

Santiago, dieciséis de enero de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha ocho de enero del 2013, doña Lorena Fries Monleon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso sobre delito de apremios ilegítimos y tormentos, RIT 16411-2012, RUC 1210036477-6, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Rancagua.

El texto del precepto legal cuya aplicación se objeta en autos dispone:

"Art. 5°. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

(...)

N° 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;"

El aludido proceso penal común, en el que incide el pronunciamiento de inaplicabilidad, se inició por querrela interpuesta por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, motivada por el trato físicamente vejatorio y denigrante que recibieron diversos alumnos del Liceo María Luisa Rombal, de Rancagua, durante la toma del mismo, su desalojo, y posterior detención. A juicio de aquel organismo, tales hechos configurarían el

delito común de apremios ilegítimos y torturas, previsto y sancionado en el artículo 150-A del Código Penal, y la respectiva querrela la dedujo en contra de quienes resulten responsables. A solicitud del Ministerio Público, el Juzgado de Garantía de Rancagua citó a una audiencia de incompetencia, cuya realización se encuentra suspendida por resolución de esta Magistratura.

En el marco de la referida causa penal común, el conflicto planteado a esta Magistratura consiste en determinar si resulta constitucional o no que, por aplicación de la disposición legal reprochada del Código de Justicia Militar, sea la jurisdicción castrense la que conozca de un proceso por delito común, cometido por Carabineros, en circunstancias que las víctimas son civiles y dos de ellas son menores de edad.

A juicio de la entidad requirente, si, en virtud de la disposición reprochada, se decide en el respectivo proceso penal que éste se radicará en la justicia militar, se vulnerarían diversas garantías procesales para defender los derechos de las víctimas civiles, infringiéndose con ello los artículos 1°, 4°, 19, numerales 1°, 2°, 3°, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en relación - esta última norma constitucional - con diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, con valor material también de rango constitucional.

A efectos de fundamentar su requerimiento, la peticionaria cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la relativa al denominado caso "Palamara", en que se condenó al Estado de Chile. Indica que de este fallo se colige que la jurisdicción militar nunca es competente para conocer procesos en que esté involucrado un civil (sea como imputado o como víctima) y que sólo tiene competencia para juzgar a militares en servicio activo y

exclusivamente por delitos que atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, es decir, de naturaleza militar.

Expone que lo anterior ha sido recogido en la normativa de diversos Estados y que en nuestro ordenamiento jurídico ello se desprende de la Constitución Política. Por lo anterior, pues, si se entiende que en virtud de la disposición cuestionada toca a la justicia militar conocer de procesos penales comunes en los que la víctima es una civil, y menor de edad, entonces se vulnerarían los siguientes derechos de la manera que sigue.

En primer lugar, la actora alega que se infringe el derecho al debido proceso, argumentado que éste se conculca por diversas órdenes de razones. A saber:

Primero, porque se violentaría el derecho al juez natural. Ello, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en precisar que sólo toca a la jurisdicción penal ordinaria conocer de las causas en que estén involucrados civiles y determinar sus derechos civiles, sea como imputados o víctimas. Al alterarse legalmente esta competencia natural material, se produce la conculcación en referencia.

Segundo, porque la justicia militar no es competente para conocer de delitos comunes. Lo anterior, desde el momento que el delito de tormentos y apremios ilegítimos es un ilícito general. No sólo pueden cometerlo Carabineros sino que cualquier funcionario público, civil o militar, ya que no dice relación con bienes jurídicos propiamente militares. Así, por ejemplo, podría ser imputado por ese delito un funcionario de la Policía de Investigaciones y, en ese evento, se le juzgaría por la justicia ordinaria. De esta manera, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico protegido por el delito, no

existe justificación para que la justicia militar conozca de él y existan dos sistemas de justicia procesal penal que puedan eventualmente conocer del mismo. Por lo demás, según el propio Código de Justicia Militar, la justicia castrense es una justicia de especialidad material y no de fuero personal. Si fuera de fuero personal, se estaría en presencia de un privilegio arbitrario contrario a la Constitución.

Tercero, porque la jurisdicción militar no brinda a las víctimas las garantías para ejercer sus derechos en un debido proceso. En efecto, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Castrense -salva la excepción de los delitos relacionados con la libertad de autodeterminación sexual-, la víctima no puede ser oída como querellante durante la etapa de sumario, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal ordinario acusatorio. Expone que al respecto no debe soslayarse que el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han explicitado que es de capital importancia para un debido proceso la participación de la víctima y que, por su parte, la Corte Suprema ha sostenido, con ocasión del último proyecto de reforma al Código de Justicia Militar, que no es tolerable un sistema de justicia penal con vías paralelas: una, con plenas garantías; la otra, sin el debido proceso. A su vez, la peticionaria precisa que, por lo demás, en virtud del citado artículo 133, el Instituto Nacional de Derechos Humanos perdería en la especie su calidad de querellante en el procedimiento sub lite, dejando a las víctimas en evidente indefensión.

En segundo lugar, la actora alega que se generaría una discriminación arbitraria.

Lo anterior, por cuanto si el delito de tortura y apremios ilegítimos es un delito que puede cometer cualquier funcionario público, entonces la jurisdicción

militar sólo sería competente sobre la base del vínculo personal de identidad militar del infractor, cuestión que no es justificación suficiente, per se, para otorgar competencia a un Tribunal especial. Ello, sin perjuicio de que debe tenerse presente que, dado que el tribunal militar se compone por pares de los imputados, existe un alto riesgo de falta de imparcialidad. Recuerda que existe un precedente de esta Magistratura que se relacionaría con el conflicto de autos, a saber, la sentencia Rol N° 728, pues en ésta se consideró inconstitucional el que la afectación del derecho a la libertad personal dependiera del mero lugar de comisión del ilícito.

En tercer lugar, la peticionaria esgrime que se vulneraría el derecho a la integridad personal.

Lo anterior, desde el momento que la falta de tutela judicial efectiva en la jurisdicción castrense, producida por la insuficiencia de garantías eficaces para la víctima, trae aparejado el riesgo de que no se conceda la reparación y protección en el derecho a su integridad personal afectada por el delito de apremios ilegítimos y tormentos cometido.

Finalmente, la actora hace presente a esta Magistratura el rol que considera propio de la justicia constitucional, indicando al respecto que los jueces constitucionales deben interpretar las disposiciones legales de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales. Siguiendo este predicamento, la correcta interpretación, cuya transgresión importa la inaplicabilidad de la disposición cuestionada de autos, consistiría en que la justicia militar solo debe operar cuando se afecten bienes jurídicos del orden castrense y todos los sujetos intervinientes basales del proceso (autor y víctima) sean militares activos, situación que no es la de autos.

Por resolución de 17 de enero de 2013, a fojas 87 y siguientes, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide y resolvió dar traslado al Ministerio Público y al General Director de Carabineros de Chile, a fin de que, en el plazo de 10 días, se pronunciara sobre los presupuestos de admisibilidad de la acción. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al General Director de Carabineros y al Ministerio Público, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito que rola a fojas 165 y siguientes, el General Director de Carabineros formuló sus observaciones al requerimiento en base a los ocho tópicos que se describen a continuación.

En primer lugar, recuerda que en similar sentido a lo dispuesto en la norma objetada, el artículo 6° del Código de Justicia Militar entiende que los Carabineros serán considerados militares para los efectos de ese Código y el artículo 10 del mismo establece que será competente para conocer de los delitos comunes el tribunal que corresponda a la institución a la que pertenezca el sujeto activo del delito.

En segundo lugar, se refiere a la historia de la Ley N° 20.477, de 30 de diciembre de 2010. Recuerda que esta ley tuvo por objeto avanzar en la exclusión de los civiles del ámbito militar, de manera que todo delito cometido por un civil siempre sea juzgado por la justicia penal ordinaria. Detalla que los menores y civiles en ningún evento estarán sujetos a la competencia de los

tribunales militares y que, en caso de participación o autoría, si bien los militares quedan sujetos a la jurisdicción castrense, no arrastran a los civiles, los que quedan sometidos a la justicia penal ordinaria. Ello lo corrobora, por una parte, el hecho de que la Ley N° 20.477 no modificó la disposición cuestionada y, por otra parte, lo resuelto en la sentencia Rol N° 1845 del Tribunal Constitucional. En ella, al controlar la constitucionalidad del artículo 1° de esa ley -que prescribe que ningún civil o menor quedará sujeto a la jurisdicción militar- declaró que el precepto era constitucional en el entendido de que dejaba a salvo los derechos que asisten a civiles y a menores para accionar ante dichos tribunales especiales. De allí colige, entonces, que la exclusión se refiere a civiles y menores en calidad de imputados, únicamente.

En tercer lugar, alega que el citado caso Palamara no es relevante para la decisión de autos, toda vez que allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el juzgamiento por la justicia militar de un civil, en calidad de sujeto activo de un presunto delito. De esta manera, sus ratiocinios sólo se hacen extensibles a esa hipótesis y no a la de autos en la que el sujeto activo es un militar. Además, la referida sentencia sólo produce efectos de índole particular.

En cuarto lugar, aduce que el requerimiento presenta una argumentación abstracta y no relacionada con el caso concreto, tal como lo exige la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, según la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Ello, porque no se explica por qué en el caso concreto la aplicación del precepto reprochado privaría al tribunal militar de imparcialidad y atentaría contra las bases de un procedimiento racional y justo.

En quinto lugar, aduce que no puede entenderse que las disposiciones del Código de Justicia Militar son contrarias a la Constitución. Lo anterior, puesto que

los tribunales militares son integrantes del Poder Judicial. A su vez, el texto expreso del artículo 83, inciso final, de la Constitución Política le reconoce vigencia y validez a los preceptos impugnados. Así, por lo demás, lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 784. Por otra parte, el artículo 66 de la Ley N° 19.806, adecuatoria del sistema procesal penal reformado, estableció que las prescripciones de esa nueva normativa no afectarían las disposiciones del Código de Justicia Militar.

En sexto lugar, alega que el sistema procesal militar no se estructura a partir de privilegios personales arbitrarios en favor de los militares, sino que en el criterio de especialidad. Específicamente, la justicia militar se funda en el hecho de que los militares están sujetos a obligaciones y deberes especiales cuyo incumplimiento, normalmente, recibe una sanción de envergadura, influyendo, inclusive, en el aspecto penal, lo administrativo.

En séptimo lugar, aduce que el conflicto de constitucionalidad planteado es más bien un conflicto de legalidad, atendido que lo que se intenta, en sede de inaplicabilidad, es resolver una contienda competencial entre la justicia ordinaria y la justicia militar, materia que es de conocimiento de la Corte Suprema.

Finalmente, en octavo lugar, se refiere a cada uno de los reproches de constitucionalidad planteados.

Enfatiza que no se vulneraría el derecho a la igualdad, toda vez que la justicia penal militar no es arbitraria sino que se funda en el principio de especialidad, teniendo en consideración que a los diferentes hay que darles un trato diferente.

Alega, por otra parte, que no se vulnera el derecho al debido proceso, atendido que se cumple con los presupuestos que la doctrina entiende que éste engloba. Ello, por cuanto los tribunales militares existen con

anterioridad a la perpetración de los hechos y rigen su actuar de conformidad a un procedimiento legal. A su vez, porque el fiscal a cargo de la investigación también es designado con anterioridad a esos hechos, neutralizándose de esta manera la falta de imparcialidad. Además, porque las resoluciones emitidas por los tribunales militares son revisables por la Corte Suprema, sea en vía de casación, revisión o queja, sin perjuicio de que ésta conoce, además, contiendas de competencia, implicancias, recusaciones y de la extradición activa.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 17 de julio de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Rodrigo Bustos, por la requirente, y del abogado Jorge Parra, por el General Director de Carabineros.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se inició el presente proceso constitucional por requerimiento deducido por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, solicitando la declaración de inaplicabilidad del artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso sobre delito de apremios ilegítimos y tormentos, RIT 16411-2012, RUC 1210036477-6, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Rancagua;

SEGUNDO: Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se ha consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por la parte requirente y por la parte requerida, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

TERCERO: Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el

acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

I. - VOTO POR RECHAZAR.

A) La Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza estuvieron por rechazar el requerimiento de autos, en base a las siguientes consideraciones:

I.- ACERCA DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

1°: Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*. La misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada*

razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

2°: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

3°: Que, en esta especie, evidentemente existe una gestión judicial pendiente, la cual consiste en el procedimiento penal común RIT N° 16411-2012, RUC 1210036477, tramitado ante el Juzgado de Garantía de Rancagua, en la cual ese Tribunal citó a audiencia para debatir la competencia. Dicha causa - iniciada por querrela del Instituto Nacional de Derechos Humanos - se encuentra suspendida en su tramitación por orden de esta Magistratura Constitucional, de fecha 17 de enero de 2013;

4°: Que, asimismo, el requerimiento de autos ha sido interpuesto por parte legitimada, cual es la propia querellante aludida, Instituto Nacional de Derechos Humanos, según consta a fojas 1 y siguientes;

5°: Que, sin embargo, en lo tocante a que la aplicación del precepto legal impugnado - artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar - pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, esta Magistratura Constitucional, después de un estudio completo, al cabo de la tramitación regular de estos antecedentes, y sin perjuicio de lo que en su momento se resolvió provisionalmente en trámite de admisibilidad, ha llegado a la convicción de que tal exigencia no se satisface en

la especie. Dicho de otro modo, como se demostrará infra, se trata en este caso de una cuestión de mera legalidad y no de un genuino conflicto de constitucionalidad, toda vez que no es la norma legal impugnada per se la llamada a decidir el asunto, sino aplicada conforme y en armonía con lo dispuesto en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N° 20.477, de 30 de diciembre de 2010, que modifica la competencia de los Tribunales Militares, fijando disposiciones especiales sobre el sistema de justicia militar, en tanto cuanto esta última dispone que:

“Artículo 1°.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”;

II.- LA NORMA LEGAL IMPUGNADA NO ES DECISORIA LITIS.

6°: Que, como es fácil advertir, la norma impugnada no es *decisoria litis* porque existe otro precepto legal que puede conducir o no al mismo efecto, vale decir, a excluir de la jurisdicción penal militar a la víctima civil y a la víctima menor de edad del juicio por un delito común cometido por un militar, cual es el citado artículo 1°, inciso primero, de la Ley N° 20.477, en el evento de adoptarse la interpretación extensiva que ha propiciado oficialmente la Corte Suprema y que viene siendo acogida en las Cortes de jurisdicción ordinaria, cuestión en la que no puede inmiscuirse este Tribunal Constitucional;

7°: Que, si la víctima civil y, con mayor razón, la víctima menor de edad, queda excluida del proceso penal militar por el solo hecho de ser tal, “en todo caso”, no es necesario para garantizar sus derechos considerar excesiva la atribución legal de competencia al Tribunal Penal Militar para conocer de delitos comunes -aunque cometidos en ciertas épocas, lugares o por funcionarios

militares en servicio activo-, que es lo que regula el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, impugnado en autos, porque igualmente y aun sin tal declaración de inconstitucionalidad relativa a la militarización de la materia penal común, en esas circunstancias el asunto puede ser estimado de competencia de los tribunales penales ordinarios, por razones que se despliegan en el ámbito de la mera legalidad, sobre la base de normas legales especiales de aplicación preferente;

8°: Que esa línea de pensamiento corresponde a la desarrollada por esta Magistratura ya en el Rol 1312-09, en cuyo considerando cuarto se expresó: "... Que la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación -o rechazo- de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna" (Sentencia de 28 de enero de 2010);

9°: Que, por cierto, este Tribunal Constitucional nunca ha declarado que exista alguna obligación constitucional en el sentido de que las víctimas de delitos comunes cometidos por militares en activo, en lugares militares o en tiempos marciales especiales, tengan que someterse a la jurisdicción militar y no a la justicia penal ordinaria. Por lo mismo, cuando en la sentencia de control preventivo de 12 de noviembre de 2010, resolutive 1), Rol N° 1845-10, este Tribunal Constitucional decidió, en relación a la actual Ley N° 20.477, que "...el artículo 1° permanente del proyecto de ley examinado es constitucional en el entendido que los civiles y los menores de edad en ningún caso podrán quedar sujetos a la competencia de los tribunales

militares en calidad de imputados, ***quedando a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal***" (lo destacado es nuestro), lo que se reconoció fue la salvaguarda de los derechos específicos susceptibles de ser ejercidos como menores o civiles víctimas ante la jurisdicción penal militar, como podría ser la promoción de la misma declinatoria de competencia o de alguna medida de prevención, entre otras. Pero no pudo este Tribunal Constitucional atribuir competencia a la justicia militar, en ese extremo, porque ello en abstracto es de dominio del legislador - conforme al artículo 77 de la Constitución - y, en concreto, la contienda que se trabe debe ser resuelta por la Corte Suprema, toda vez que excede los límites del artículo 93, N° 12°, de la Constitución;

10°: Que, por lo demás, la manera según la cual el Estado de Chile ha venido cumpliendo gradualmente sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en este ámbito, tanto de nivel global como interamericano, ha venido consistiendo en una paulatina reforma o sustitución de los sistemas procesales penales. Primero, en la jurisdicción ordinaria, se introdujo la llamada reforma procesal penal, pasando desde un sistema inquisitivo, escrito y de lato conocimiento, a un procedimiento adversarial, oral y concentrado, que nos rige actualmente. Al introducirse esa magna reforma, fue necesario ajustar a ella toda la legislación de relevancia procesal penal en su conjunto, lo que se materializó a través de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, siendo dable destacar que en su artículo 66, inciso segundo, se mantuvieron vigentes (interín) las normas contenidas en el Código de Justicia Militar, con su artículo 5°, N° 3°, inclusive. Fue posteriormente cuando se aprobó la Ley N° 20.477, de 30 de diciembre de 2010, referida supra, en cuyo mensaje se expresó que se

perseguía con ella "ponerse al día..." y hacer regir "...el pleno imperio del debido proceso,...porque en el concierto internacional en el que Chile se inserta, tales avances se han ido imponiendo como norma en los últimos años."(Cfr. Mensaje N°257-358);

11°: Que, en lo tocante al punto de derecho debatido en esta causa, es dable resaltar que dicha reforma constituye un avance frente a los parámetros internacionales, toda vez que sin duda alguna los menores y civiles imputados no quedarán sometidos a la jurisdicción penal militar. Pero, como bien ha señalado la Corte Suprema, en diversos oficios en que se ha consultado su parecer, en el contexto de tramitaciones de proyectos de ley, nada dice la Ley 20.477 respecto a los menores y civiles víctimas de esos delitos comunes cometidos por militares;

12°: Que, ante ello, la posición de la Corte Suprema es adoptar una interpretación extensiva y, puesto que el texto legal no distingue, radicar también el asunto ante la justicia ordinaria penal, cuando las víctimas sean menores o civiles. (Así, verbigracia, en los oficios N° 99-2012, sobre el boletín N° 8472-07; también oficios N°s 142-2010 y 152-2010, durante la tramitación de la Ley N° 20.477);

13°: Que la línea interpretativa anterior se ha concretado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 18 de diciembre de 2012, Rol N° 1745-2012, la que decide la cuestión de competencia sobre la base del artículo 1°, inciso primero, de la Ley N° 20.477, considerando que: "...la norma transcrita en el basamento precedente no distingue la calidad en que deben intervenir los civiles o menores de edad en el proceso, para el fin de sustraer el conocimiento de una determinada causa del ámbito de la jurisdicción militar; en consecuencia, podrán hacerlo en calidad de imputados u ofendidos y, en ambos casos, será competente el tribunal

ordinario con competencia en materia penal que corresponda...Que el razonamiento precedente es, por lo demás, concordante con la opinión que a este respecto ha emitido la Corte Suprema al informar el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.477 y al informar el proyecto de ley, en actual tramitación (Boletín 8472-07), que pretende modificar el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.477, señalando expresamente que *“en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares, ni como imputados ni como ofendidos de un delito”*...En efecto, según consta en Oficio N° 99-2012, de 29 de agosto de 2012, mediante el cual el pleno de la Excm. Corte Suprema informa el mencionado proyecto de ley Boletín 8472-07, se ha señalado por este Tribunal que la Ley N° 20.477 *“estableció que en ningún caso los civiles y los menores de edad estarán sometidos a la competencia de los tribunales militares, radicándose en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal, entendiéndose esta restricción desde el punto de vista del sujeto activo, ya que el inciso 2° del artículo 1° prescribe que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar, que precisamente se refiere a quienes pueden ser sujetos activos de delitos militares. En cambio, nada señala sobre las cualidades de la víctima para determinar la competencia de los juzgados castrenses, sin perjuicio que desde una interpretación extensiva se considere que en la expresión “civiles” quedan considerados quienes tienen la calidad de víctimas del delito”*...Agrega el informe que *“a esta interpretación “extensiva” adhirió la Corte Suprema cuando informó el proyecto de ley que actualmente corresponde a la Ley N° 20.477 en dos oportunidades (Oficios N° 142-2010 y 152-2010)”*;

14°: Que, como es posible apreciar, existe una línea interpretativa ampliamente garantista, que por lo demás se quiere consolidar legislativamente con valor general, que evidencia la factibilidad de tutelar eficazmente los derechos comprometidos, sin necesidad de disponer de una herramienta jurídica subsidiaria como es la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuyos supuestos rigurosos no concurren en el caso de la especie;

15°: Que, en las condiciones señaladas, los Ministros concurrentes estimamos que no cabe sino rechazar el requerimiento planteado.

B) Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril estuvieron por el rechazo del requerimiento, únicamente por considerar que el requerimiento carece de fundamentos suficientes, que den cuenta de un cuestionamiento constitucional cabal, según pasan a explicar:

1°) Que el requerimiento se limita a impugnar el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, el cual entrega a la jurisdicción penal castrense el conocimiento de los "delitos comunes" allí referidos. Para ese efecto asume que los ilícitos que afectan bienes jurídicos del orden civil deberían ser conocidos por la justicia ordinaria, cuyo sería este caso, en que se ha entablado una querrela por el supuesto delito previsto y sancionado en el artículo 150-A del Código Penal.

Empero, el reclamo no se hace cargo de que los mismos hechos podrían cuadrar dentro de las violencias innecesarias que castiga el artículo 330 del Código de Justicia Militar. Lo que implicaría que se trata de aquellos "delitos militares, entendiéndose por tales los

contemplados en este Código”, a que alude el N° 1° del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

Entonces, como este último precepto establece que le compete a la justicia militar conocer de los delitos militares, esto es de aquellos que prevé el Código de Justicia Militar, cometidos por militares, la cuestión debió plantearse en forma íntegra, con todo su complejo alcance. En términos de elucidar si tal disposición vulnera la garantía al juez natural en relación a los encartados, esto es, al personal de la policía uniformada, conforme al artículo 83, inciso final, de la Constitución, en relación con lo estatuido por los artículos 1°, inciso cuarto, y 2°, inciso primero, de la Ley N° 18.961, orgánica constitucional de Carabineros;

2°) Que el requerimiento cuestiona globalmente la jurisdicción castrense, ora porque no sería imparcial e independiente, sino que una justicia de fuero y privilegio, ora porque no ofrecería garantías procesales a las víctimas civiles que ante esa sede comparecen.

Tocante a lo primero, sin embargo, no se cuestionan las normas que causarían, de manera directa e inmediata, los efectos de favoritismo o bandería que se estiman inconstitucionales, cuales serían aquellas que -en los artículos 16 y 20 del Código de Justicia Militar- reglan la composición e integración de los tribunales militares, con autoridades uniformadas. Aunque no merezca reproche de constitucionalidad la atribución de competencia a un tipo especial de tribunales, que es lo que hace el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, ello no significa que la gestión aplicable a tales tribunales, en lo relativo a su composición y procedimientos, esté exenta de satisfacer las exigencias de racionalidad y justicia que la Constitución Política garantiza a toda persona, lo que no fue impugnado en el presente

requerimiento y no corresponde, por consiguiente, que sea objeto de examen en esta oportunidad;

3°) Que, atinente a lo segundo, el requerimiento no se hace cargo de la sentencia de este Tribunal, de 12 de noviembre de 2010, Rol N° 1845, donde a propósito del control preventivo de constitucionalidad recaído en el artículo 1° de la que luego sería Ley N° 20.477 (30.12.2010), se entendió que los civiles y menores de edad en ningún caso pueden quedar sujetos a los tribunales militares “en calidad de imputados”, sin desmedro de quedar a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales “en calidad de víctimas” o titulares de la acción penal (considerando 12° y resolutive 1ª.).

Alcance que se formuló sobre la base -primeramente- del mismo título con que se identificó el proyecto: “modifica el Sistema de Justicia Militar y establece un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las policías (boletín N° 7203-02)”, según el oficio remitido en esa oportunidad por la Cámara de Diputados a esta Magistratura;

4°) Que, además, este veredicto, suscrito unánimemente y sin reservas por este Tribunal Constitucional, tuvo su fundamento en que, aun existiendo constancia en la Historia de la Ley de que su significado era que los civiles podrían comparecer como ofendidos ante un tribunal militar, el tenor literal del inciso primero del artículo 1° del proyecto podía inducir a que se entendiera, equivocadamente, que los civiles y menores no podrían comparecer ante el tribunal militar ni aun para hacer valer los derechos a impetrar medidas de protección, a solicitar publicidad del sumario, a pedir diligencias probatorias, a solicitar el procesamiento del inculpado, a asistir a las diligencias probatorias, a deducir recursos procesales, y otros que les asisten como

víctimas o perjudicados por un delito cometido en su contra por militares, expresamente contemplados en el inciso segundo del artículo 133 y en el artículo 133 A del Código de Justicia Militar (que omite el requerimiento), cuyo desconocimiento habría resultado violatorio de la garantía del N° 3° del artículo 19 de la Constitución.

La circunstancia de que la Corte Suprema expresara su desacuerdo con esta disposición y sugiriera su enmienda en el sentido que ahora conviene al requirente, representa la expresión de una aspiración que, aunque legítima y con su mérito propio, no fue acogida por los Poderes Colegisladores por las razones que se consignaron durante el debate respectivo. Su eventual aceptación en el futuro, mediante la respectiva enmienda legislativa, corresponde a esos mismos Poderes Colegisladores, pues es ese el mecanismo que corresponde conforme al principio de separación de poderes que, como lo ha expresado en numerosas ocasiones esta Magistratura Constitucional, representa uno de los valores esenciales del Estado de Derecho (roles N°s 478, 736, 806, entre otros);

5°) Que, en efecto, el génesis de la Ley N° 20.477 demuestra que la idea matriz de su artículo 1° claramente se dirige a excluir de la justicia militar los delitos cometidos por civiles, esto es, a descartar su sujeción como "imputados" a esa jurisdicción especial, y en ningún caso a establecer una nueva norma de "arrastre" en sentido contrario a la que se suprimía, como lo demuestra lo siguiente:

a) En el Mensaje respectivo el Presidente de la República recuerda que la Administración anterior presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares y procedimiento ante ellos, según da cuenta el boletín legislativo N° 6.739-02, que también buscaba sustraer de

la jurisdicción militar los delitos cometidos por civiles, al tiempo que introducía una completa reforma procedimental a la Justicia Militar, sentando nuevas bases y procesos. Y al explicar el contenido de sus disposiciones, indica: *“Tal como se ha señalado, el objetivo central del presente proyecto de ley, es sustraer completamente de la jurisdicción castrense los delitos cometidos por civiles. Esto implica que todo delito que sea cometido por un civil siempre será conocido, investigado, y juzgado por la justicia penal ordinaria y al amparo de sus instituciones. Por la inversa, la jurisdicción militar se aplicará única y restrictivamente a delitos cometidos por militares.”* (Historia de la Ley. Págs. 4-24).

b) Durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, la Corte Suprema, en Oficio N° 142, de 23 de septiembre de 2010, mediante el cual informó el proyecto correspondiente a la actual Ley N° 20.477 (Boletín 7203) para ser oída en cumplimiento del artículo 77 de la Constitución, expuso, respecto del artículo 1° del proyecto, que *“cree conveniente que se explicita también que la expresión “civiles” que se emplea en este texto, incluye a los que puedan revestir la calidad de ofendidos por alguno de los delitos calificados de militares.”* (Historia de la Ley. Pág. 30).

c) Con relación a la opinión manifestada por la Corte Suprema, el Ministro de Justicia, señor Bulnes, precisó en su exposición que *“la intención del proyecto es sustraer a los civiles de la justicia militar en cuanto imputados. Respecto de los ofendidos por el delito, sostuvo que no es el objetivo de esta iniciativa el excluir a esos civiles de la competencia de los tribunales militares, y que una medida como esa debe ser discutida a propósito del proyecto de ley que defina el*

concepto del delito militar.” (Historia de la Ley. Pág. 35).

d) Durante el mismo trámite, invitado a la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados, el Presidente de la Corte Suprema expuso, sobre este punto, lo siguiente:

“Señaló que la competencia de la jurisdicción militar en una época se mostró sobresaturada de asuntos, lo que se ha ido simplificando con el correr del tiempo. Pese a ello, aún subsisten algunos aspectos que deben ser eliminados.

A vía de ejemplo, destacó que hoy los civiles deben soportar ser enjuiciados por la justicia militar. Este proyecto apunta en la línea de sustraerlos de dicha jurisdicción, modificación que es apoyada por la Corte Suprema.

Indicó que el artículo 1° del proyecto presenta una redacción que puede ser objeto de interpretaciones. Es así como dispone que “En ningún caso, los civiles y los menores de edad podrán estar sujetos a la competencia de los tribunales militares. Al respecto, estimó que del texto del proyecto se entiende que sólo se alude a los “civiles” en calidad de imputados y no a los casos en que son víctimas de delitos militares.

Consideró que la expresión “en ningún caso” debiera comprender tanto a los civiles imputados como aquellos que han sido perjudicados por el delito de carácter militar. Manifestó que ellos aspiran a que la norma alcance a unos y a otros.” (Historia de la Ley. Págs. 37).

e) Despachado el proyecto por la Comisión, el diputado informante (señor Araya) hizo presente a la Sala de la Cámara que el Presidente de la Corte Suprema expuso que del tenor del artículo 1° del proyecto no resultaba

claro qué ocurriría en aquellos casos en que los civiles son los ofendidos por el delito cometido por militares, y que dicho tribunal consideró que debe entenderse que la expresión "civiles" que se emplea en ese artículo, incluye también a los que puedan revestir la calidad de ofendidos con alguno de los delitos calificados de militares, lo que sugirió expresar claramente en la norma. Añadió el diputado informante sobre este punto que, *"consultado el ministro de Justicia sobre el alcance de esa disposición, respondió que la intención del proyecto es sustraer a los civiles de la justicia militar en cuanto imputados de delitos"*, y que durante la discusión del proyecto, algunos diputados presentaron indicación para que sea competente el tribunal civil a todo evento, *"la que posteriormente, en aras del acuerdo alcanzado, fue retirada"* (Historia de la Ley. Pág. 66 y 67).

f) Durante la discusión del artículo 1º del proyecto en el segundo trámite en el Senado, los senadores señora Alvear y señor Walker, don Patricio, presentaron indicación para sustituir su inciso primero por otro que precisaba que, en ningún caso, los civiles y los menores de edad podrán estar sujetos a la competencia de los tribunales militares *"ni como imputados ni como ofendidos por un delito"*, proposición respecto de la cual el Ministro de Justicia, señor Bulnes, manifestó que agregar que los civiles nunca podrán ser llevados a la jurisdicción militar ni como imputados ni como ofendidos podría significar que al existir un civil involucrado nunca el ilícito podrá ser considerado delito militar ni será juzgado por los tribunales militares, materia que, estimó, debe ser analizada con mayor detención. En todo caso, concluyó, a fin de que las normas guarden la debida concordancia, la materia debería ser analizada en el proyecto que precise el concepto de delito militar,

reiterando su compromiso de presentar tal iniciativa a tramitación antes del 30 de junio del año próximo. Concluido el debate, la senadora señora Alvear manifestó que, *“de acuerdo al debate surgido, acoge la sugerencia de no hacer mención a las calidades de imputado u ofendido por un delito, para lo cual retira su indicación y solicita dejar constancia para la historia fidedigna del establecimiento de la ley que lo hace ante el compromiso del Ejecutivo de estudiar detenidamente el punto al momento de analizar el proyecto que ha anunciado presentará a tramitación a mediados del año próximo”*. (Historia de la Ley. Págs. 121 y ss.).

g) En el tercer trámite constitucional la Corte Suprema informó nuevamente, mediante oficio N° 152, de 8 de octubre de 2010, recordando que el proyecto ya fue informado en primer trámite mediante Oficio N° 142-2010, de 23 de septiembre de 2010, y añade que *“en cuanto al articulado permanente del proyecto, específicamente respecto del artículo 1°, este Tribunal insiste en la observación que expusiera en el oficio aludido en el último párrafo del motivo precedente, en el sentido que considera que debe entenderse en que la expresión “civiles y menores de edad” que emplea el precepto se incluye no sólo a quienes pudieren revestir la calidad de imputados de alguno de los delitos calificados de militares, sino también a quienes tuvieren el carácter de ofendidos o víctimas de ellos, precisión que resultaría conveniente efectuar de manera expresa en la norma.”*. (Historia de la Ley. Págs. 170-174).

h) En julio de 2012, casi dos años después de su entrada en vigor, los senadores señora Alvear y señores Muñoz Aburto y Walker, don Patricio, presentaron un proyecto de ley en que, entre otras materias, proponen modificar el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.477, añadiendo la oración *“ni como imputados ni como*

ofendidos de un delito” a continuación de la frase de dicha disposición que señala que “En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares”. Señalan los autores que “este añadido es fundamental para excluir a los civiles que son víctimas de delitos, de la competencia de la justicia militar, atendida la historia del establecimiento de la ley y el fallo del Tribunal Constitucional, quien al momento de ejercer el control preventivo de constitucionalidad de esta ley...”(Boletín 8.472-07).

6°) Que según se puede observar, entonces, el requerimiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos plantea ahora ante esta Magistratura una objeción de constitucionalidad contra la jurisdicción que poseen los tribunales militares para conocer de eventuales delitos cometidos por personal policial o castrense, con acopio de algunos antecedentes, pero sin ocuparse de todos los pormenores que hacen parte sustancial de la cuestión, lo que impide acogerlo.

II.- VOTO POR ACOGER

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán quiénes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, en virtud de las siguientes razones:

I.- La gestión pendiente.

1° Que el presente requerimiento tiene por gestión pendiente la investigación penal ante el Juzgado de Garantía de Rancagua, RUC N° 1210036477-6, RIT 16411 - 2012, por los delitos de tormentos y apremios ilegítimos, eventualmente cometido por Carabineros de la dotación de Rancagua, en contra de un grupo de ocho estudiantes, dos de los cuales son menores de edad. La querrela criminal fue presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de conformidad al ejercicio de sus facultades legales dispuestas por la Ley N° 20.405;

2° Que esta causa plantea un conjunto relevante de cuestionamientos a los procedimientos penales de la justicia militar, los cuales tienen como exclusiva norma impugnada el artículo 5°, numeral 3°, del Código de Justicia Militar. Por tanto, a partir del examen de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de este precepto inicial, que atribuye competencia a la justicia militar para conocer de la investigación de un delito cuyas víctimas son civiles, se profundizarán algunos argumentos relativos a la constitucionalidad del precepto indicado;

3° Que, por lo mismo, la materia específicamente puesta en cuestión es la competencia de la justicia militar como mecanismo protector de los derechos de las víctimas. El punto de partida es identificar si se trata de una cuestión de legalidad, como sostiene la posición de rechazo de este requerimiento, o si es un asunto de constitucionalidad. Este es el punto que divide a esta Magistratura, puesto que existe un conjunto amplio de Ministros que estiman que la gestión pendiente de base de este requerimiento debe ser analizada en el fondo por la justicia ordinaria;

II. ¿Cuestión de legalidad o de constitucionalidad?

4° Que es esencial reiterar la pregunta inicial, ¿dónde empieza exactamente el contenido constitucional de un derecho y dónde termina su contenido de mera legalidad? ¿Es posible tratarlo a priori y con carácter general? Sólo hallaremos un reflejo de esta frontera en “los principios de correspondencia e intensidad constitucional” (Martín, Ricardo (2012): “Constitución y medio ambiente”. En: Pérez, Esteban et al.: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 551). En línea de principio, ninguna norma puede desvincularse de la Constitución puesto que de ella dimanan la forma y sustancia de sus contenidos preceptivos. Por tanto, la tarea de separar la dimensión constitucional de la legal deviene en un asunto complejo respecto de cuál de las categorías analíticas se ha desarrollado parcialmente. Sin embargo, de este puente que vincula lo constitucional con lo legal no se puede extraer conclusiones desmesuradas, como la afirmación de que todo asunto es siempre constitucional y menos que el Tribunal Constitucional tenga permanente competencia para resolver cualquier asunto infraconstitucional con los criterios propios de la interpretación constitucional. A lo menos ha de verificarse una cierta intensidad del vínculo entre el precepto constitucional y su aplicación por el legislador. Asimismo, esta intensidad también se hace presente cuando el propio juez constitucional ha intervenido fijando el sentido y alcance de una norma. Si éste lo ha precisado en un sentido general, parece que la intensidad del vínculo constitucional está demostrada;

5° Que justamente éste es el punto de la controversia. A juicio de estos Ministros, la competencia de la justicia militar es un asunto que siempre ha estado en el rango constitucional y, adicionalmente, para efectos de la cuestión concreta, esta propia Magistratura así lo ratificó. Por tanto, por

decisiones del constituyente, así como por sentencias del Tribunal Constitucional, nos encontramos frente a un asunto de ineludible materialidad constitucional.

En cuanto a la primera cuestión, esto es la existencia de normas constitucionales que se refieran a la justicia militar, veremos algunos preceptos. La Constitución de 1980 en su versión original sostuvo que los tribunales militares en tiempo de guerra estaban sustraídos de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuestión reformada sólo el año 2005 (antiguo artículo 79, inciso primero, de la Constitución). En segundo lugar, el actual artículo 83 de la Constitución Política, después de la incorporación del Ministerio Público como órgano constitucional, se vio en la necesidad de dar un sostén normativo en el máximo nivel para la pervivencia de una justicia especializada en el ámbito militar que cumpliera con los estándares de separación entre la función de investigar y la de juzgar. Por lo mismo, estableció el siguiente inciso final del artículo 83 de la Constitución: *“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 que sean de conocimiento de los 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 determinen.”*. Como se ve, este precepto sólo adapta las nuevas competencias del Ministerio Público a las personas y órganos que dirigen la investigación en la jurisdicción militar. Se trata, en síntesis, de una regla sobre investigación penal y no sobre la naturaleza del juzgamiento, materias

que la Constitución ha preservado como regla del debido proceso en el artículo 19, numeral 3°, y como atribución orgánica al Poder Judicial, en el artículo 76 de la Constitución. En este sentido, el artículo no establece con rango constitucional la competencia de los tribunales militares sobre determinadas materias o respecto de algunas personas, sino que se limita a adaptar las atribuciones ya fijadas por la ley al nuevo contexto de la reforma procesal penal, en el cual la investigación penal corresponde de forma exclusiva al Ministerio Público;

6° Que, no obstante lo anterior, no basta con indicar la preocupación que ha tenido el constituyente por la determinación del ámbito competencial dentro del cual opera la justicia militar. En tal sentido, la principal determinación reside en el hecho de que es decisión del legislador, por el propio mandato constitucional de los artículos 19, numeral 3°, 63, numeral 3°, y 76 de la Constitución, fijar tal competencia. Justamente nos dice la posición de rechazo del presente requerimiento que es eso lo que ya aconteció en este caso. Fue el propio legislador el que resolvió el problema de fondo atribuyendo competencia a la justicia militar de conformidad con la Ley N° 20.477, acreditando que se trataría de una cuestión de pura legalidad. Tal conclusión se deduce de la atribución que esta ley otorga a la Corte Suprema para resolver una contienda de competencia. *"En el caso de contiendas de competencias entre tribunales ordinarios y militares, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema, sin la integración del Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo"* (artículo 3° de la Ley N° 20.477). Con ello, no quedaría ninguna duda a partir del propósito de la propia Ley N° 20.477, cuyo objeto era la restricción de la competencia de los tribunales militares. Es así como

el propio artículo 1° dispuso que *“en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal. Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar”*.

Sin embargo, la expresión “en ningún caso” debería haber resuelto todo, salvo que no mediara la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1845, que en un control preventivo y obligatorio sostuvo que “esta Magistratura declarará que el artículo 1° del proyecto de ley bajo examen no vulnera la Carta Fundamental, en el entendido de que en ningún caso los civiles y los menores de edad, cuando tengan la calidad de imputados, quedarán sometidos a la justicia militar” (c. 12°). En tal sentido, en cuanto víctimas, quedan “a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal” (STC N° 1845).

Por tanto, tratándose de causas en donde hay menores de edad y civiles que son víctimas, esta propia Magistratura parece haber reservado tal juzgamiento a reglas procesales que se siguen bajo la justicia militar. No obstante, parece claro que media una distancia entre una declaración constitucional abstracta y genérica de un control preventivo respecto de un control concreto que debe verificar un efecto inconstitucional que le afecta al requirente, cuestión que veremos en el fondo de este voto;

7° Que esta dimensión concreta resulta clara en la causa Rol N° 2.399 puesto que la propia Fiscalía de Rancagua “determinó remitir los antecedentes a la Fiscalía Militar de Rancagua, por incompetencia, todo

ello mediante el Oficio N° 541-2012 de fecha 16 de octubre de 2012" (fs.97 del expediente Rol N° 2.399).

En síntesis, es insostenible soslayar el conflicto de constitucionalidad de la competencia de la justicia militar puesto que esta propia Magistratura acreditó la intensidad constitucional del vínculo interpretando la Ley N° 20.477 en un sentido, *prima facie*, que no deriva a la justicia ordinaria tal conocimiento de la causa, quedando radicada en la justicia militar;

III.- El artículo 5°, numeral 3°, del Código de Justicia Militar.

8° Que la norma impugnada establece que *"corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: (...) 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"* (artículo 5°, numeral 3°, del Código de Justicia Militar);

9° Que el principal tratadista histórico sobre justicia militar en Chile, Renato Astrosa, explicando este artículo nos indica que *"la disposición del N° 3 del artículo 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, ya que la jurisdicción está establecida, en este caso, en razón de las personas. (...) Para que proceda la jurisdicción militar no basta que el delito común se haya cometido por*

'militar' o 'empleado' civil de las Fuerzas Armadas, es necesario que concorra, además, alguno de estos tres elementos: a) que se cometa el delito en estado de guerra o en estado de campaña (*ratione temporis*), (...) b) Que se cometa el delito en actos del servicio militar o con ocasión de él (*ratione legis*), (...) c) Que se cometa el delito en cuarteles, campamentos, etc. (*ratione loci*).” (ASTROSA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado*, Imprenta de Carabineros, 1959, p. 33). Cabe constatar que a la fecha de edición de ese texto, Carabineros se entendía dentro del concepto de “militar” por aplicación del artículo 6° del Código de Justicia Militar, tal cual hoy lo comprende. La única salvedad es que no estaban expresamente considerados los cuarteles o dependencias policiales;

10° Que Carabineros de Chile, en escrito que rola a fs. 140, entiende que este no es el artículo decisivo sino que éste resulta de una interpretación armónica del numeral 3° del artículo 5°, sino además, por la aplicación ineludible de los artículos 5°, numeral 1°, artículos 6° y 9°, todos del Código de Justicia Militar, más la consideración de las normas contenidas en la norma adecuatoria del traspaso de la competencia de la justicia militar a la justicia ordinaria contenida en la Ley N° 20.477;

11° Que ya hemos examinado la regla adecuatoria de la Ley N° 20.477, el artículo 6° que extiende a Carabineros de Chile la condición de militar y el artículo 5°, numeral 3°, como precepto impugnado. Adicionalmente, cabe indicar que el artículo 5°, numeral 1°, importaría considerar los hechos penales que se juzgan en la causa como 'delito militar', cuestión propia del juez del fondo y que resulta incompatible con la invocación del artículo 9° del Código de Justicia Militar, según veremos.

Finalmente, cabe detenerse en el artículo 9°, inciso primero, del Código de Justicia Militar, que dispone que *“no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, serán juzgados por los tribunales ordinarios, los militares que se hicieren procesados de delitos comunes cometidos en el ejercicio de funciones propias de un destino público civil”*.

Nuevamente, recurriendo a Renato Astrosa, se explica que *“esta disposición no es sino una confirmación de la norma de jurisdicción del artículo 5°, numeral 3°, en relación con el elemento *ratione legis* (acto del servicio militar o con ocasión de él), por cuanto para que el delito común sea de jurisdicción militar se requiere que se cometa por militar en actos del servicio militar o con ocasión de él”* (ASTROSA, Renato, *Código de Justicia Militar Comentado*, Imprenta de Carabineros, 1959, p. 38);

12° Que esta revisión de la norma impugnada ratifica que el precepto legal no sólo es decisivo sino que es la puerta de entrada para verificar si la competencia en sede de justicia militar se ajusta a una mejor protección de los derechos de las víctimas civiles y menores de edad. No obstante, esta dimensión no puede resolverse por sí misma sin recurrir a los estándares que vinculan a Chile en materia de justicia militar;

IV.- Nuevos estándares en materia de justicia militar.

13° Que si bien existen nuevos estándares y una obligación impuesta al Estado de Chile en materia de justicia militar, cabe destacar que ya en 1689 el Parlamento inglés aprobó el Mutiny Act, dictado en el contexto de la Revolución Gloriosa que, entre otros asuntos, establecía en su preámbulo una limitada jurisdicción militar, restringida a soldados regulares y

sólo para el juzgamiento de los delitos de sedición, amotinamiento y desertión. (BISHOP, Joseph (1964): "Court-Martial jurisdiction over military-civilian hybrids: retired regulars, reservists, and discharged prisoners". En *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 112, N° 3, p. 323).

14° Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile;

15° Que partiremos del análisis del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece un conjunto de garantías sustantivas y procedimentales del debido proceso, especialmente el penal. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en sus Comentarios Generales Nos 13 y 32, ha sostenido que "los tribunales militares, bajo el régimen del PIDCP, no tienen, en principio, competencia para juzgar civiles, presunción que sólo puede ser derrotada en circunstancias excepcionales" (CONTRERAS, Pablo, "Independencia e Imparcialidad en sistemas de justicia militar", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, p. 200). No obstante, su alta generalidad y su referencia a juzgamiento de civiles y no a su condición de víctimas impiden extender tal criterio a la presente causa;

16° Que, más significativo para este asunto, es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia de la Corte IDH (22 de noviembre de 2005, Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C N° 135, a partir de este fallo CIDH/N° 135/2005). No es

posible hacer una revisión de una extensa sentencia; sin embargo, condensaremos algunos estándares a partir del reconocimiento de que Chile ha violado determinados derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos;

17° Que los estándares que se derivan del Caso Palamara y que son aplicables a esta causa son:

En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, el párrafo 125 de la CIDH/N° 135/2005 contempla como regla general de debido proceso el derecho a ser juzgado por los tribunales ordinarios como punto de partida. El párrafo 124 de CIDH/N° 135/2005 reconoce que puede existir una jurisdicción penal militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales. Para ello, las reglas de la jurisdicción especial son válidas para militares, relativas a conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados. "Esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado." (Párrafos 126 y 132 de la CIDH/N° 135/2005). Asimismo, reconoce que los artículos 6° y 7° del Código de Justicia Militar amplían excesivamente la consideración de quién es militar (Párrafo 136 de la CIDH/N° 135/2005). Finalmente, esta asunción de competencia extendida propia de la jurisdicción ordinaria constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, el derecho a ser juzgado por juez competente (Párrafos 142 y 144 de la CIDH/N° 135/2005).

En relación al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el párrafo 145 de la CIDH/N° 135/2005 sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén

involucrados en la controversia (Párrafo 146 de la CIDH/N° 135/2005). En tal sentido, es concluyente el párrafo 155, que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.

En cuanto al derecho a un proceso público, el Párrafo 166 de la CIDH/N° 135/2005 nos indica que la Convención Americana en el artículo 8.5 establece que “[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/N° 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) CADH (Párrafo 171 de la CIDH/N° 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/N° 135/2005).

Respecto a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que “en cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por

militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (*supra*, párrs. 120 a 144). El Estado deberá realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable” (párrafo 256 de la CIDH/N° 135/2005);

18° Que la evolución de estos estándares y su incorporación al ordenamiento interno es parte de una decisión del legislador. Sin embargo, en esta tarea se ha ido más lento que lo necesario, opinión que no es propia de esta Magistratura sino que de la propia Corte encargada de velar por el cumplimiento de la sentencia Palamara Iribarne vs. Chile. A ocho años de la sentencia de la Corte IDH que condenó al Estado de Chile aún no se realizan los cambios necesarios para adecuar nuestra jurisdicción militar a lo establecido por la Corte. Así lo indicó la Resolución de la Corte de 01.07.11, que mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes en este caso, entre otros:

“b) Adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la Sentencia (punto resolutivo décimo cuarto de

la Sentencia)” (Resolución de la Corte IDH de 1° de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 17).

Esta resolución también reconoce avances en la materia, como la promulgación de la Ley N° 20.477; sin embargo, a pesar de los proyectos de ley actualmente en tramitación,

“los representantes lamentaron reiteradamente que a más de cinco años desde el dictado de la Sentencia en el presente caso, Chile “aún mantiene vigente un sistema de justicia penal militar que transgrede estándares internacionales de protección de derechos humanos[,] en clara contravención a las garantías consagradas en la Convención Americana”. Adicionalmente, resaltaron la importancia de que el Estado “encare la reforma de la [justicia penal militar] en forma integral y de modo urgente, adoptando todas las medidas necesarias para impulsar el trámite parlamentario” (Resolución de la Corte IDH de 1° de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 7);

19° Que, por último, en materia de estándares, cabe agregar como un elemento complementario de análisis el criterio que ha tenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México en sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepcionando de la jurisdicción militar los actos delictivos cometidos por militares respecto de bienes jurídicos no militares. Siendo sus víctimas civiles, bajo ninguna circunstancia los juzgaría la justicia militar. Es así como los párrafos 274 y 275 de la aludida sentencia nos indican que:

“274.- En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (supra, párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos

cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.

275.- La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra, párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.”;

20° Que, por último, cabrían dos cuestiones complementarias. Primero, especificar cómo estos estándares encuentran fundamento en nuestro orden constitucional. Y, segundo, cómo los civiles, en cuanto víctimas de delitos, no estarían amparados por el procedimiento de la justicia militar, generando un efecto inconstitucional en el caso concreto;

V.- Fundamento constitucional de los estándares de la justicia militar.

21° Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia con el orden constitucional chileno a través del artículo 5°, inciso segundo de la Constitución. De acuerdo a nuestros precedentes, entre ellos la sentencia Rol N° 2265, c. 6°, se cumple con el modo de vincular reglas convencionales con el orden constitucional chileno, estimándose afectado el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, tal como lo acredita el requirente a fs. 1, 43 y 52, entre otras;

22° Que no solo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución. Recordemos que esta garantía exige que "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 e investigación racionales y justos". ¿ Por qué puede ser considerado irracional e injusto que la justicia militar juzgue a policías, sometidos al fuero militar, por delitos cometidos contra civiles ? La respuesta debe darse en el ámbito de las exigencias materiales que le impuso el artículo 83 de la Constitución a la jurisdicción especializada en sede castrense;

23° Que el artículo 83 de la Constitución, junto con disponer cómo se ejercen las reglas del ejercicio de la acción penal pública y la dirección de la investigación penal, agrega que "la adopción de medidas

para proteger a las víctimas (...) 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 determinen". Por tanto, esta norma nos habla claramente de dos cuestiones. Primero, que al no distinguir entre víctimas, éstas pueden ser militares o civiles. Segundo, que debe existir la adopción de esas medidas coherentes con el debido proceso. Si no existe ese núcleo básico de medidas, existiría una vulneración a las reglas propias de un procedimiento e investigación racional. De esta manera, la protección de las víctimas queda condicionada a la existencia de tales garantías. Si ellas no existen, no hay tutela del debido proceso, especialmente si se trata de víctimas civiles. No es del caso analizar su alcance respecto de víctimas del fuero militar, puesto que ello implicaría analizar, adicionalmente, las reglas constitucionales del artículo 19, numeral 3°, inciso segundo, de la Constitución, materia ajena a este proceso;

VI.- El estatus de los derechos de la víctima en la justicia militar.

24° Que para analizar los derechos de la víctima, a partir de una lectura del artículo 83 de la Constitución, lo que cabe es contrastar los procedimientos ordinarios en relación con el especializado de la jurisdicción militar;

25° Que en el proceso penal regido por el Código Procesal Penal (CPP), la víctima es considerada un interviniente en el proceso (artículo 12 del CPP). Además, el Ministerio Público está obligado a "velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal" (artículo 6° del CPP). Asimismo, el ejercicio de la acción penal privada es exclusivo de la víctima y para la persecución de algunos

delitos se requiere la denuncia previa de la víctima (artículo 53 del CPP).

Los derechos de la víctima están claramente establecidos en el artículo 109 del CPP e incluyen, entre otros, solicitar medidas de protección, presentar querrela, ejercer acciones para perseguir responsabilidad civil del imputado, impugnar la declaración de sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria, aunque no haya intervenido en el proceso. La posibilidad de que la víctima sea también querellante proporciona un abanico amplio de derechos, que incluye solicitar diligencias al Ministerio Público, tener acceso en todo momento a la investigación, plantear su propia teoría del caso, presentar pruebas, adherir a la acusación fiscal, formular acusación particular, etc.

En cuanto a las obligaciones del Ministerio Público con respecto a la víctima, el fiscal de la causa debe entregar información acerca del curso y resultado del procedimiento, escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa, entre otros (artículo 78 del CPP);

26° Que, en cambio, en la justicia militar no existe un estatuto de la víctima. De hecho, la nomenclatura utilizada es "ofendido" o "perjudicado". El artículo 133 del Código de Justicia Militar establece que los sumarios se seguirán exclusivamente de oficio, y no se admite querellante particular. Sólo respecto de delitos en contra de la libertad sexual se exige el consentimiento del ofendido. El artículo 133-A del Código de Justicia Militar señala que los perjudicados por un delito pueden pedir la práctica de determinadas diligencias probatorias, solicitar la publicidad del sumario, pedir la dictación de auto de procesamiento, deducir recurso de apelación en contra de la resolución que la deniegue, entre otros. La víctima puede actuar en

el proceso restringiéndose a los límites impuestos por el artículo 133-A del Código de Justicia Militar, sin tener calidad de querellante, y depende de las calificaciones del fiscal sin posibilidades de presentar una acusación autónoma;

27° Que, por tanto, frente a un estándar robusto sobre la excepcionalidad de la justicia militar, cabía esperar que ésta, en sus procedimientos, contuviera derechos procesales básicos que protejan a la víctima. No obstante, cabe consignar, en cumplimiento del artículo 83 de la Constitución, que el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público (todo sometido a sumario) y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, generando una vulneración al derecho a ser juzgado por el juez natural;

28° Que quienes están en mejor posición para evaluar el cumplimiento de esta garantía son los propios tribunales ordinarios, especialmente la Corte Suprema, que ejerciendo la superintendencia directiva, correccional y económica sobre estos tribunales tiene una posición clara al respecto. Es así como, informando el proyecto de ley presentado con posterioridad a la Ley N° 20.477, señaló que “el proyecto de ley apunta en la dirección correcta y es coincidente con la opinión manifestada reiteradamente por este Tribunal durante la discusión de la Ley N° 20.477, en el sentido de considerar expresamente la exclusión de los menores y civiles cuando tengan la calidad de víctimas u ofendidos.” (Informe de la Corte Suprema, de 28 de agosto de 2013, Boletín N° 8472-07);

29° Que, por tanto, cabe acoger el presente requerimiento por verse vulnerados los artículo 5°,

inciso segundo, 19, numeral 3°, inciso sexto, y 83 de la Constitución, según ya lo hemos argumentado.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, 19, N° 3°, inciso sexto, 77, 83 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE DECLARA:

- 1) Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual **se rechaza el requerimiento de fojas 1.**
- 2) Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos por resolución de fojas 87, debiendo oficiarse al efecto.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que concurre a lo expresado en el voto disidente, con excepción de lo indicado en los considerandos 14°, 18° y 21°, y de lo señalado en el considerando 29° respecto a la vulneración del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Redactó las consideraciones que constituyen el primer razonamiento para sustentar el rechazo del requerimiento, el Ministro señor Domingo Hernández

Emparanza. Redactó las motivaciones que constituyen el segundo razonamiento para el rechazo del requerimiento, el Ministro señor Ivan Aróstica Maldonado. Redactó el voto por acoger el requerimiento, el Ministro señor Gonzalo García Pino. Redactó la prevención, su autor, Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2399-13-INA.

SRA. PEÑA

SR. BERTELSEN

SR. VODANOVIC

SR. FERNÁNDEZ

SR. CARMONA

SR. ARÓSTICA

SR. GARCÍA

SR. HERNÁNDEZ

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.