de la justicia fundamental de ellos no sólo detrás de la ley, sino, en algunos casos, junto a ella. Así Mucius Scaevola⁶⁹ -los principios generales del derecho son “lo que otros llaman derecho natural, o, lo que es lo mismo, ciertas normas universales de bien obrar, moldeadas en la equidad”-, y Castán Tobeñas⁷⁰ -quien concebía los principios generales del derecho “dentro del ámbito de criterios objetivos, hermanando los peculiares del derecho positivo patrio con los universales y supremos del derecho natural”, y que “parecen elevarse desde el último rango de la jerarquía de las normas, que le atribuye el legislador español, al puesto primero”, porque “se entrecruzan con la ley, en la que van embebidas o comprendidos, a lo menos implícitamente”-, entre muchos otros⁷¹.

Ahora bien: cuando Santo Tomás, señalaba como primer principio de la ley natural y de la razón práctica: “se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal”⁷², o cuando Ulpiano exponía los principios de derecho -“*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuendi*”⁷³, o no hacían sino expresar principios formales. De ahí que “los principios generales del derecho no concluyen aquí. Casi diría que de ahí arrancan; es decir, éstos son sus presupuestos sobre cuya base comienza, propiamente, su elaboración jurídica. En su desarrollo, cada pueblo en el transcurso de su historia, los va adecuando a sus diversas circunstancias de situación geográfica, climática y militar, comercial, económica, social, a sus aptitudes, clima moral, género de vida, etcétera, etc.; los va forjando y, a veces, proclamando de uno u otro modo. Y, en su discurso histórico, los conserva o modifica en su tradición viva y, a veces, se le desvanecen a medida que pierden su ser o lo cambian por propia transformación o por asimilación a otros pueblos. Estos principios elaborados en la historia son también generales, pero no de ámbito universal sino del propio pueblo de que se trate.

En fin, en la formación de instituciones jurídicas, cada una de ellas o un conjunto de

⁶⁸ Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología de las leyes*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág. 348.

⁶⁹ Quintus Mucius Scaevola, *Código civil concordado y comentado extensamente*, I, art. 6º; cfr. 5º ed. Madrid, Impr. Ricardo F. de Rojas, 1912, p. 212. Citado en ML, pág. 350.

⁷⁰ José Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, pp. 165. Citado en ML, pág. 351.

⁷¹ En ML se cita también a Felipe Clemente de Diego, Calixto Valverde Valverde, Blas Pérez y José Alguer, Federico de Castro y Bravo -quien distinguió tres tipos fundamentales que eran fuente del derecho español: “los de derecho natural, los tradicionales y los políticos”, siendo seguido por Manuel Battle Vásquez.

⁷² *S. Th.*, I-II, 94, 3, resp.

⁷³ *Dig.*, párrafo 1.

determinadas ramas jurídicas han ido mostrando unos principios peculiares de cada una o de cada conjunto o rama”⁷⁴, por lo que se habla de principios del derecho civil y mercantil, dentro del primero, del derecho sucesorio, etc...⁷⁵.

Al respecto, expresa el también hispano Federico de Castro y Bravo, que “la expresión principios generales del Derecho permite comprender en ella todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Esta es su ventaja respecto de otros términos, como principios de Justicia, principios del Derecho natural, equidad o razón natural, que con ella se alude también a los demás tipos de normas no formuladas, principios sociales (tradicionales) y principios políticos, cuya existencia es igualmente cierta. Unos y otros, a pesar de su distinto origen y naturaleza, coincidan en tener igual significado en el ordenamiento jurídico, respecto al Derecho formulado, y se caracterizan, del mismo modo, en que la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesaria su concreción en una regla formulada.

En este amplio significado son: ‘las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación’.

La eficacia de los principios generales es muy superior a la de una norma subsidiaria. Es fundamental para el Derecho positivo en cada uno de sus aspectos: constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas”⁷⁶.

Es capital determinar las funciones que cumplen en todo el ordenamiento jurídico dichos principios generales. Al respecto, Federico de Castro expresa que Funciones: “Los principios generales del Derecho manifiestan su eficacia respecto al Derecho positivo como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre”⁷⁷.

⁷⁴ ML, pág. 353.

⁷⁵ Sobre lo referido en los párrafos anteriores, cfr: Vallet de Goytisolo, Metodología jurídica, Civitas, Madrid, 1988, pp. 109-110: “La perspectiva de los principios jurídicos que antes hemos tratado de contemplar nos lleva a distinguir: 1.º Unos principios permanentes del derecho, en su esencia más general, que se obtienen con el saber común o con el filosófico. 2.º Otros principios jurídicos, propios de cada pueblo a través de la historia; que éste va forjando y adecuando, que conserva o que se desvanece. Pueden referirse a derechos que no son sino historia pasada o a derechos vivos que suceden en una tradición que continúa. Son también generales, pero no en un ámbito universal, sino en el propio del pueblo de que se trate. 3.º Y otros referidos a cada institución jurídica, o a un conjunto de instituciones de una determinada rama del derecho. Así se ha hablado de distinguir los principios del derecho civil y los del derecho mercantil; se han enumerado principios del derecho sucesorio; se han señalado principios que, aún afectando a varias distintas ramas del derecho o incluso a todas, vienen a crear determinados criterios inspiradores, como los de la buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento injusto, de no ir en contra de los actos propios, etc.”

⁷⁶ Federico de Castro, Derecho Civil de España, Civitas, Madrid, 1984, parte tercera, capítulo cuarto, pp. 419-420.

⁷⁷ DCE, pp. 427-428.

Como fundamentos del ordenamiento jurídico: “Los principios generales, como las últimas bases del Derecho muestran su eficacia de modo negativo y positivo. La contradicción entre los textos legales y los principios jurídicos es de extrema gravedad para el orden jurídico. La desviación fundamental respecto de los principios de Derecho natural origina la condenación del ordenamiento por antijurídico; el apartamiento de los principios tradicionales producirá su repudiación por tiránico o antinacional; la contradicción con los principios políticos significarán la ineficacia y la derogación tácita de los textos irreconciliables. Esta contradicción, sólo posible en momentos de crisis del Estado, termina con el reajustamiento jurídico, al desaparecer o superarse las causas que lo produjeran.

... No son los principios generales consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital. Los principios jurídicos son los únicos que pueden ofrecer criterios para resolver las cuestiones primarias del Derecho. Determinan: el ámbito de lo jurídico y el de lo extrajurídico; cuáles son las fuentes jurídicas, su rango respectivo y los requisitos que han de tener las normas derivadas de cada una; el método de interpretación de las normas, el modo de completarlas, etc.”⁷⁸

Como orientadores de la labor interpretativa: “Los principios generales señalan el método de interpretación de las normas, propio de un ordenamiento jurídico, y, además, indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir: admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance, definir el significado de los conceptos empleados, dar contenido a los modelos de conducta, etc.”⁷⁹

Como fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre: “Este efecto está taxativamente señalado por el artículo 6.º del Código civil. Incorre en responsabilidad el Tribunal que rehúsa a fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, porque aunque no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, ni costumbre del lugar que aplicar, podrá siempre recurrir en su defecto, a la fuente inagotable de los principios generales de Derecho.

De este modo se resuelve, por medio de los principios generales, la cuestión de las lagunas del Derecho, e incluso en el caso en que el juez se inhiba por tratarse de una cuestión no jurídica, lo hará basándose en una norma jurídica, el principio que delimita el campo de lo jurídico”⁸⁰.

Aplicación de los Principios que Informan al Nuevo Sistema procesal Penal a todo el Ordenamiento

⁷⁸ DCE, p. 428.

⁷⁹ DCE, pp. 428-429.

⁸⁰ DCE, p. 429.

Procesal penal incluido los procedimientos especiales

De un breve análisis de los mas relevantes Tratados Internacionales así como del sucinto esbozo de los principios generales del derecho arriba enunciado, se desprende que resulta obligatorio para nuestro país adecuar su legislación interna, y de manera mas perentoria aun, la procesal Militar en los tópicos largamente analizados, a las normas Internacionales sobre Derechos Humanos, ya que al ser ratificados por nuestro país surge con ello la obligación Jurídica Internacional de poner al día su legislación acorde los tratados que de manera libre y consciente firmo. Sostiene en este sentido Mera que para que ello acaeciera sería necesario, empero voluntad de tipo política para emprender tan titánica y urgente tarea. No desconocemos, mal podríamos hacerlo, que dicha labor resulta en extremo compleja, siguiendo al mismo autor, ardua y tomaría muy probablemente un lapso de tiempo muy prolongado. Mientras aquella adecuación se torne palpable, no nos queda más, a los intérpretes del derecho, que por vía de la interpretación extensiva tratar de aplicar toda esta moderna, actualizada y acorde a los nuevos tiempos Doctrina que ha inspirado la reforma Procesal Penal y que con tanto entusiasmo se encuentra vigente en la mayoría de nuestro extenso país.

De hecho, algunos sostienen que los Principios, que de manera clara, consagra el Nuevo Código Procesal Penal se aplicarían a todo el derecho procesal Penal, tanto al antiguo procedimiento, también a los procedimientos especiales, como lo es, el seguido ante los Tribunales Militares, la razón es simple: se aplican porque son Principios y, al respecto, nos remitimos a las funciones que Federico de Castro asigna a tales principios, según lo arriba expresado, es decir: ser fundamento del ordenamiento jurídico, orientar la labor interpretativa, y suplir la insuficiencia de la ley y de las costumbres.

En derecho comparado el profesor Gustavo Zagrebelsky, al preguntarse la diferencia entre las reglas y los principios nos dice, “en primer lugar solo los principios, desempeñan un papel propiamente Constitucional, es decir, constitutivo del ordenamiento jurídico . Las reglas , aunque estén escritas en la Constitución , no son mas que leyes reforzadas por su forma especial ⁸¹ .”, a renglón seguido agrega “ las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones especificas previstas por las reglas mismas , los principios directamente , no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que ha priori parecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de supuestos de hecho , a los principios , a diferencia de lo que sucede con las reglas , solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto . su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos , y solo en los casos concretos se puede entender su alcance ⁸² ” termina nuestro autor reafirmando su tesis cuando nos indica “ la aplicación

⁸¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho Dúctil*. Simancas Editores. Sevilla, 1999.

⁸² Ibid.

de los principios requiere que cuando la realidad exija de nosotros una reacción se tome posición ante ésta , de conformidad con ellos. Una maquina capaz de tomar posición en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la maquina continúe siendo maquina⁸³ ”

Por ello, estimamos que la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, hizo aplicación de ellos, en Causa Rol N° 28.075-2002 en el considerando N° 17: “Que las disposiciones que del nuevo Código Procesal Penal se ha consignado en el N° 2 del fundamento 12° de este fallo se encuentran en pleno vigor y son por consiguiente de aplicación inmediata en la especie, no sólo como elementos sistemáticos de interpretación de los últimos progresos legislativos en el ámbito de un nuevo ordenamiento protector de los derechos humanos, sino que más aún por constituir derecho y ley en plena vigencia, precisamente en virtud del principio de la supremacía constitucional a que se ha hecho referencia en el considerando anterior, y, más aún, por expresarse y reconocerse así en el Código nuevo mismo. En efecto, si bien los artículos 483 y 484 del referido nuevo Código Procesal Penal establecen que sus disposiciones “se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, y que “comenzará a regir” para las distintas regiones del país al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la Ley N° 19.640 —Orgánica Constitucional del Ministerio Público—, el expresado ámbito de aplicación del nuevo Código se halla sin embargo complementado clara y armónicamente, en cuanto a los hechos acaecidos “con anterioridad” a su vigencia, por lo dispuesto en su artículo n11 —cuyo epígrafe se intitula “Aplicación temporal de la ley procesal penal”—,según el cual “las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. Como puede apreciarse, este último precepto no hace sino mantener lo establecido en el artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, según el cual “las diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”, en armonía a su vez con el propósito permanente del constituyente y del legislador, manifestado en los artículos 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución y 18 del Código Penal, en orden a aplicar siempre la que “favorezca al afectado” o le sea “menos rigurosa⁸⁴ ”;

Reiterando la importancia de los principios generales del derecho procesal Penal, que se aplicarían , resulta interesante, revisar el considerando 23 del citado fallo: “Que, al adoptar la decisión que se dirá en lo resolutivo, estima esta Corte se habrá ceñido estrictamente en ello a la naturaleza de los hechos investigados en esta causa, a la luz de las nuevas orientaciones del Derecho Constitucional y Procesal moderno, recogidas precisamente en el nuevo Código Procesal Penal, y caracterizadas tanto en lo simplemente doctrinario cuanto en diversos otros actos legislativos concretos encaminados la protección de los derechos humanos como bienes superiores del hombre e inherentes a la dignidad de las personas, cual, por excelencia, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Y ha sido tal la solidez del resguardo que a los derechos del hombre ha conferido el nuevo Código que ha previsto precisamente la nulidad de las

⁸³ ibid.

⁸⁴ Causa Rol N° 28.075-2002 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

actuaciones o diligencias procesales que atenten “contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento” (artículo 159); que ha dado en tales casos el carácter de “presunción de derecho del perjuicio” sufrido por alguna de las partes en el procedimiento “si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República” (artículo 160)⁸⁵ ”

Precisamente estos considerándoos de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, son los que nos permiten argumentar, en orden a que los Principios del Nuevo Procedimiento Procesal Penal, podrían aplicarse a los procedimientos seguidos ante los Tribunales Militares, con lo cual, ante el lento proceso de legislar sobre las leyes especiales que otorgan Competencia a los tribunales Militares, podríamos tener Juicios, quizás un poco mas racionales y justos, en donde concurren de mejor manera principios tan elementales como la bilateralidad de la audiencia, el derecho de ser Juzgado por un Tribunal letrado, etc., todas ellas tan comunes, a la Jurisdicción Militar, por estos días.

Retomando el criterio de interpretación, debemos tener muy en cuenta, que los derechos humanos proporcionan valiosísimos criterios de interpretación, en “términos de posibilitar, por parte de los tribunales... la aplicación de las normas- procesales penales militares- en armonía con dichos derechos. Estos pueden y deben, ajustarse a lo señalado allí, particularmente tras la reforma de 1991 al Art. 5 de la Constitución y considerando también la ampliación y profundización de las bases constitucionales del derecho en cuestión establecidas en la ley fundamental⁸⁶ ”.

Posible Incompetencia de la Justicia Militar para conocer delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de Civiles

87

El asunto a dilucidar en el presente análisis es plantear las razones, fundamentalmente de texto, por las cuales los delitos perpetrados por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de civiles deben ser conocidos por la justicia ordinaria y que, en ningún caso, son los fiscales del Ministerio Público los llamados a pronunciarse sobre cuál es el tribunal competente. Recordemos, que la posibilidad de que los delitos que sean cometidos por militares en servicio o con ocasión de él es solo una de las hipótesis que más arriba estudiamos como problemática.

⁸⁵ Causa Rol N° 28.075-2002, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago

⁸⁶ Ob. Cit Pág. 21

⁸⁷ Problemática planteada por el profesor Jaime Madariaga, de la Universidad Católica de Temuco.

La norma que abre la puerta a esta hipótesis es el Art. 111 de Código procesal Penal “Querellante... La querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario.

También se podrá querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública⁸⁸”.

Quienes sostienen esta teoría, practican un resumen del Art. Recién citado quedando de la siguiente manera: “La querrela podrá ser interpuesta (...) respecto de (...) delitos cometidos por un funcionario público que afectaren los derechos de las personas garantizados en la Constitución...”.

La norma contenida en el inciso 2º de dicha disposición debe ser interpretada en un sentido que produzca algún efecto y desecharse una interpretación que nos lleve a la conclusión que ella no produce efecto. Dicha disposición señala en la parte pertinente que “... se podrá querrellar cualquier persona (...) respecto de (...) delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución...”.

Los uniformados son funcionarios públicos, entendiéndose por tal, cualquier individuo que ejerce función pública en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal. Las siguientes disposiciones nos llevan a concluirlo:

- Ley 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas: “Las Fuerzas Armadas, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República⁸⁹”.

- Artículo 1º incisos 1º y 2º de la Ley 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile: “Carabineros de Chile es una Institución policial, técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho: su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomienden la Constitución y la ley. Se integrará, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República.

Dependerá directamente del Ministerio de Defensa Nacional y se vinculará administrativamente con éste a través de la Subsecretaría de Carabineros⁹⁰”.

- El artículo 1º inciso 2º de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y

⁸⁸ Código procesal penal.

⁸⁹ Artículo 1º inciso 1º de la Ley 18.948

⁹⁰ Artículo 1º incisos 1º y 2º de la Ley 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile

servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley⁹¹”.

Normas que permiten argumentar en contrario, es decir, que están por mantener la Competencia de los tribunales Militares

Existen diversas disposiciones en nuestro Ordenamiento jurídico que forma expresa le otorgan a los tribunales militares la capacidad de conocer, juzgar y resolver ilícitos en los cuales se tenga por sujeto activo a un integrante de las Fuerzas Armadas, entre ellas podemos mencionar:

- Artículo 1º del Código de Justicia Militar: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código”.

- Artículo 5º del Código de Justicia Militar: “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

1.- De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales las contempladas en este Código...

3.- De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto de servicio militar o con ocasión de él, ...”.

Es esta última disposición la que se ha interpretado de forma de coloca bajo la jurisdicción militar los delitos cometidos por los militares y carabineros en contra de civiles, siempre que se cometan en acto de servicio o con ocasión de él.

- Artículo 80 A de la Constitución Política en su inciso final: “El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas de tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen⁹²”.

De la lectura de los preceptos, arriba transcritos, fluye claramente, que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de civiles, deben ser siempre conocidos por los Tribunales Militares, como se desprende de las normas recién citadas.

⁹¹ Artículo 1º inciso 2º de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

⁹² Artículo 80 A de la Constitución Política de la Republica de Chile.

Por su parte el Art. 80 de nuestra Carta fundamental es claro y no hay forma de que conduzca a otra interpretación, además por un principio de Supremacía Constitucional, entendemos que las normas hay que interpretarlas de manera armónica de forma tal que resulte un todo coherente y lógico, respetando como norma de clausura Superior, a la Constitución Política, que como se aprecia, es clara en el Art. 80 letra A Inc. Final.

También, el autor olvida el Art. 18 de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado excluye ciertos órganos para la aplicación de ese título, por lo que no queda tan claro que aquel argumento sirva para sostener aquella teoría. Además, no podemos dejar de mencionar que la ley 18.575 solo es aplicable, como su nombre lo indica, para efectos de administración, mas no podría ser ocupada como un referente para quitar la Competencia a un Tribunal, considerando sobre todo, existiendo norma expresa que otorga dicha Competencia.

Por todo lo expuesto, consideramos, que las ideas del Sr. Madariaga, por loables y creativas que pudieren resultar ser no tendrían mayor sustento jurídico, por lo tanto debieran ser desechadas.

Una Mirada al derecho Comparado

La mayor o menor extensión de la competencia de los Tribunales Militares en tiempo de paz no es discusión solo en nuestro país, ni solo en Latinoamérica como algunos han pretendido, sino que a nivel global el tema es muy discutido, de la misma manera tampoco hay una única solución, ya que aquello dependerá entre otros factores, de como veamos la evolución de la tradición de cada grupo humano.

En efecto, se distinguen a grandes rasgos por lo menos dos grupos de países: por una parte aquellos que otorgan a sus tribunales una competencia amplia y por otro aquellos países que restringen dicha competencia, incluso algunos llegan al extremo de eliminarla por completo y solo mantenerla en tiempo de guerra.

“En cuanto al ámbito de competencia de los tribunales militares hay que distinguir las siguientes hipótesis:

Posibilidad de juzgamiento de civiles por la justicia militar: Es posible encontrar en América latina tres modelos de solución normativa al problema del juzgamiento de civiles por tribunales militares :

ordenamientos jurídicos que proscriben de modo absoluto esa posibilidad;

ordenamientos jurídicos que someten excepcionalmente a los civiles al fuero militar.

ordenamientos jurídicos que admiten ampliamente la posibilidad de juzgamiento de civiles por la justicia castrense.

Posibilidad de juzgamiento de delitos militares por la comisión de delitos comunes

En cuanto al resto de los casos es posible el juzgamiento de militares por delitos comunes, cuando concurren ciertas circunstancias (por razones de servicio o con ocasión

de él, por razón de cometerse en lugares militares, o por razón de guerra o campaña) o cuando éstos se encuentran expresamente tipificados en la ley penal militar.

Países que excluyen la posibilidad de Juzgar civiles, pero que mantienen el régimen de Jurisdicción a las Autoridades Militares

La solución ideal, en este sentido, la encontramos adoptada por la Constitución Política de Guatemala, que establece claramente la regla de que “ningún civil podrá ser juzgado por tribunales militares⁹³” Conforme a este principio, los civiles no pueden ser sometidos a la jurisdicción militar ni siquiera en aquellos casos de delitos comprendidos en la legislación Penal Militar-v.gr., espionaje militar, atentados contra destacamentos militares, evasión del servicio militar- , y mucho menos si se trata de delitos comunes. Se debe interpretar que la misma prohibición absoluta rige en los países cuyas constituciones no contienen referencias a la justicia militar y, también, en aquellos que establecen tribunales militares y, sin embargo, no autorizan expresamente el juzgamiento de civiles por parte de dichos tribunales. Así pues, a falta de otra solución expresa, el juzgamiento de infracciones penales cometidas por civiles corresponde a los tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial.⁹⁴”

En este mismo sentido, de prohibir el juzgamiento de civiles por tribunales militares, se encuentra la legislación Argentina, pero dicha prohibición no emana de la Constitución como en el caso de la República de Guatemala sino que deriva de su propio C.J.M. En palabras de la Profesora Sra. Horvitz “La justicia militar Argentina jamás puede juzgar a civiles”. Así se desprende del contenido del Art. 109 CJM, que enumera quienes están sujetos en todo tiempo a la jurisdicción militar, y de la revisión de los tipos penales de la parte especial del código que hacen constante referencia al sujeto activo que ostenta la calidad militar.

No obstante lo anterior, cabría criticar el sometimiento al fuero militar de la siguiente categoría de sujetos:

A las personas obligadas a prestar el servicio de defensa nacional, desde el momento en que sean convocadas.

Los militares retirados, en ciertas hipótesis delictivas ajenas a cualquier función militar.

Los delitos comunes cometidos por militares están sometidos a la jurisdicción común⁹⁵”.

⁹³ Art. 219, Párr. II, Constitución Política de la Republica de Guatemala.

⁹⁴ Alberto Bovino, La justicia Militar y el Juzgamiento de Civiles Págs. 292)

Países que mantienen la posibilidad de Juzgar civiles por tribunales Militares o de Juzgar civiles por delitos Comunes

Entre los países que otorgan un sistema de Competencia amplísima, que incluso permiten la posibilidad de juzgar a civiles, está el caso de Venezuela, país en que “existe un importante abanico de casos en que civiles pueden ser juzgados por tribunales militares, ya por cometer delitos propiamente militares o delitos comunes en lugares militares, en actos de servicio o con ocasión de él, ya como autores o cómplices. Asimismo, militares que cometen delitos comunes en ciertas circunstancias - “delitos militarizados”- también son sometidos al fuero militar para el juzgamiento de los mismos⁹⁶”

En cuanto a la materia, existen determinados delitos que aún, en países en donde se prohíbe procesar a civiles por tribunales militares, bajo determinados supuestos, se permitiría sancionar aquellos ilícitos, entre otros, “Delitos cometidos por civiles, podría pensarse que ciertas conductas que atentan contra el bien jurídico militar, potencial bélico de las fuerzas para la protección de la seguridad exterior ante el evento de una guerra, lesionándolo o poniéndolo en peligro concreto, requerían de juicio especializado por tribunales conocedores de la materia castrense, cualquiera que fuese el autor de dichas conductas.

Ello podría ocurrir, por ejemplo, en caso de destrucción masiva de armamento del Ejército, o en caso de agresiones físicas a centinelas de las Fuerzas Armadas, que por ejemplo, les impidan cumplir con su misión. En Derecho comparado se, reconoce carácter militar a estas conductas en Argentina, Uruguay y España.⁹⁷”

Países que han suprimido la jurisdicción penal militar en tiempo de paz

Ha habido en algunos países, tentativas para suprimir la jurisdicción penal militar en tiempo de paz. En Francia, por ejemplo, se intentó su supresión a raíz del caso Dreyfuz,

⁹⁵ María Inés Horvitz Lennon, Ob. Cit. Págs.153 .

⁹⁶ Idem Pág. 159

⁹⁷ Jaime Couso –“ Competencia de la Justicia Militar, una perspectiva político-criminal”. Mera Figueroa, Jorge et al; *Justicia militar y Estado de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico N° 40*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998. Pág. 87.

hasta que finalmente se elimino completamente de aquel ordenamiento jurídico dicha especial competencia. En Alemania la Constitución de Weimar de 1919 fue precursora en suprimir la jurisdicción penal militar en tiempo de paz, manteniéndola solamente a bordo de naves de guerra en servicio y sólo respecto de su personal. De acuerdo con esta supresión, de los delitos militares, entraban a conocer, con la excepción antes indicada, los Tribunales ordinarios o de fuero común, complementando esta reforma en 1926 se dictó en Alemania un Código penal militar, que ha sido reemplazado por la Ley penal militar de 1957.

No tan drástica como la situación anterior, resulta la experiencia de otros países, “En cuanto a la competencia de la jurisdicción penal militar, existe una tendencia manifiesta a restringir el fuero militar al ámbito de lo estrictamente castrense, esto es, respecto de los delitos militares y contra imputados que ostenten tal calidad. Tal es la situación, por ejemplo, en Italia, Gran Bretaña y España⁹⁸ .

De la revisión y estudio de la legislación comparada de nuestro continente y Europa el profesor Andrés Baytelman llega a interesantes conclusiones, que reproducimos y hacemos nuestras:

Los sistemas legales latinoamericanos carecen, en general, de una conceptualización expresa y univoca de delito militar, no obstante buena parte de ellos hace referencia normativa a este concepto para señalar el contenido de la jurisdicción castrense.

La mayoría de las legislaciones alude a los delitos militares con expresiones nada más formales, haciendo una mera referencia a “ los que el código Militar y las demás leyes especiales tipifican como delitos militares”. Así, por ejemplo, el Art. 1 , parte segunda del Código Militar de Guatemala , señala que “ Jurisdicción Militar es la potestad de conocer y sentenciar los asuntos civiles y criminales de que trata este código , y de hacer que se ejecute la sentencia”; Así también el CJM, de Paraguay: (a) Los tribunales Militares serán organizados para juzgar los delitos y las faltas de carácter militar , calificados como tales por la ley” así , en fin , el Art. 42 del CJM, de Nicaragua: “ Los órganos Judiciales Militares serán competentes para conocer de los delitos y faltas militares cometidos por los miembros del Ejército, de conformidad a la calificación que haga el Código penal Militar”.

Prácticamente todas las legislaciones han tendido a consagrar constitucionalmente la Jurisdicción Militar, y a hacerlo con expresiones como “delitos puramente militares”, “ delitos estrictamente militares” o “ delitos de función”. No obstante, no parece haber en América Latina demasiado desarrollo acerca de cuales delitos pertenecen a esta categoría, ni cual es el criterio que los diferencia. Algunos avances se han producido, sin embargo, según vamos a mostrar.

En cuanto a la inclusión en el concepto de delito militar de los llamados “delitos militares impropios”, hay que distinguir, que mientras la militarización de delitos comunes por concepto de *ratione materiae* parece ser el gran problema que emerge de la justicia militar latinoamericana, la tendencia observada en la legislación comparada de nuestro

⁹⁸ María Inés Horvitz Lennon, Ob. Cit Pág. 96.

continente conduce a atenuar fuertemente la posibilidad de que delitos comunes se militaricen por concepto de *ratione personae*⁹⁹ .”

Propuestas de cambio a la justicia militar

Dada las últimas modificaciones a la Justicia Procesal Penal fundada en la urgencia de conciliar nuestra legislación interna con los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, reforma ya vigente en la casi totalidad del país, la doctrina procesalista comienza a cuestionar otras áreas del derecho, entre las cuales se encuentra la Jurisdicción Militar en la cual, el carácter inquisitivo de la investigación, sumado a su excesiva competencia hace del procedimiento en comento una verdadera “isla jurídica” en el mar del Derecho.

Debemos recordar que los Tribunales Militares, aun cuando son Tribunales especiales, al igual que los tribunales Ordinarios necesitan, para el desarrollo cabal de sus funciones, contar con la plena confianza jurídica de todos los miembros de la comunidad tanto en la práctica de sus investigaciones como en la calidad de sus fallos. En este sentido, don Luis Maldonado Boggiano, Presidente de la Corte Suprema en su discurso con motivo de la inauguración del año judicial el año 1989 ya denunciaba la existencia de delicados problemas en este ámbito, que el atribuye a una serie de circunstancias históricas vividas por el país y que son de todos conocidas, se fueron incorporando como materia de conocimiento de la justicia militar una serie de hechos ilícitos, algunos de contenido político que son impropiamente militares y que le fueron entregadas a esa jurisdicción en virtud, algunas veces, únicamente en beneficio de la rapidez del procedimiento.¹⁰⁰

Así, con aquellos inconvenientes llegamos al siglo veintiuno y aun no se ve que haya intenciones claras por parte de nuestros legisladores en modificar aquella normativa. Solo a nivel académico surgen algunas voces que propugnan un cambio, “con estas aseveraciones personales estoy postulando que la organización y los procedimientos de los Tribunales Militares debieran ser muy similares a los establecidos en la Reforma Procesal Penal. En este sentido, consideramos que si la sociedad resolvió reemplazar el antiguo sistema de procedimiento penal por el que ha entrado en vigencia en forma sistemática aunque gradual, pareciera justificable que en el ámbito jurídico castrense se apliquen los mismos principios y organización que orientan a la Reforma Procesal Penal, pero siempre tomando en consideración las características propias e inherentes de las Fuerzas Armadas y de Orden, que el Constituyente de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas consagran¹⁰¹ .”

⁹⁹ Andrés Baytelman, La justicia militar en América latina Mera Figueroa, Jorge et al; *Justicia militar y Estado de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico N° 40*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998. Págs. 162-163

¹⁰⁰ Luis Maldonado Boggiano, Presidente de la Corte Suprema en su discurso con motivo de la inauguración del año judicial el año 1989

En el mismo sentido el profesor Couso expresa: La Reforma debería comprender entre otras tareas: Delimitar la competencia de la Justicia Militar, asignándole solamente el conocimiento de los delitos propiamente militares, cometidos por militares en su calidad de tales. Para ello es necesario deslindar conceptualmente, desde un punto de vista político-criminal, el delito militar, tanto frente a los delitos comunes, como frente a las infracciones disciplinarias militares¹⁰².

Como tuvimos la oportunidad de ver, otros ordenamientos jurídicos, ya han iniciado profundas revisiones a su normativa interna, restringiendo la competencia de la justicia militar, excluyendo o sustrayendo el juzgamiento de civiles. No obstante lo anterior, este factor debe ser evaluado en forma prudente, por cuanto cada Estado tiene su propia percepción de la forma en que debe limitarse el juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares

Lo que proponemos, no se trata en manera alguna de un abolicionismo de la Justicia Militar como tal, sino una reestructuración, ya que hay razones justificatorias que hacen necesaria su existencia, así como bienes jurídicos que es necesario resguardar a través de la tipificación de “delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio y en recintos militares. Tal vez debieran readecuarse las definiciones que el legislador estableció en el título 3° del libro 4° “disposiciones complementarias” del CJM, ya que podríamos concluir que algunas son demasiado extensivas. Esta sería la forma de delimitar la materia. En definitiva mi experiencia me indica que los delitos comunes cometidos por militares afectan de una u otra forma a la disciplina. Es cierto que esta circunstancia podría ser en principio dificultosa en su comprensión por el estamento civil, pero en la vida militar cotidiana, situaciones que aparecen simples o comunes para el civil tienen en aquella una connotación diferente.¹⁰³”

Conclusiones

Las Fuerzas Armadas, nacen de la imperiosa necesidad de mantener el poder conquistado mediante la fuerza a otros grupos socialmente organizados siendo constituidas principalmente en sus orígenes por los miembros de los clanes o familias.

En Roma, se consolida una estructura sólida, jerarquizada, disciplinada y cohesionada constituyendo de esta manera las bases de un ejército moderno. Aparejado a ello nace la judicatura castrense para suplir la necesidad de articular y solucionar los conflictos de intereses de los miembros de este ente social que hoy conocemos como ejército. Con ello además se logra otorgar ciertas facilidades a los miembros de dichos

¹⁰¹ Sergio Cea. Ob. Cit. Pág. 267 .

¹⁰² Jaime Couso Ob. Cit. Pág 256.

¹⁰³ Sergio Cea. Ob. Cit. Págs. 264-265.

cuerpos con el fin de hacer más llevadera la dura vida militar, como por ejemplo el ser juzgado por un igual, quien conoce la sufrida vida del militar en tierra de extranjeros.

Al producirse la conquista y el poblamiento de América por parte del conquistador español, se introducen en estas tierras una serie de normas, decretos, fueros y ordenanzas que además de regular la vida en sociedad, el comercio y la conquista entraban a normar la organización militar, las sanciones aplicadas a la hueste en caso de incurrir en algunos de los ilícitos descritos y tipificados en algunas de las variadas normas arriba descritas y las condiciones con las cuales los conquistadores colonizaban estas lejanas tierras.

Una vez lograda cierta estabilidad política quedando en el pasado, las múltiples batallas para lograr la independencia, los breves períodos de anarquía interna, el cese de las hostilidades por parte de las naciones vecinas, el país paulatinamente comienza a buscar su cauce republicano, iniciándose a su vez la codificación dentro de las distintas materias y especialmente la legislación militar.

Luego de múltiples ensayos y proyectos de autores nacionales ve la luz el Código de Justicia Militar de 1925 que marca el hito según algunos, del aumento de la competencia por parte de los Tribunales militares.

Con leyes tales como la primitiva ley de seguridad interior del estado N° 6.026, la ley llamada de Defensa Permanente de la Democracia N° 8.987, la ley de seguridad interior del Estado N° 12.927 son dictadas por parte de los Gobiernos Civiles para mantener el orden y la seguridad interna pensando que al otorgarle competencia a los tribunales militares se logrará un juicio más rápido y quedando en el inconsciente popular que en el caso de aplicar las sanciones estas serán más drásticas y severas.

Una vez producido el pronunciamiento militar de 1973 se dictan una serie de decretos-leyes que si bien en esta investigación no se analizaron¹⁰⁴ van marcando una tendencia en orden a darle mayores atribuciones a los Tribunales militares. Una serie de sangrientos atentados a autoridades militares de la época y funcionarios policiales perpetrados por grupos subversivos que a su vez utilizaban la vía armada para combatir al régimen de Gobierno que se había instaurado en el país justificarían con mayor razón la hipertrofiada competencia militar.

La mayoría de las leyes especiales estudiadas que otorgan atribución a los tribunales militares en razón de la materia, arrastrando a civiles se encontraría en franca inconstitucionalidad por cuanto todas ellas violarían el precepto constitucional del Art. 19 N°3, en lo relativo a la igualdad en el ejercicio de los derechos, a la legalidad del juzgamiento, justo proceso y a la norma sobre leyes penales en blanco¹⁰⁵. En lo que respecta al debido proceso podemos señalar que no solamente es aquel que nos da las grandes líneas o principios a que se somete un proceso penal, sino aquel que contiene

¹⁰⁴ Decreto-Ley N° 81 que establece sanciones para quienes desobedezcan el llamamiento público de presentarse ante las autoridades que por razones de seguridad del Estado, formule el Gobierno y para los que ingresen clandestinamente al país. Ley 18.015 que sanciona al que ingrese al territorio nacional de manera ilícita. Decreto-Ley N° 425 del año 1974 sobre movilización nacional y el Decreto-Ley N° 1.009 de 1975 que determina la protección jurídica de los derechos procesales de los detenidos por delitos contra la seguridad nacional.

todas y cada una de las garantías necesarias para evitar que la autoridad, en cuanto tal prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de las personas.

Por todas estas consideraciones pensamos que los Tribunales Militares deben circunscribirse solamente a conocer los casos relacionados con los militares que hayan cometido ilícitos o quebrantado gravemente las disposiciones penales castrenses. Ello sin olvidar la manera o forma como debemos entender la Justicia Militar dentro de un Estado de Derecho, ya que los criterios tradicionales establecen que ella pretende cautelar determinados valores de trascendencia en el ámbito militar, tales como la disciplina, la jerarquía y la seguridad militar¹⁰⁶. Porque las consideraciones que mueven a un hombre de armas son muy distintas “Basta comprender las motivaciones que tiene un soldado al enlistarse en el ejército, incluso para ir a la guerra, para afirmar que la disciplina no es equivalente a su control. Quien va a asumir la preparación castrense considerando incluso perder la vida por la patria, lo hace con la conciencia plena de unirse a un grupo relacionado a través de la vocación y la disciplina. Acepta que exista un derecho que deba controlar el cumplimiento del deber, pero este está lejos de ser determinante en su vocación¹⁰⁷”.

Del estudio de los principios generales del derecho, extraemos como característica consustancial de estos, el de servir de fundamentos del ordenamiento jurídico en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico no ofrezca garantías suficientes para el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Como orientadores de la labor interpretativa y también como fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre.

Las citadas características son el fundamento de la aplicabilidad de los principios a un procedimiento tan especial como lo es el militar, en donde hemos tenido la oportunidad de comprobar que no se aplicarían todos los elementos de un debido proceso, en consecuencia, los principios generales del Código Procesal Penal son plenamente aplicables al procedimiento seguido ante la Jurisdicción Militar, ya que como además sabemos, tienen un valor autónomo como derechos humanos y constituyen

¹⁰⁵ La Constitución asegura a los hombres y a las mujeres: 3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

¹⁰⁶ Sergio Cea, Algunas ideas de una Justicia Militar en Chile para el siglo XXI.. Pág. 262.

¹⁰⁷ Matías Villalón, rescatando el régimen disciplinario militar Págs. 186

limitaciones al ius puniendi del Estado. En conclusión, siguiendo doctrina principalmente europea, podemos afirmar que los principios del derecho se aplican en forma directa y vinculan al juez a la hora de determinar el derecho aplicable al caso sometido a su conocimiento.

BIBLIOGRAFIA

- Actas oficiales de la Comisión Constituyente, ejemplar N° 36. Santiago 1974.
- Adam, Alejandro. Antigüedades romanas. Vols. I, II y III. Imprenta de Cabrerizo, Valencia, España, 1835.
- Bravo Lira, Bernardino: Por la Razón o la Fuerza. El Estado de Derecho en la Historia de Chile. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- Astrosa Herrera, Renato. Código de Justicia Militar comentado. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1985.
- José Castán Tobeñas, Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947.
- Federico de Castro, Derecho Civil de España, Civitas, Madrid, 1984.
- Cerda, Carlos. Exigencias primordiales de la jurisdicción del presente y del mañana. Documentos Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. Octubre de 1989.
- Casarino, Mario. "Manual de Derecho Procesal, Derecho procesal Orgánico". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992.
- Chaigneau del Campo, Alberto. "Una visión de la justicia militar" en "XVI Convención nacional ordinaria de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, 1988-1989".
- Código de Justicia Militar. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
- Código Procesal Penal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.

- Constitución Política de la Republica de Chile, Edición Oficial 2002, Editorial Jurídica de Chile .
- Doig, Yolanda; La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción, En la reforma del derecho penal militar –Anuario de derecho penal 2001-2002(Perú).
- F. Elías de Tejada, Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el derecho natural hispánico, 1, R.G.L.J., 213, 1962
- Evans Espiñeira, Eugenio. “Los cambios constitucionales del siglo XX y el futuro de la Constitución en el siglo XXI”. XXXI Jornadas chilenas de Derecho Público, “Revista de Derecho Público, Universidad de Chile”,2000.
- Fernández, Gabriel. “Delito de porte y tenencia de arma de fuego.” Revista de derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción N° 10-2002507: 510.
- Hübner Gallo, Jorge. Los derechos humanos. Editorial Andrés Bello. Santiago,1994.
- Informe Comisión de evaluación reforma procesal penal , santiago 8 de octubre de 2001
- Mera Figueroa, Jorge. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile 1998.
- Mera Figueroa, Jorge et al; Justicia militar y Estado de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico N° 40, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998.
- Mera Figueroa, Jorge et al; Justicia militar y Estado de Derecho. Cuadernos de análisis jurídico N° 13, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1998.
- Molina Johnson, Carlos. Chile. Los militares y la política. Editorial Andrés Bello. Santiago,1989.
- Isler, Carlos et al; Justicia Militar. Archivo personal del investigador, Valdivia 1999.
- Paúl, Adolfo. Política y Fuerzas Armadas, Características y misiones Constitucionales de las FF.AA. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, presentada en la Universidad Católica del Norte, y publicada su resumen en La revista de Derecho de esa casa de Estudios, año 7-2000
- Pechi, Carlos y Ortiz, Eleodoro, “Extensión de la Competencia penal de los Tribunales Militares” Revista de derecho Universidad den Concepción N° 182 año LV Julio-diciembre 1987.
- Peña, Marisol. Las Fuerzas Armadas en la Constitución de 1980, en “ 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001”, Editorial Jurídica Conosur, Ltda. Santiago, junio de 2001. Págs. 625-643.
- Silva Bascuñan, Alejandro. “Derecho Político, ensayo de una síntesis”, 2º edición Editorial jurídica de Chile1984.
- Juan Vallet de Goytisolo, Metodología de las leyes, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991
- Verdugo Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, Derecho constitucional, 2Ts, editorial Jurídica de Chile, Santiago 1994.
- Zúñiga, Francisco. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Publica: Posición Constitucional; Política y Elecciones Primarias. La Revista de Derecho, Segunda Epoca Universidad Central, año VI N° 1 Enero –Diciembre 2000.

Peña, Claudio. "La sobredimensión de la competencia de la justicia militar", Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1988.