

Oficio N° 276

INFORME PROYECTO DE LEY 72-2009

Antecedente: Boletín N° 6739-02

Santiago, 7 de diciembre de 2009

Por Oficio N° 8386, recibido el 28 de octubre de 2009, el Presidente de la H. Cámara de Diputados requirió de esta Corte, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, informe sobre el proyecto de ley sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares y procedimiento ante ellos.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto, en sesión del día 4 de diciembre del presente, presidida por su titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Nivaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señora Sonia Araneda Briones, señores Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz, Guillermo Silva Gundelach, y señora Rosa María Maggi Ducommun, acordó informarlo favorablemente, formulando las siguientes observaciones:

**AL DIPUTADO DON
RODRIGO ÁLVAREZ ZENTENO
PRESIDENTE
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAISO**

I. Antecedentes generales

1) El mensaje -que tiene una extensión de veinte páginas- se inicia declarando que la reforma a la justicia militar es parte integrante de un cúmulo de reformas a la judicatura que ha llevado adelante el Estado de Chile en los últimos años. “Se trata, en general, de un proceso global de adaptación y adecuación de las reglas orgánicas y procedimentales a través de las cuales se estructura la defensa de los derechos ciudadanos en los más diversos ámbitos. La reforma al proceso penal, de familia, laboral, la creación de los tribunales tributarios y aduaneros y, por último, la reforma al proceso civil son manifestaciones de este fenómeno”. En el marco de las transformaciones del Poder Judicial, la reforma a la jurisdicción penal militar se caracteriza por revestir características peculiares frente al resto de las modificaciones emprendidas. “Se trata de una reforma esencial desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

Se propone una nueva institucionalidad, procedimientos y régimen legal que sujetarán sus normas al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile, tanto para civiles como para militares. Su objetivo trasciende la mera “modernización” de instituciones. “Por el contrario, se ubica en los cimientos mismos de la consolidación y garantía de un estatuto jurídico que tutele los derechos fundamentales, tanto de militares como de civiles. Por una parte, reditúa los fundamentos de la carrera militar realzando los derechos y deberes militares y, por otra, garantiza a todos el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal acotado.”

2) El proyecto alude a los “condicionamientos internacionales” destacando que esta reforma se incorpora al proceso de cumplimiento de obligaciones internacionales por el Estado de Chile, cuyo ordenamiento jurídico interno debe ajustarse a los principales instrumentos internacionales que reconocen derechos fundamentales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En razón de este último instrumento nuestro país fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Palamara vs. Chile”, por vulnerar, entre otras normas, las garantías judiciales que establece el artículo 8º de la Convención citada, en particular, el derecho al juzgamiento por un juez independiente e imparcial. Como corolario de ese

pronunciamiento y otros, como asimismo, de la convicción del Poder Ejecutivo, la jurisdicción penal militar debe ser reducida sustancialmente, correspondiéndole conocer solamente “de delitos de función cometidos por militares en servicio activo ... 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.”

3) El mensaje hace referencia a la “discusión académica y política”, recordando que en esos dos ámbitos se han dirigido diversos cuestionamientos a la conformación y funcionamiento de la jurisdicción castrense.

Hace ya varios años grupos de especialistas destacados plantearon la urgente necesidad de abordar la reforma de la legislación penal y procesal penal militar; entre las publicaciones de gran calidad aparecidas pueden mencionarse, sin pretender excluir otras, las siguientes: Justicia Militar y Estado de Derecho, Cuadernos de Análisis Jurídico, 40, serie seminarios, Universidad Diego Portales, varios autores, Jorge Mera Figueroa, editor, 1998; Hacia una Reforma de la Justicia Militar. Delito Militar, Régimen Disciplinario, Competencia y Organización, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie publicaciones especiales, 13, varios autores, Jorge Mera Figueroa, editor, 2002.

4) Cabe hacer presente -como un dato de alto interés- que la iniciativa de ley menciona “Los Principios Formativos de una nueva Justicia Militar”, que constituyen la base para la reforma ahora emprendida, contenidos en un documento elaborado por la Comisión Especial de Reforma de la Justicia Militar (CERJM) constituida en agosto de 2005. “El Documento de Principios contiene XXVII enunciados de distinto contenido entre sí. Sus materias cruzan desde prescripciones materiales de Derecho Internacional Humanitario hasta cuestiones orgánicas o procedimentales que estructuran el sistema de jurisdicción militar. Sin embargo, todos comparten en programar normativamente las condiciones básicas y esenciales de la futura reforma.

Según indica el mensaje, los principios VIII a XI conforman el esqueleto orgánico del sistema de jurisdicción penal militar; he estimado conveniente adjuntar el texto de la presentación de los principios referidos, ya que tal como se hizo en el Anteproyecto de nuevo Código Penal, la consagración de principios orientadores pone de manifiesto las bases doctrinarias-

ideológicas fundamentales del proceso reformador y permite su mejor entendimiento.

Sin perjuicio del estudio detallado que se puede realizar de los principios formativos -que comprenden 46 páginas- interesa resaltar, para los efectos de este informe, que el principio que estructura la reforma es la **competencia funcional** de estas magistraturas especializadas, que se restringe a asuntos estrictamente castrenses, quedando excluido el juzgamiento de civiles por estos tribunales, que “produce un menoscabo del derecho al juez natural que le asiste a todos los ciudadanos.” La delimitación de la competencia introducida por la Comisión ya mencionada, es del siguiente tenor: “Los tribunales militares, como jurisdicción especializada, tienen competencia sobre los delitos militares cometidos por militares.” La especialidad de la competencia, según este principio, radica en la protección de la eficacia operativa y el resguardo de los principios de la organización militar, en defensa del Estado de Derecho Constitucional.”

5) En cuanto al contenido del proyecto, el mensaje advierte que esta reforma es una modificación legislativa de suyo compleja y abarca diversos aspectos. “El mismo Código de Justicia Militar es un cuerpo normativo peculiar: tiene elementos de orgánica judicial, el proceso penal, delitos y cuasidelitos -tanto militares como comunes- y normas de otra índole (definiciones generales, reglas administrativas, etc.). Esta heterogeneidad demanda, para la reestructuración de la judicatura castrense, normas legales que se ocupen de tan diversas materias.”

No obstante lo anterior, el mensaje precisa que las obligaciones internacionales del Estado de Chile son las materias apremiantes de cumplimiento de este sector. Se da preferencia, en primer lugar, a las órbitas de competencia de los tribunales militares y al procedimiento penal aplicable en estos casos. Este proyecto de ley “hace aplicable dicha limitación incluso antes que entre en vigencia la totalidad del nuevo procedimiento.”

6) A las “**Bases de la jurisdicción penal militar**” dedica el mensaje varios párrafos del extenso documento, comenzando por destacar el carácter complementario y residual de las normas penales y procesales penales generales del procedimiento. “Se trata, en consecuencia, de una legislación especial, y, por regla general, no autónoma, salvo en cuanto la

especificidad de sujetos y objetos amerite un tratamiento diferenciado. Con ello se busca dar vigencia al principio de igualdad ante la ley, previsto en nuestra Constitución Política y en la Convención Americana, entre otros tratados internacionales de similar carácter.”

La construcción del ordenamiento penal y procesal se realiza en función de las reglas generales de la legislación vigente y señalando, en cada caso, las modificaciones y qué normas no son aplicables en sede castrense. El reconocimiento de la especialidad de la función militar implica admitir “que no se trata de un fuero especial, sino que las diferencias se hacen expresamente por razones que atienden a la función castrense y los principios ordenadores de las Fuerzas Armadas. Si no procede una regla especial, debe estarse siempre al régimen general del Código Penal y del Código Procesal Penal, así como el resto de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional.”

La nueva regla de competencia, que reemplaza al actual artículo 5º del Código de Justicia Militar, señala que los tribunales militares son competentes para conocer de delitos militares cometidos por militares. Por tanto, el juzgamiento de delitos comunes perpetrados por militares queda entregado a los tribunales ordinarios, solución postulada con énfasis por la doctrina chilena. (Ver Jaime Couso Salas, “Competencia de la Justicia Militar. Una perspectiva político-criminal”, en Hacia una Reforma de la Justicia Militar, cit. pp. 73 y s.s.)

El proyecto define quienes son militares, restringiendo el concepto actual, en términos que excluye todo empleo de tipo transitorio- tal como lo prohíbe el fallo del caso Palamara- y evidentemente a todos los civiles .

Adicionalmente, el proyecto resuelve dos problemas relacionados:

- a) los menores de edad no están sujetos, en ningún caso, a la competencia de los tribunales militares, lo que refuerza la protección de los derechos de los niños bajo la esfera punitiva del Estado.
- b) en los casos de coautoría y participación en delitos militares -en base a una solución que sigue a la normativa italiana- interviene la judicatura ordinaria,

lo que refuerza la excepcionalidad de los tribunales militares y fortalece la regla de competencia que aleja a los civiles de estas magistraturas.

También se perfecciona el régimen de órdenes, de su suspensión y de representación de las mismas, lo que reviste gran importancia en relación al sistema de eximentes y/o atenuantes de la responsabilidad penal. En este punto el texto especifica las órdenes que no deben ser cumplidas. Éstas, al no ser órdenes por definición, se excluyen de las funciones propias del servicio: “El inferior no está obligado a cumplir mandatos de sus superiores que no constituyan órdenes del servicio y en ningún caso aquellos que lesionen la dignidad de las personas o cuyo cumplimiento importe la comisión de un delito.” “Con una disposición como la citada, se completa un círculo normativo que consagra la obediencia reflexiva y asegura la imposibilidad de cumplir mandatos que tienen por objeto la comisión de un delito, como en el caso de tortura, secuestros o la desaparición forzada de personas.”

7) **“El nuevo proceso penal militar”** es un tópico al que el mensaje dedica varias páginas, develando la plena coincidencia de aplicar el sistema del Código Procesal Penal al ámbito militar. “Esta decisión tiene importantes consecuencias: en primer término, consolida un modelo de proceso penal exitoso y probado tanto en la eficacia de la persecución punitiva, como en el resguardo y defensa de los derechos de las personas. En segundo lugar, asumir tal modelo significaría que el estándar de garantías judiciales que obliga la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se aplica en todo proceso penal y sin distinción de la persona que se ve sometida a tal ejercicio jurisdiccional. Por lo tanto, los militares tendrán un proceso penal que se estructura en idénticas bases que el proceso común, procurando no rebajar el estándar de derechos en materia penal militar, como es, por ejemplo, el derecho a la defensa jurídica de todo sujeto que se enfrenta a un juicio criminal.”

Naturalmente existen algunas modificaciones respecto del proceso penal ordinario, incluso para casos de tiempo de paz, pero las reglas especiales, “no afectan los ejes centrales del sistema, desde que se ha concordado un modelo de corte acusatorio, que garantice un derecho al juicio previo, oral y público, con reguardo de la asistencia letrada y la presunción de inocencia del imputado“. Una modificación de especial relevancia es la atinente al aseguramiento de la reserva o secreto de determinados antecedentes y

documentos cuya divulgación, comunicación o conocimiento pudiere afectar la seguridad de la Nación. “Se trata de asegurar causales de reserva para determinados casos, por un lado, pero admitiendo su posibilidad de control jurisdiccional, por el otro, con el objeto de tutelar el derecho de defensa jurídica y no menoscabar la posición del imputado en el proceso penal”.

La primera etapa del proceso penal militar ocurre ante el Juzgado Militar de Garantía y la segunda, ante un tribunal colegiado y letrado, con un componente especializado, pero el proyecto no introduce las indispensables normas orgánicas en este aspecto, ya que mantiene los actuales tribunales militares, cambiando su denominación, en concordancia con el Código Procesal Penal: “Ministerio Público” - “Ministerio Público Militar”; “Fiscal” - “Fiscales pertenecientes al Ministerio Público Militar”; “Juez o juzgado de garantía” - “Juez o juzgado militar de garantía”; “Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal” - “Tribunal Militar de Juicio Oral”. Las menciones a la “Corte de Apelaciones” deberán entenderse hechas a la Corte Marcial respectiva, que es actualmente el Tribunal de Alzada especializado, con excepción de ciertos casos. Esta alternativa es factible de ser objetada parcialmente -sin perjuicio del sano propósito que la anima, señalado en el párrafo 9.- debido a que respecto a los imputados militares, podría poner en entredicho la garantía esencial del juez independiente e imparcial, desde que su juzgamiento se efectúa por los propios militares (Couso Salas, cit., p. 78), salvo en la Corte Marcial, integrada por dos ministros civiles.

8) La única norma de Derecho Penal sustantivo que contiene el proyecto, es la que deroga el delito de desacato, tipificado y sancionado en el actual artículo 284 del Código de Justicia Militar.

9) Respecto a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, el mensaje señala que la regla general sujeta la obligatoriedad de las normas establecidas a la aprobación del resto de las leyes en materia de creación y configuración de los órganos que intervendrán en el nuevo proceso, tales como el Ministerio Público Militar, los juzgados militares de garantía, los tribunales orales en lo penal militar y la Corte Marcial.

Sin embargo, se decide excepcionar esa regla, “con el objeto de cumplir inmediatamente una de las obligaciones pendientes del Estado: restringir la competencia de los tribunales militares y excluir de su conocimiento las causas en que civiles se vean involucrados. Por lo tanto, el inciso

segundo del artículo 76 que aquí se propone, hace directamente aplicable la restricción de la competencia a los actuales tribunales militares, una vez que sea publicado este proyecto de ley.”

10) A juicio de esta Corte, un aspecto relevante, y que permanece pendiente, es la reforma penal sustantiva, que necesariamente ha de complementar las modificaciones en Derecho Penal adjetivo, ya que el procedimiento penal desarrolla funciones instrumentales para la aplicación a los conflictos de la vida social, del ordenamiento punitivo; uno y otro subsistema del control social formal, se relacionan estrechamente, de tal manera que uno no puede subsistir sin el otro.

Sobre este tema, cabe recordar que con la redacción del Anteproyecto de nuevo Código Penal, se procuró seriamente y desplegando los mejores esfuerzos, satisfacer esta necesidad, pero, como es sabido, el texto quedó archivado, sin ser considerado por las autoridades políticas.

El proyecto restringe la competencia funcional de los tribunales militares al conocimiento de “**delitos militares cometidos por militares**“, por lo que en cumplimiento a los principios de legalidad en sentido estricto y tipicidad, deben definirse estas infracciones en la Parte Especial del Código, cuya redacción actual requiere ser revisada críticamente, “con el objeto de determinar (i) las figuras delictivas que debieran mantenerse, por constituir auténticos delitos militares; (ii) las figuras que debieran eliminarse por no reunir las características propias de los delitos militares (calidad del hecho y del sujeto activo) o ser suficientes las sanciones disciplinarias; y (iii) las figuras que debieran incorporarse a nuestra legislación penal militar, por tratarse de infracciones graves de los deberes militares que afectan relevantemente la eficacia de las Fuerzas Armadas como órgano técnico especializado en la protección de la seguridad exterior del Estado y, que no se encuentran actualmente tipificadas. (Jorge Mera Figueroa, La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno. Bases Programáticas para su Reforma Integral”, en Hacia una Reforma de la Justicia Militar, cit., pp. 11 y s.s.)

La definición que de “delitos militares” proporciona el artículo 5º, nro. 1 del Código de Justicia Militar -“los contemplados en este Código”- no define expresamente ninguna conducta, no alude ni al sujeto activo, ni al objeto jurídico de protección. Se trata de un concepto meramente

formal, que se pretendió modificar a través del proyecto de ley Boletín 4792-07, informado desfavorablemente por esta Corte Suprema y al cual se alude más adelante.

11) Por último, procede tener presente en esta Introducción -tal como lo hace el mensaje- que varios países europeos han eliminado completamente la Justicia Militar, v. gr., Francia, Bélgica, Alemania. En Argentina se ha seguido igual criterio, sustituyendo el procedimiento penal militar por un reforzamiento de la potestad disciplinaria, opción que merece ser estudiada atentamente. Otras naciones han reformado significativamente sus ordenamientos para compatibilizar las disposiciones con los mandatos constitucionales y las obligaciones internacionales (v. gr., Canadá en 1999, Inglaterra en 2006). Esta segunda tendencia es la que inspira el proyecto en análisis, que sin duda representa un avance importante frente a la normativa del Código vigente.

II. Estructura y contenido del proyecto

La iniciativa consta de 78 artículos permanentes distribuidos en tres Títulos, a saber:

Título I "*Bases de la jurisdicción penal militar*". En este título se regula la competencia de los tribunales militares, los principios básicos que estructuran la nueva normativa y las definiciones necesarias para la aplicación de la futura ley y de aquéllas que contengan delitos militares.

Título II "*Del proceso penal militar*". Se desarrolla el procedimiento utilizado en tiempos de paz, al que se aplican complementariamente las normas del Código Procesal Penal, salvo en aquello que, atendida la calidad del sujeto u objeto, requiera un tratamiento diverso a lo señalado en las disposiciones generales complementarias. A modo de ejemplo, es destacable el tratamiento que se hace a la reserva de información que, a diferencia de la normativa procesal penal, es mucho más estricta y rigurosa.

Título III "*Disposiciones finales*". El título refiere a la entrada en vigencia de la ley, la modificación y derogación de diversos preceptos, con la finalidad de asegurar un correcto funcionamiento de la nueva

regulación propuesta. La derogación más relevante, es aquella que recae en el delito de desacato, el cual es abolido en el presente proyecto.

A continuación se comentarán los preceptos del proyecto que inciden en materias orgánicas o que son de relevancia para las atribuciones de los tribunales; para ello se dividirá el comentario en dos partes: la primera, relativa a las reglas de competencia; la segunda, relativa a las normas de procedimiento.

2.1. Reglas de jurisdicción y competencia

2.1.1. Extraterritorialidad de la jurisdicción

Esta materia se regula en el artículo 3° del proyecto que señala:

“Los tribunales militares chilenos tienen jurisdicción para juzgar de los delitos militares que cometan militares chilenos fuera del territorio de la República”.

Por tratarse de una función pública que emana de la soberanía, la jurisdicción, por regla general, tiene por objeto resolver los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan dentro del territorio de la República, consagrándose así el denominado principio de territorialidad. Sin embargo, este precepto constituye una excepción a dicho principio, al otorgar competencia a los tribunales militares para conocer de asuntos promovidos fuera del territorio de la República. Ahora bien, la extraterritorialidad sólo procederá si se cumplen dos requisitos taxativos, a saber: que se trate de delitos militares y que sean cometidos sólo por militares chilenos.

La norma propuesta es mucho más restrictiva que la actual. En efecto, el Código de Justicia Militar en su artículo tercero contempla la extraterritorialidad,¹ con casos más amplios que los propuestos en la

¹ Art. 3° Código de Justicia Militar. “*Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional.*”

Igualmente tienen jurisdicción para conocer de los mismos asuntos que sobrevengan fuera del territorio nacional, en los casos siguientes: 1° Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas; 2° Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio; 3° Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código. 4° Cuando se trate de los mismos delitos previstos y b) en el número

iniciativa, ya que permite perseguir delitos comunes cometidos en el extranjero, así como también, delitos en que su autor no sea militar.²

La regla de competencia propuesta por el proyecto para el caso de la extraterritorialidad, no es más que la aplicación de la regla general sobre la competencia funcional de los tribunales militares y que se encuentra contenida en el precepto que a continuación se comenta.

2.1.2. Competencia funcional de los tribunales militares

Regulada en el artículo 4º del proyecto:

“Los tribunales militares sólo pueden conocer de delitos militares cometidos por militares.

Excepcionalmente, en tiempo de guerra, tendrán competencia para conocer de delitos comunes cometidos por militares, cuando se afecte sustancialmente la eficacia operativa de los cuerpos armados. Sin embargo, no serán nunca competentes para conocer de los delitos establecidos en la ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

En ningún caso, los menores de edad podrán estar sujetos a la competencia de los tribunales militares.

Asimismo, tendrán siempre competencia para conocer las acciones civiles que deriven de los delitos y cuasidelitos de que conozcan.”

Este artículo establece la regla general sobre la competencia funcional de los tribunales militares, al señalar que dichos tribunales sólo serán competentes para conocer de delitos militares cometidos por militares. La calidad de militar debe poseerse al momento de cometer el delito militar.

Esta regla contiene excepciones. La primera, son los menores de edad, quienes jamás pueden sujetarse a la competencia de los tribunales militares. La segunda excepción, se refiere a los delitos comunes

anterior, contemplados en otros Códigos y leyes especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente.

² En efecto, en el caso contenido en el número 2 del artículo 3º del Código de Justicia Militar, los delitos pueden ser comunes o militares, pues la ley no hace distinción; eso sí, requiere que tratándose de delitos comunes, estos hayan sido cometidos en ejercicio de las funciones militares (situación que se presupone en el evento de tratarse de un militar). Por otra parte, pueden incurrir en el caso del N° 3, un militar o un civil indistintamente, situaciones que quedarían restringidas conforme a la redacción propuesta en el proyecto.

cometidos por militares en tiempo de guerra, siempre y cuando, afecte sustancialmente la eficacia operativa de los cuerpos armados.³

Al precisar la regla general de competencia en el sentido que los tribunales militares sólo conocerán de los delitos militares cometidos por militares, es necesario determinar el alcance de estos conceptos. El proyecto no define “delito militar”;⁴ en cambio, sí contiene un concepto de “militar”, que se caracteriza por ser más restringido que el actual.⁵ En efecto, el artículo 5° del proyecto considera que son militares: los funcionarios de planta y reserva llamados al servicio activo de las Fuerzas Armadas y Carabineros, los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales y Carabineros de Chile. Quedan al margen de la jurisdicción militar todos los civiles y todo empleo de tipo transitorio.

Por último, el precepto contenido en el proyecto establece que, las acciones civiles emanadas de los delitos y cuasidelitos que conozca el tribunal militar, serán siempre de competencia de estos. Esta regla plantea dos situaciones que se deben elucidar.

I. Al tenor de lo señalado en el proyecto, este no restringe las acciones civiles que podrán conocer los tribunales militares. En la actualidad, la situación es distinta, ya que el Código de Justicia Militar sólo otorga competencia a los tribunales castrenses para conocer de la acción civil restitutoria.⁶ El punto a determinar es, si conforme a la redacción propuesta, se

³ V. infra p. 29

⁴ El Código de Justicia Militar define el delito militar como todos aquellos que están contemplados en dicho estatuto o en leyes especiales que sometan el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares. Se trata de un concepto formal que no alude a la naturaleza de la infracción, de considerarse la naturaleza, se podría afirmar – siguiendo a MERA FIGUEROA- que serían delitos militares los castigados con penas militares. Al no otorgar el proyecto un concepto legal de delito militar, será la jurisprudencia quien deberá precisar su alcance y, de dicha determinación, dependerá la mayor o menor extensión de la competencia de los tribunales militares, pues, bajo la normativa propuesta en el proyecto, los tribunales militares conocerán sólo de los delitos militares cometidos por militares.

⁵ El Código de Justicia Militar establece quienes son militares en su artículo 6° que señala: “Para los efectos de este 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.”

⁶ Así se establece en el artículo 5° número 4, 178 y 179 del Código de Justicia Militar que señalan: Art. 5° “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: 4° De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1° a 3°, para obtener la restitución de la cosa o su valor.”. Art. 178. “Las acciones civiles para obtener la mera restitución de alguna cosa que hubiere sido objeto de un delito, se deducirán ante el juez que conociere o hubiere conocido de la causa en primera instancia; y se tramitarán conforme a las reglas del Código de Procedimiento Civil para los incidentes, en expediente o cuaderno especial. Los recursos que en éste se deduzcan no entorpecerán la marcha de la causa principal, ni

agrega o no al conocimiento de los tribunales militares la acción civil indemnizatoria, lo que a la luz de la amplia norma del artículo 4º, inciso final, pareciera ser la interpretación correcta, sin perjuicio de lo indicado en el párrafo siguiente.

II. Respecto a la acción restitutoria no existe duda que debe tramitarse en el tribunal que conoce del delito respectivo.⁷ El problema puede presentarse al aceptar el conocimiento de la acción indemnizatoria por parte de los tribunales militares, máxime, si se considera que las normas del Código Procesal Penal son complementarias, y que en este cuerpo legal, existe un tratamiento especial para dichas acciones. En efecto, en el Código Procesal Penal, con la sola excepción de la acción restitutoria, las demás acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpongan personas distintas de la víctima o se dirijan contra personas diferentes del imputado, deberán ser ejercidas ante el tribunal civil competente de acuerdo a las reglas generales.⁸ Así las cosas, será necesario precisar si los tribunales militares conocerán de la acción indemnizatoria en todos los casos, o bien, se hará aplicando las reglas del Código Procesal Penal, ya que su artículo 59 no está entre los no aplicables al proceso penal militar (artículo 24 del proyecto). El mensaje nada dice al respecto.

2.1.3. Tribunal competente en casos de coautoría y coparticipación

Este tópico es regulado en el artículo 6º del proyecto que señala:

“Los casos de coautoría y coparticipación de civiles y militares, en la comisión de delitos militares, será competencia de los tribunales penales ordinarios.

Sin embargo, la Corte Suprema, a requerimiento del Ministerio Público Militar ante el juez ordinario o resolviendo una contienda de competencia, podrá ordenar la separación de los procedimientos, por razones de conveniencia y por medio de resolución fundada.

viceversa”. Art. 179. *“La regla del artículo anterior se aplicará también cuando, desaparecida o perdida la cosa, se reclamare su valor”*

⁷ Esta es la regla consagrada en el Código de Justicia Militar (artículos 5º número 4, 178 y 179 y en el artículo 59 del Código Procesal Penal.

⁸ HORVITZ/LOPEZ, *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. II, pp. 612-613

En este punto, el proyecto manifiesta claramente que su intención ha sido restringir la competencia de los tribunales militares, siendo la solución propuesta, totalmente diversa a la actualmente consagrada en el CJM.⁹ En efecto, en la actualidad se distinguen tres situaciones:

I. Los casos de coautoría o coparticipación (art. 11 inciso 1° Código de Justicia Militar). Aquí la regla es totalmente opuesta a la contenida en el proyecto, pues, si en un delito correspondiente a la jurisdicción militar intervienen como autor, cómplice o encubridor, personas que no sean militares, la competencia para conocer de dicho delito es de los tribunales militares. En el proyecto, en cambio, la competencia en estas situaciones corresponderá a los tribunales penales ordinarios.

II. Delitos conexos (art. 11 inciso 2° de Justicia Militar). En estos casos, también conocerán los tribunales militares,¹⁰ aún cuando los ilícitos considerados en forma independiente correspondan a la jurisdicción común. En la actualidad y como consecuencia de la derogación del artículo 165 del Código Orgánico de Tribunales no existe una definición legal de lo que ha de entenderse por “delito conexo”, por lo que corresponde hoy a la jurisprudencia fijar el alcance de dicho concepto. Sin embargo, resulta innegable que nos encontraremos ante una “conexidad”, cuando entre los delitos concorra una relación de medio a fin.

El proyecto no hace alusión alguna a los delitos conexos, por ende, habría que concluir que el conocimiento de los delitos

⁹ El Código de Justicia Militar regula esta materia en los siguientes preceptos: Art. 11. “El Tribunal Militar tendrá jurisdicción para juzgar no sólo al autor de un delito de jurisdicción militar, sino también a los demás responsables de él, aunque no estén sujetos a fuero.

Tendrá, asimismo, jurisdicción para conocer de los delitos que sean conexos, aun cuando independientemente sean de jurisdicción común, salvo las excepciones legales.

No se alterará la jurisdicción cuando el Tribunal Militar, al dictar el fallo, califique como delito común un hecho que se tuvo como delito militar durante la tramitación del proceso.”

Art. 12. “Cuando se hubiere cometido por un mismo agente delitos de jurisdicción militar y de jurisdicción común, que no sean conexos, el Tribunal Militar será competente para conocer de los primeros y el tribunal ordinario de los segundos. Si la aplicación de esta norma creare alguna interferencia o dificultad para la práctica de medidas o diligencias que se relacionan con el inculcado, tendrán preferencia las requeridas por el Tribunal Militar.

Los Tribunales deberán remitirse recíprocamente copias de los autos de procesamiento y de los fallos que se dictaren en sus respectivas causas, las que deberán agregarse a los autos.

El tribunal que dictare el último fallo no podrá considerar circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que de estar acumulados los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta.

El reo podrá solicitar dentro del plazo de un año a contar del último fallo, al tribunal superior común, la unificación de las penas cuando ello lo beneficiare.

¹⁰ Regla similar se contiene en el artículo 169 COT que señala: “Si siendo muchos los responsables de un delito hubiere entre ellos individuos sometidos a los tribunales militares y otros que no lo estén, el tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero, juzgará también a los demás.”

comunes, cualquiera sea la vinculación que tengan con un delito militar, será de conocimiento de los tribunales penales ordinarios.

III. Concurso de delitos no conexos (art. 12 del Código Justicia Militar). En este caso se aplica la regla general en materia comparada de no extender el fuero militar a los casos de concurso de delitos cuando no exista “conexidad”, por lo tanto, de los delitos militares conoce el tribunal militar y del delito común, conoce el tribunal penal ordinario. A la misma solución arriba el proyecto, claro que para ello no reguló especialmente esta materia, pues, con las disposiciones del artículo 4° sobre competencia funcional (los tribunales militares sólo conocerán de delitos militares cometidos por militares) y la consagrada en el artículo 6° que aquí se comenta, basta para arribar a la misma solución que actualmente consagra el Código Justicia Militar.

Finalmente, el artículo 6° del proyecto contiene una excepción que permite la separación de procedimientos cuando exista coautoría o participación entre civiles y militares. Será la Corte Suprema que, conociendo de una contienda de competencia o por requerimiento del Ministerio Público Militar, ordene, por razones de conveniencia, la separación de los procedimientos, decisión que deberá ser fundada.

2.1.4. Derecho al juez natural

Contemplado en el artículo 10° del proyecto, que prescribe:

“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

La competencia que esta ley confiere a los tribunales militares es de derecho estricto y será interpretada restrictivamente.

En el caso de contiendas de competencias entre tribunales ordinarios y militares, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema.”

El precepto reproduce en su inciso primero el artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución Política de la República, que prohíbe juzgar a una persona a través de órganos que no son jurisdiccionales, sino que han sido creados por designación especial de alguno de los otros

poderes del estado, evitando así, cualquier tipo de influencia en la determinación del tribunal.¹¹

En esta disposición se contiene la regla para los casos en que se produzca una contienda de competencia, entregando la solución de la controversia a la Corte Suprema, manteniendo así el criterio que rige en la actualidad y que se contempla en el artículo 70-A N° 5 del Código Justicia Militar.¹² Además, y como un elemento orientador para dirimir posibles conflictos de competencia, se precisa el carácter de derecho estricto y la interpretación restrictiva de ésta, lo que deja de manifiesto que la intención del legislador es restringir la competencia de los tribunales castrenses.

2.1.5. Habeas corpus

Este derecho a la acción de amparo se encuentra consagrado en el artículo 12 del proyecto que señala:

“Toda persona que sufra privación, perturbación o amenaza de su libertad, por resoluciones de los tribunales militares o por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, referidos a hechos y personas que se encuentren en el ámbito militar, tiene derecho a recurrir ante el tribunal superior competente que determine la ley, a fin que éste resuelva sin demora sobre la legalidad de la privación, perturbación o amenaza de la libertad o la haga cesar, en su caso, ordenando su puesta en libertad.

Las resoluciones que se dicten por este tribunal serán recurribles para ante la Corte Suprema.

Se recoge expresamente el recurso de amparo en materia castrense y la norma propuesta no hace más que reproducir la regla del amparo constitucional, estableciendo expresamente que, la resolución del tribunal que conozca del recurso, será recurrible a la Corte Suprema. En la actualidad, conforme a lo expresado en los artículos 60 N°3 y 139 del Código de Justicia Militar, hay casos en que el amparo en materia militar es conocido por la Corte Marcial en única instancia. Con la norma propuesta en el proyecto, la Corte

¹¹ HORVITZ/LOPEZ, op. cit., p. 62.

¹² Art. 70-A. “A la Corte Suprema, integrada por el Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo, corresponde también el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas a que alude el artículo 2° de este Código, en relación con la administración de la justicia militar de tiempo de paz, y conocer: 5° De las contiendas de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común.

Suprema tendría el conocimiento en segunda instancia de los amparos interpuestos en el ámbito militar,¹³ lo que resulta coherente con el sistema de doble instancia.

2.2. Procedimiento en tiempo de paz

2.2.1. Ámbito de aplicación de las normas del Código Procesal Penal

Esta materia se inicia en el artículo 23 del proyecto, que señala:

“Serán aplicables a los procesos penales militares en tiempo de paz las normas del Código Procesal Penal, con las excepciones que se indican en el presente Título.

Para estos efectos:

- a) Las menciones al “ministerio público” deberán entenderse hechas al Ministerio Público Militar.*
- b) Las menciones al “fiscal” deberán entenderse hechas a los fiscales pertenecientes al Ministerio Público Militar, en conformidad a su ley respectiva.*
- c) Las menciones al “Juez o juzgado de garantía” deberán entenderse hechas al Juez o juzgado militar de garantía.*
- d) Las menciones al “tribunal del juicio oral en lo penal” deberán entenderse hechas al tribunal militar de juicio oral.*
- e) Las menciones a “la Corte” deberán entenderse hechas a la Corte Marcial respectiva o a la Corte Suprema, según corresponda.*
- f) Las menciones a la “Corte de Apelaciones” deberán entenderse hechas a la Corte Marcial respectiva, excepto en los casos de los artículos 416, incisos 1° y 3°; 417; 419 y 421, inciso 1°”, esto es,*

¹³ El artículo 60 N°3 preceptúa: “Corresponde a las Cortes Marciales en única instancia: 3° Conocer de los recursos de amparo deducidos en favor de individuos detenidos o arrestados en virtud de orden de una autoridad judicial del fuero militar en su carácter de tal”. A su vez, el artículo 139 señala: “Contra la orden de prisión de alguna autoridad judicial del fuero militar, solamente procede el recurso de amparo, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución Política del Estado. Conocerá de este recurso, en única instancia, la Corte Marcial respectiva, y su tramitación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 306 a 310 del Código de Procedimiento Penal.”

En efecto, y tal como señala ASTROSA HERRERA, en la actualidad procede el amparo cuando la orden que se ha dado, cumplida o no, sea de aquéllas que privan de libertad a alguna persona, llámese detención, prisión, arresto o aprehensión, siendo el amparo de conocimiento de la Corte Marcial en única instancia cuando la orden emane de alguna autoridad judicial, como ser Juez Institucional o Fiscal, en caso contrario - señala dicho autor- si la privación de libertad proviene de una autoridad militar, del recurso de amparo conocerá en primera instancia la Corte de Apelaciones respectiva. Ver ASTROSA HERRERA, *Código de Justicia Militar comentado*, 3° ed., pp. 93 y 225 y ss.

referentes al desafuero, detención in fraganti, comunicación en caso de desafuero de diputado o senador y efectos de la resolución que no diere lugar a la formación de causa en el caso de que el fiscal estimare que procede formular acusación por crimen o simple delito en contra del aforado.

Con este artículo se inicia el Título II del proyecto, denominado *del proceso militar en tiempo de paz*, acápite en el que se desarrolla este procedimiento y se introducen las modificaciones al procedimiento penal en tiempo de guerra, del cual conocerán los tribunales ordinarios competentes para conocer del primer procedimiento (art. 35 del proyecto).

Una de las modificaciones más importantes del proyecto desde el punto de vista orgánico, es el fin de la distinción entre tribunales en tiempos de paz y tribunales en tiempo de guerra. En la actualidad, en tiempo de guerra la competencia corresponde a los consejos de guerra, los que dejarán de administrar justicia.

A cambio, el proyecto propone, bajo una estructura orgánica similar a la de la justicia criminal, la existencia de tribunales permanentes que conocerán de los hechos que se susciten tanto en tiempo de paz como de guerra.

En cuanto al procedimiento en tiempos de paz, la iniciativa contempla una remisión genérica y residual a las normas del Código Procesal Penal por lo que, salvo las reglas especiales contenidas en el proyecto que obedecen a la naturaleza de la actividad militar, se aplicarán las normas de dicho cuerpo legal.

2.2.1.1. Normas del Código Procesal Penal no aplicables al procedimiento de paz

Conforme a lo preceptuado en el artículo 24 del proyecto, algunas normas del **Código Procesal Penal** no se aplican al procedimiento militar en tiempos de paz. Consideramos de relevancia comentar las siguientes:¹⁴

¹⁴ Artículo 24 del proyecto: ***Normas no aplicables al proceso penal militar***. No serán aplicables en el procedimiento penal militar en tiempo de paz los artículos 53, incisos 3° y 4°; 54 a 58; 66; 72; 79; 131; 141, inciso primero, letra b); 166, inciso final; 167, 170; 185; 220; 241 a 244; 390; 394; 400 a 405; 425, inciso cuarto; 483 a 485 y el artículo transitorio del Código Procesal Penal.

a) Artículos 53, 54 al 58. En estos preceptos están contenidos en el párrafo I, Título III del Código Procesal Penal, que clasifican las acciones penales en pública, privada y previa instancia particular; se señalan los delitos correspondientes a cada una de las categorías, las normas sobre la renuncia de la acción y sus efectos.

Bajo la normativa del proyecto no se aplican estos preceptos, determinándose expresamente en el artículo 25 del mismo que los delitos militares son de acción penal pública,¹⁵ la que será ejercida de oficio por el Ministerio Público Militar y también podrá ejercerla la víctima en los casos contemplados en el Código Procesal Penal.¹⁶ Nada dice el proyecto sobre la renuncia de la acción penal pública, sin embargo, creemos que debe aplicarse la misma regla contenida en el Código Procesal Penal, es decir, la renuncia de la persona ofendida no extingue la acción penal pública pero sí la civil. Queda un vacío al no contemplar expresamente como lo hace el Código Procesal Penal en su artículo 56 -que se declara inaplicable- la prohibición de renunciar de antemano, expresa o tácitamente, al ejercicio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público, que en este ámbito es el Ministerio Público Militar.

b) Artículo 185.¹⁷ Este precepto refiere a la agrupación y separación de investigaciones realizada por el fiscal. El proyecto expresamente establece que no se aplicará el artículo 185 del Código Procesal Penal, la razón para el tratamiento específico dice relación con la solicitud de separación. En el proyecto, la separación se solicita al superior jerárquico común, en cambio, la regla del Código Procesal Penal, permite que la separación sea solicitada por el imputado, cuando se afectare su derecho de defensa, al superior jerárquico del fiscal o al superior jerárquico común.

¹⁵ Artículo 25 del proyecto. **Acción penal pública.** *La acción penal que emane de los delitos militares será pública.*

La acción civil derivada de dichos delitos se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

¹⁶ Artículo 26 del proyecto. **Oficialidad de la acción penal pública.** *La acción penal pública para la persecución de todo delito de la jurisdicción militar que no esté sometido a regla especial, deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público Militar.*

La acción penal pública podrá ser ejercida, además, por la víctima, en conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Penal.

¹⁷ Artículo 185.- Agrupación y separación de investigaciones. *El fiscal podrá investigar separadamente cada delito de que conociere. No obstante, podrá desarrollar la investigación conjunta de dos o más delitos, cuando ello resultare conveniente. Asimismo, en cualquier momento podrá separar las investigaciones que se llevaren en forma conjunta.*

Cuando dos o más fiscales se encontraren investigando los mismos hechos y con motivo de esta circunstancia se afectaren los derechos de la defensa del imputado, éste podrá pedir al superior jerárquico o al superior jerárquico común, en su caso, que resuelva cuál tendrá a su cargo el caso.

c) Artículos 241 a 244. En estas disposiciones se regula la procedencia y los efectos penales, civiles y subjetivos de los acuerdo reparatorios, los que no proceden conforme a la normativa propuesta en el proyecto. El fundamento de esta decisión es explicada en el mensaje, argumentándose que *“el interés en la persecución penal es prevalente y la existencia de una relación de jerarquía distorsiona el acuerdo libre de víctima e imputado”*.¹⁸

d) Artículo 390. Esta norma regula el requerimiento de juicio simplificado estableciendo los casos en que no procede dicho requerimiento, estos son: cuando los antecedentes sean insuficientes, se encontrare extinguida la responsabilidad penal o el fiscal decidiere hacer aplicación del principio de oportunidad. En cambio, en el artículo 37 del proyecto, se excluye la mención al principio de oportunidad que, al igual como sucede con los acuerdos reparatorios, no están contemplados en el nuevo sistema propuesto. La razón es señalada en el mensaje, y obedece a que *“los delitos militares siempre son cometidos por funcionarios públicos y existe un interés poderoso de parte de la sociedad en perseguir y castigar tales infracciones.”*¹⁹

e) Artículo 400 a 405. Estas normas regulan el procedimiento para delitos de acción penal privada y no se aplican al proceso penal militar, pues, la normativa propuesta en el proyecto establece que todos los delitos militares son de acción penal pública. Por esta misma razón, se excluye el inciso cuarto del artículo 425 del Código Procesal Penal que refiere a los casos de querrela de capítulos cuando se trate de delitos de acción penal privada

2.2.1.2. Materias que tienen un tratamiento específico en el proyecto respecto a las normas del Código Procesal Penal

a) Archivo provisional. El artículo 167 del Código Procesal Penal autoriza al fiscal para decretar el archivo provisional; sin embargo, si el delito mereciere pena aflictiva requiere ser aprobado por el Fiscal Regional. En cambio, el archivo provisional regulado en el proyecto presenta

¹⁸ V. Mensaje, p. 18

¹⁹ Mensaje, p. 19. Debido a la exclusión de los acuerdos reparatorios en el sistema propuesto en el proyecto, se contempla una regla más restrictiva acerca de las primeras actuaciones en la audiencia de juicio simplificado en comparación a la consagrada en el artículo 394 del Código Procesal Penal. El artículo 38 del proyecto señala: “Al inicio de la audiencia, en el procedimiento simplificado, el tribunal efectuará una breve relación del requerimiento y de la querrela, en su caso”. En efecto, excluye, por las razones señaladas, toda mención a los acuerdos reparatorios, sin embargo, también omite cualquier referencia a la posibilidad del fiscal para proponer la suspensión condicional del procedimiento en dicha audiencia, salida alternativa que sí procede en el nuevo sistema propuesto en el proyecto.

diferencias con su homónimo del Código Procesal Penal. En efecto, del artículo 32 del proyecto se deduce que el fiscal siempre deberá solicitar la aprobación de su superior mereciera o no el hecho pena aflictiva.²⁰

b) La reserva o secreto. Sobre este punto encontramos las mayores diferencias entre el sistema regulado en el Código Procesal Penal y el propuesto en el proyecto. Las modificaciones -como señala el mensaje- “*están destinadas a asegurar la reserva o secreto de determinados antecedentes y documentos cuya divulgación, comunicación o conocimiento pudiere afectar la seguridad de la Nación*”,²¹ ésta reserva en casos excepcionales podrá extenderse incluso a determinadas audiencias en que se exhiban los documentos. Como contrapartida y con el fin de no afectar los derechos del imputado se establece un control jurisdiccional en que, ante una controversia, serán los tribunales quienes determinen mantener o no la reserva.

El artículo 33 del proyecto establece las únicas causales de secreto por las cuales se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información, para ello, siguió los criterios establecidos en el artículo 8° de la Constitución Política de la República que establece como criterios limitadores a la publicidad los siguientes: el afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Las causales son las siguientes:

1. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile.*

2. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas.*

3. *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente:*

²⁰ Artículo 32 del proyecto. “**Archivo provisional**. *En tanto no se hubiere producido la intervención del juez militar de garantía en el procedimiento, el Ministerio Público Militar podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.*

El fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del fiscal superior respectivo. Sin perjuicio de ello, si la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo fuere propuesta por un fiscal local, éste deberá hacerlo por intermedio del fiscal zonal del cual dependiere, quien deberá elevar los antecedentes al fiscal superior manifestando su opinión.

La víctima podrá solicitar al Ministerio Público Militar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del Ministerio Público Militar.

²¹ Mensaje, p.17

a) Aquellos antecedentes o documentos referidos las Plantas o dotaciones de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros y de su personal;

b) Aquellos antecedentes o documentos referidos a los planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones;

c) Aquellos antecedentes o documentos referidos a armas de fuego, partes y piezas de las mismas; municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, y

d) Aquellos antecedentes o documentos referidos a equipos y pertrechos militares o policiales.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional.

Estas causales de reserva o secreto se relacionan directamente con otras materias reguladas en el proyecto y que inciden directamente en la forma de solucionar las controversias suscitadas, a saber:

I. Control del secreto de la investigación

Esta materia se regula en el artículo 34, siendo su homónimo, el artículo 182 del Código Procesal Penal.²²

²² Artículo 34 del Proyecto: Control del secreto de la investigación. Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público Militar y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias de los registros y los documentos de la investigación. Sin embargo, el fiscal podrá disponer la reserva de aquellos antecedentes y documentos secretos que le fueren remitidos. Asimismo, el fiscal podrá determinar que ciertos antecedentes y documentos sean mantenidos en reserva para lo cual deberá señalar fundadamente alguna de las causales establecidas en el artículo 33.

El fiscal podrá, además, disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso, deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para mantener el secreto. Con todo, respecto de los documentos a que se refiere el inciso anterior no existirá esta limitación de plazo para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare. La resolución que dicte el juez de garantía en conformidad con el inciso anterior, deberá ser fundada y podrá ser recurrida para ante la Corte Suprema, cuando la causal de secreto debatida corresponda al número 3 del artículo 33. Respecto de las causales 1, 2 y 4 del artículo 33 se regirán por las reglas generales. El plazo de interposición del recurso será de cinco días, contados desde la notificación de la resolución del juez de garantía. El recurso deberá ser fundado, suspenderá los efectos de la resolución del juez y gozará de preferencia para su vista y fallo ante la Corte Suprema.

Con las salvedades indicadas precedentemente, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquiera otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.”

El proyecto reitera la regla contemplada en dicho Código, que contempla el secreto de la investigación respecto de terceros ajenos al procedimiento y la publicidad de la investigación respecto de los intervinientes. En este último caso, el proyecto es más restrictivo y permite la reserva de ciertos documentos o antecedentes relacionados con el artículo 33 del proyecto. El proyecto permite que el fiscal establezca la reserva de ciertos documentos en dos situaciones: cuando hayan sido remitidos antecedentes o documentos secretos, o bien, cuando el fiscal así lo determine fundamentado su decisión en alguna de las causales del artículo 33. En ambos casos, no opera el límite de tiempo de cuarenta días que el Código Procesal Penal y el proyecto aplican al secreto decretado por el fiscal cuando el motivo sea la eficacia de la investigación.

Del mismo modo como lo establece el Código Procesal Penal, el proyecto permite que los intervinientes soliciten al juez de garantía que limite o termine el secreto. Sin embargo, el proyecto agrega una regla especial que consiste en otorgar competencia a la Corte Suprema para conocer del recurso interpuesto en contra de la resolución dictada por el juez de garantía, cuando la causal de secreto debatida sea el número 3° del artículo 33 del proyecto, es decir, se trate de los casos en que los antecedentes o documentos afecten a la seguridad de la nación. El recurso podrá interponerse dentro de cinco días contados desde la notificación del juez de garantía, debe ser fundado y suspende los efectos de la resolución del juez, goza de preferencia para su vista y fallo.

Artículo 182 del Código Procesal Penal. **Secreto de las actuaciones de investigación.** *Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.*

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial.

El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas”.

II. Requerimiento de información y secreto.

Esta materia contenida en el artículo 40 del proyecto, se refiere a los casos en que se requiera información o documentos que en virtud de la ley tuvieren carácter secreto.²³ El proyecto precisa los casos en que el Ministerio Público Militar deba requerir antecedentes o documentos de carácter reservado o secreto pertenecientes a las Fuerzas Armadas o Carabineros. Junto con indicar que estos deberán solicitarse al Comandante en Jefe o al Director General de Carabineros en su caso, entrega solución a las controversias suscitadas entre los involucrados en el requerimiento. Cuando la causal invocada sea el número 3 del artículo 85 (sic)²⁴, es decir, la seguridad de la nación, el proyecto propone la misma solución contemplada en el artículo 19 inciso 4° del Código de Procesal Penal, resuelve la Corte Suprema.

Cuando no se remitan los antecedentes requeridos por el Ministerio Público Militar y dicha negativa se fundamente en los números 1, 2 o 4 del artículo 33 del proyecto, resolverá el juez de garantía en única o primera instancia según la causal que se trate. En efecto, la resolución del juez de garantía será apelable a la Corte Marcial respectiva siempre y cuando la causal invocada sea la N°2 (afecte los derechos de las personas) o la N°4 (interés nacional) del artículo 33 del proyecto; en cambio, cuando la causal corresponda a la N° 1 (afecte al debido cumplimiento de las funciones) el juez de garantía conoce en única instancia.

En este punto el proyecto se aparta de la regla contenida en el Código Procesal Penal, el que entrega la resolución de estos conflictos (salvo cuando el fundamento sea la seguridad de la nación) a la Corte de Apelaciones respectiva. No se explica en el mensaje esta variación, que menoscaba el derecho a la doble instancia.

²³ Artículo 40 del proyecto. “Requerimientos de información y secreto. Si en las situaciones a que se refiere el artículo 19, incisos segundo y siguientes, del Código Procesal Penal, los antecedentes o documentos de carácter secreto o reservado fueren propios de las Fuerzas Armadas o Carabineros y el Ministerio Público Militar estimare necesario incluirlos en una investigación, los requerirá del respectivo Comandante en Jefe institucional o del General Director, según corresponda, mediante una solicitud escrita y fundada.

Si la razón invocada por la autoridad requerida para no enviar los antecedentes solicitados fuere que su publicidad, comunicación o conocimiento se estima que afecta la seguridad de la Nación, en conformidad con el número 3 del artículo 85, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema. Si la razón invocada por la autoridad requerida para no enviar los antecedentes se fundare en los números 1, 2 o 4 del artículo 33, la cuestión deberá ser resuelta por el juez de garantía. La resolución que dicte el juez de garantía sólo podrá ser apelada por las causales establecidas en los números 2 y 4 del artículo 33 para ante la Corte de Jurisdicción Penal Militar.

Para los efectos de la aplicación del mismo artículo, la mención que en él se hace al “fiscal regional” deberá entenderse hecha al fiscal superior correspondiente, en conformidad a la ley del Ministerio Público Militar.

²⁴ El proyecto hace mención al artículo 85, sin embargo, este no existe en el cuerpo de la iniciativa y todo parece indicar que se está refiriendo al artículo 33 del proyecto.

III. Custodia y conservación de especies e instrumentos secretos.

Esta materia es regulada en el artículo 48 del proyecto y se remite a los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal.²⁵ Se trata de los objetos, documentos o instrumentos que al parecer sirvieron, estaban destinados a la comisión del hecho, se encontraban en el sitio del suceso o puedan servir como medio de prueba y que tuvieren el carácter de secreto o reservado de las Fuerzas Armadas o Carabineros. Estos deberán ser conservados bajo llave en el recinto militar que el fiscal militar señale. Lo relevante en este punto es que, para que los intervinientes puedan acceder a ellos con el fin de realizar alguna pericia o reconocerlas, deben ser autorizados por el ministerio público militar o el juez de garantía militar, autorización que deberá obtenerse conforme al procedimiento contemplado en el artículo 40 del proyecto.²⁶

IV. Entrada y registro en recintos militares respecto de antecedentes o documentos reservados.

Esta situación se regula en el artículo 50 del proyecto y remite a la regla del artículo 209 del Código Procesal Penal que regula la entrada y registro a lugares especiales.²⁷ El proyecto señala que si la diligencia recae en documentos reservados o secretos de las Fuerzas Armadas o Carabineros y cuya publicidad afecte a las causales 1,3 y 4 del artículo 33 del proyecto, la autoridad del recinto militar debe informar inmediatamente al

²⁵ Artículo 48 del proyecto. Custodia y conservación de especies e instrumentos secretos. Cuando los objetos, documentos o instrumentos a que se refieren los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal tuvieren el carácter de secretos o reservados de las Fuerzas Armadas o Carabineros, ellos deberán ser conservados bajo sello en el recinto militar que el fiscal señale, bajo la responsabilidad del comandante o jefe del mismo.

Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía.

En la situación prevista en el tercer inciso del artículo 188, para otorgar respecto de los mismos objetos, documentos o instrumentos la autorización allí señalada, el fiscal o el juez militar de garantía deberán ajustarse previamente al procedimiento señalado en el artículo 40.

²⁶ Primero se debe requerir autorización al comandante en jefe o director general de Carabineros en su caso, si niega la autorización, habrá que determinar que causal del artículo 33 del proyecto invoca, para determinar si resuelve la Corte Suprema o el juez de garantía en única o primera instancia.

²⁷ Artículo 50 del proyecto. “Entrada y registro en recintos militares respecto de antecedentes o documentos reservados. Si en la situación contemplada en el artículo 209 del Código Procesal Penal, la diligencia implicare el examen de antecedentes o documentos reservados o secretos de las Fuerzas Armadas o de Carabineros o de lugares en que se encontraren información o elementos de dicho carácter y cuya publicidad, comunicación o conocimiento pudiere afectar las causales establecidas en los números 1, 3 y 4 del artículo 33, la autoridad o persona a cuyo cargo se encontrare en el recinto informará de inmediato y fundadamente de este hecho al Comandante en Jefe institucional respectivo, o al General Director, en su caso, a través del conducto regular, quien, si lo estimare procedente, oficiará al fiscal manifestando su oposición a la práctica de la diligencia.

Además, en el caso previsto en el inciso tercero del mismo artículo, la mención que en él se hace al “fiscal regional” deberá entenderse hecha al fiscal superior correspondiente, en conformidad a la ley del Ministerio Público Militar”.

Comandante en Jefe o Director General de Carabineros en su caso, quien podrá oponerse a la diligencia. En esta situación no se aplica la regla del artículo 40 del proyecto, sino que la contenida en el inciso 3 del artículo 209 del Código Procesal Penal, en el sentido que, de estimarse por parte del fiscal militar indispensable la realización de la diligencia, debe remitir los antecedentes al fiscal superior, que de arribar a la misma conclusión solicitará que la Corte Suprema resuelva la controversia.

V. Incautación de objetos y documentos y retención de correspondencia.

Esta materia se regula en el artículo 51 del proyecto²⁸ y refiere a los casos en que lo incautado o retenido sean documentos reservados o secretos de las Fuerzas Armadas o Carabineros, los que serán guardados bajo llave en el recinto militar designado por el fiscal. El artículo 217 del Código Procesal Penal -al que remite el precepto del proyecto- establece un apercibimiento para la entrega voluntaria de los documentos antes de proceder a la incautación. He aquí la regla especial del proyecto, pues el apercibimiento para la entrega voluntaria no opera en contra de las personas que deban custodiar estos documentos secretos o reservados y sólo podrán entregarlos conforme al procedimiento contemplado en el artículo 40 del proyecto.

VI. Restricción a la publicidad de la audiencia de juicio oral.

El artículo 57 del proyecto contiene una regla que restringe el carácter público de la audiencia de juicio oral.²⁹ En efecto, el artículo 289 del Código Procesal Penal establece la posibilidad de limitar el acceso a la audiencia pública, como también, impedir que se entregue información a los medios de comunicación mientras se ventila el juicio. Lo anterior debe fundamentarse en la protección de la intimidad, el honor, la seguridad de cualquier persona que tome parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto

²⁸ Artículo 51 del proyecto: ***“Incautación de objetos y documentos y retención de correspondencia.*** *Los objetos o documentos señalados en los artículos 217 y 218 del Código Procesal Penal que tuvieren el carácter de secretos o reservados de las Fuerzas Armadas o Carabineros, serán guardados bajo sello en el recinto militar que el fiscal señale, bajo la responsabilidad del comandante o jefe del mismo. El apercibimiento para la entrega de los mencionados objetos o documentos que prevé el inciso segundo del aludido artículo 217, no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes les está confiada la custodia de los mismos, las que deberán entregarlos sólo cuando se hubiere seguido previamente el procedimiento señalado en el artículo 40.”*

²⁹ Artículo 57 del proyecto: ***“Restricción a la publicidad de la audiencia del juicio oral.*** *Para los efectos de la aplicación del artículo 289 del Código Procesal Penal, las medidas destinadas a evitar la divulgación de secretos protegidos por la ley a que dicha norma se refiere, se entenderán especialmente aplicables respecto de toda materia, dato o información que haya sido declarada reservada o secreta bajo las causales establecidas en el artículo 33.”*

protegido por la ley. Es en este último caso donde el proyecto señala expresamente que los casos contemplados en el artículo 33 de la iniciativa se consideraran especialmente para restringir la publicidad del juicio oral.

2.2.1.3. Disposiciones del Código Procesal Penal que el proyecto hace expresamente aplicables al procedimiento militar en tiempos de paz.

El proyecto señala en su artículo 39 las normas del Código Procesal Penal aplicables al procedimiento en tiempo de paz, conforme al precepto antes señalado, las disposiciones son las siguientes:³⁰

Requerimiento de información, contenido y formalidades (art. 19), notificaciones (art. 24), examen de registro y certificaciones (art.44), información al detenido (art.135), difusión de derechos (137), ejecución de cauciones económicas (147), ejecución de la prisión preventiva (150), cuestiones prejudiciales civiles (171), objetos documentos e instrumentos (187), conservación de especies (188), entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial (206), entrada y registro en lugares especiales (209), incautación de objetos y documentos (217), retención e incautación de correspondencia (218), registro de las actuaciones del ministerio público (227), registro de actuaciones policiales (228), condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento (238), oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios (245), registro de suspensión condicional y acuerdo reparatorio (246) (debe entenderse aplicable sólo en cuanto a la suspensión condicional, por estar excluidos los acuerdos reparatorios como salida alternativa, forzamiento de la acusación (258), comparecencia del fiscal y defensor (269), corrección de vicios formales (270), actuaciones previas al juicio oral (281), publicidad de la audiencia de juicio oral (289), excepciones a la obligación de comparecencia (art. 300), declaraciones de personas exceptuadas (art. 301), individualización de testigos (art. 307), efectos de comparecencia respecto de otras obligaciones(art. 313), lectura de exhibición de documentos (art. 333), contenido de la sentencia (art. 342), prohibición de suspender la vista de la causa (art 356) y presupuesto para el procedimiento abreviado (art. 406).

³⁰ Artículo 39.del proyecto: Normas aplicables al proceso penal militar. Lo dispuesto en los artículos 19, 24, 44, 135, 137, 147, 150, 171, 187, 188, 206, 209, 217, 218, 227, 228, 238, 245, 246, 258, 269, 270, 281, 289, 300, 301, 307, 313, 333, 342, 356 y 406 del Código Procesal Penal, será aplicable en el procedimiento penal militar en tiempo de paz con las modificaciones o modalidades que se señalan en los artículos siguientes.

2.3. Procedimiento en tiempo de guerra

El proyecto establece una normativa excepcional cuando el país se encuentra en estado de guerra. Como se indicó, una de las características más relevantes del proyecto es la existencia de tribunales permanentes que actuarán tanto en tiempos de paz como en caso de conflicto armado, desapareciendo los consejos de guerra como tribunales que imparten justicia en caso de existir una situación de guerra.³¹

El artículo 13 define lo que debe entenderse por tiempo de guerra,³² excluyendo al “estado de sitio”; por ende, las situaciones de conmoción interna no podrán constituir estados de guerra como sí lo contempla en la actualidad el artículo 418 del Código de Justicia militar.

En general, en tiempo de guerra se aplicarán las mismas reglas del procedimiento en tiempo de paz y, sólo por circunstancias de necesidad propias del estado de guerra, se podrán aplicar las siguientes reglas especiales:³³

a) Conocimiento de delitos comunes. Como señalamos al comentar las normas sobre competencia,³⁴ los tribunales militares sólo tienen competencia para conocer los delitos militares cometidos por militares. Sin embargo, el artículo 67 del proyecto establece una excepción a esta competencia al extenderla a delitos comunes cometidos por militares, pero sólo en lo relativo a la etapa de investigación y preparación de juicio oral, ya que el juicio oral necesariamente debe realizarse ante los tribunales orales ordinarios.³⁵ La temporalidad y excepcionalidad de esta situación se manifiesta en la regla que ordena, una vez cesado los impedimentos que hicieron necesario el conocimiento

³¹ V. supra p. 14

³² Artículo 13 del proyecto: “**Tiempo de guerra**. Para los efectos de esta ley y de la que establezca delitos militares, se entenderá por tiempo de guerra, no sólo cuando haya sido declarada oficialmente, conforme al procedimiento que establece la Constitución y las leyes, sino también cuando existiere de hecho, o se haya decretado la movilización para la misma.”

³³ Artículo 64 del proyecto: “**Principio de necesidad**. Sólo cuando las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas sean objetivamente manifiestas e insuperables, y la demora en la instrucción del proceso pudiere ocasionar perjuicios en la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y de las operaciones, se seguirán las reglas que se expresan a continuación.”

³⁴ V. supra p. 6

³⁵ Artículo 67 del proyecto: “**Competencia sobre delitos comunes**. Excepcionalmente, los juzgados de garantía militar tendrán competencia, durante la etapa de investigación y para la preparación del juicio oral, para conocer de los delitos comunes que cometan los militares en el contexto de las operaciones, mientras persistan los impedimentos de la guerra que impidan remitir la causa al juzgado de garantía ordinario que corresponda. La etapa de juicio oral de estos delitos será siempre de competencia exclusiva de los tribunales orales en lo penal ordinarios”.

del delito común por parte de los tribunales militares, remitir inmediatamente la causa al juzgado de garantía ordinario.

b) Medidas cautelares personales. El proyecto contiene en los artículos 68 y 69 un tratamiento especial de la detención y la prisión preventiva en tiempo de guerra. En efecto, en el caso de la detención, esta podrá ser decretada por la autoridad militar superior que corresponda y extenderla por hasta tres días en caso que la situación de guerra no permita colocarlo a disposición del juez de garantía militar.³⁶ Tratándose de la prisión preventiva, también podrá ser decretada por la autoridad militar superior; sin embargo, los requisitos de procedencia son más estrictos, ya que además de acreditar que existen antecedentes que justifican la existencia del delito y que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito, deberá acreditar el carácter de indispensable de la medida cautelar para evitar perjuicios a la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y de las operaciones de combate.³⁷

Decretada la medida cautelar, se deberá informar inmediatamente al tribunal de garantía correspondiente una vez cesado el impedimento.³⁸ De estos impedimentos que hagan necesario la realización de las actuaciones anteriormente señaladas se deberá dejar constancia en un acta conforme a lo prescrito en el artículo 73 del proyecto, todo ello con la finalidad de dar cumplimiento al posterior control judicial que realizará el juez de garantía militar y donde revisará la legalidad de las medidas adoptadas.³⁹

³⁶ Artículo 68 del proyecto: *“Detención en tiempo de guerra. Frente a la comisión de un delito, la autoridad militar superior correspondiente que entre en conocimiento del hecho, estará facultado para ordenar la detención del imputado y sujetarlo a custodia. Asimismo, si los impedimentos de la guerra hicieren imposible ponerlo a disposición del juez de garantía, podrá ampliar el plazo de detención hasta por tres días”*

³⁷ Artículo 69 del proyecto: *Prisión preventiva en tiempo de guerra. La autoridad militar superior correspondiente estará facultada para decretar la prisión preventiva del imputado, conforme a las causales de procedencia establecidas en esta ley.*

El superior deberá fundar su decisión, acreditando que existen antecedentes que justifican la existencia del delito que se investiga, así como antecedentes que permiten presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. Adicionalmente, deberá acreditar que existen antecedentes calificados que le permiten considerar que la prisión preventiva es indispensable para evitar el perjuicio en la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y de las operaciones de combate.”

³⁸ Artículo 70 del proyecto: *“Obligación de informar. La autoridad militar superior correspondiente que ordene la detención o decrete la prisión preventiva sobre un imputado, deberá informar de este hecho al juez de garantía competente tan pronto como las circunstancias permitan la comunicación y por cualquier medio idóneo para realizar dicho fin, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente.*

Asimismo, deberá informar a sus superiores de la adopción de la medida, para que éstos dispongan a la brevedad el traslado del militar ante el juez.

Ambas comunicaciones deberán efectuarse procurando no perjudicar gravemente las operaciones de las Fuerzas Armadas, como en el caso de ser interceptadas o intervenidas.”

³⁹ Artículo 74 del proyecto: *“Control judicial. Una vez que sea posible la aplicación de las reglas generales, conforme al artículo 64, el juez de garantía militar citará a todos los intervinientes a una audiencia en donde deberá controlar la legalidad de las medidas excepcionales adoptadas con anterioridad a su intervención, debiendo examinar sus requisitos formales y las razones que las motiven.*

En caso de haber incurrido en abusos o infracciones en el ejercicio de las facultades especiales otorgadas en tiempos de guerra, las autoridades militares serán sancionadas en conformidad a las normas civiles, penales y disciplinarias.⁴⁰

c) Principio de temporalidad y proporcionalidad.

Todas las medidas y actuaciones decretadas durante el estado de guerra, deberán ajustarse a los principios de temporalidad y proporcionalidad regulados respectivamente en los artículos 65⁴¹ y 66⁴² del proyecto. En efecto, todas las reglas del procedimiento en tiempos de guerra no son más que medidas urgentes que obedecen a la imposibilidad de actuar conforme al procedimiento de paz producto de la guerra, pero una vez que los impedimentos desaparecen, se deberá ajustar las actuaciones a las reglas del procedimiento en tiempos de paz, razón por la que todas las reglas señaladas anteriormente son de carácter temporal, no mientras dure el conflicto, sino que mientras exista un impedimento para actuar conforme a las reglas del procedimiento militar de paz.

El juez revisará la modificación o revocación de cualquier medida cautelar que haya sido dictada conforme a estas reglas. Los intervinientes, sin embargo, podrán ejercer todas las facultades que les confieren las reglas generales.”

⁴⁰ Artículo 75. **“Responsabilidad de los superiores.** Las infracciones y los abusos de las autoridades militares superiores correspondientes en el ejercicio de las atribuciones establecidas en este párrafo serán sancionadas en conformidad con las normas civiles, penales y disciplinarias que correspondan”.

⁴¹ Artículo 65 del proyecto. **“Principio de temporalidad.** Las reglas especiales de procedimiento en tiempo de guerra no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse luego que hayan cesado los impedimentos que hicieron necesaria su aplicación. En ningún caso, las medidas regirán una vez ordenada la cesación de las hostilidades. Una vez que cesen dichos impedimentos, la causa será remitida a los órganos competentes para su prosecución conforme a las reglas establecidas para tiempo de paz. Los actos procesales dictados en conformidad con las reglas de este párrafo serán válidos, sin perjuicio de los recursos y acciones que sean procedentes”

⁴² Artículo 66 del proyecto. **“Principio de proporcionalidad.** Las medidas adoptadas en tiempo de guerra y conforme a las reglas establecidas en este párrafo deberán ser idóneas, necesarias y proporcionales para alcanzar los fines establecidos en estos artículos, en relación a la situación de excepción que presenten los impedimentos de la guerra.”

Opinión previa de la Corte

La Corte ha informado otros proyectos de ley que dicen relación con la justicia militar, de estos informes, el siguiente se relaciona con el proyecto actualmente comentado:

Oficio N° 36, de 29 de enero de 2007.

La Corte informó el proyecto de ley sobre *Jurisdicción penal militar* (Boletín N° 4792-07) que proponía modificar el artículo 3° del Código de Justicia Militar y sustituir el 5°. La Corte hizo observaciones al artículo 5° propuesto, el que limitaba la competencia de los tribunales militares al conocimiento de los delitos militares que, conforme a la redacción del proyecto, serán aquellos que tengan asignada una pena militar. La Corte no compartió este criterio, si bien se presenta partidaria de la limitación de la competencia castrense, *“estima que esto debe realizarse en atención a la naturaleza del delito y en atención a la persona o fuero”*. Se observa que las penas militares no se identifican con los delitos militares y que el proyecto, al dejar subsistente el artículo 215 del Código de Justicia Militar, deja subsistente la categoría de delitos militares no sancionados con penas militares, lo que generaría problemas de competencia cuando el delito se castigue con penas comunes y militares, o bien, cuando el delito objetivamente militar (sujeto activo militar y atentatorio contra intereses militares) lesiona intereses militares y comunes simultáneamente. En todos estos casos, señala la Corte, *“las penas comunes establecidas para estos delitos militares pasarían a ser competencia de los tribunales ordinarios, aún cuando ellos hayan sido cometidos por militares y el bien jurídico sea también propio de la función castrense, por la aplicación de la iniciativa que se informa su juzgamiento debería corresponder a un tribunal ordinario. Ello de no mediar una interpretación en el sentido que, por aplicación de los artículos 221 y 222 ya citados, por tener penas militares accesorias, serían de competencia de los tribunales militares. Lo anterior sin embargo crea un manifiesto problema de interpretación y en el evento de aceptar la competencia de la justicia militar ella quedaría determinada por la existencia de penas accesorias y no principales, lo que no parece una acertada solución en materia de repartición de competencias”*.

IV Conclusiones

1.- En primer término, y más allá del debate que puedan generar algunas de las normas propuestas, resulta sin duda positivo que esta iniciativa de ley aborde una reforma global al procedimiento penal militar - con abandono del modelo inquisitivo- poniéndolo a tono con las exigencias vinculadas al inicio de una nueva institucionalidad, procedimientos y régimen legal que someterán sus normas al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Fundamental y los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país.

No se trata, por ende, de un simple proceso de modernización, sino de algo más profundo, “la garantía de un estatuto jurídico que tutele los derechos fundamentales, tanto de militares como de civiles.”

2.- En segundo término, la categórica exclusión de los civiles como sujetos de persecución penal en la judicatura castrense, debe ser recibida con beneplácito -no obstante que debió ser incorporada con mucha anterioridad- toda vez que constituye una modificación requerida con insistencia en las esferas académicas y políticas, y un principio rector, consagrado en los ordenamientos jurídicos que aún mantienen una legislación penal militar.

Del mismo modo, la restricción, en el caso de los juzgamientos a militares, sólo a los “delitos militares” -excluyéndose los comunes, por regla general, salvo en la hipótesis excepcional del artículo 4º inciso 2º- también da cumplimiento a una exigencia ineludible, vinculada estrechamente a la naturaleza de los bienes jurídicos de carácter militar -en cuya concepción tiene lógica el argumento del resguardo del orden y la disciplina- cuya lesión es un elemento esencial para la configuración del “delito militar”. (Ver informe de esta Corte, oficio Nro. 36; Mera Figueroa, Presentación del volumen Justicia Militar y Estado de Derecho, cit., pp. 54-55; Couso Salas, cit. pp. 84 y s.s.)

3.- En tercer lugar, el acatamiento a la garantía del juez independiente e imparcial, postulado en el mensaje, ya reclamado en el ámbito judicial militar por el entonces Presidente de la Corte Suprema, don Luis Maldonado, en su discurso inaugural del año judicial 1989,

también elimina un aspecto negativo de la actual legislación. No obstante, como se advirtió en la Introducción, este principio sólo se materializará en la medida que los juzgadores no sean funcionarios de los cuerpos armados, aún cuando se trate de delitos cuyos sujetos activos sólo pueden ser militares.

4.- Resulta indispensable, según se indicó también en la Introducción, complementar de manera urgente esta reforma procesal con la requerida en el ámbito sustantivo, desde que la ausencia de la tipificación de los ilícitos propia o específicamente militares en la Parte Especial del Código (que contempla “delitos militarizados”) y la mantención de los delitos comunes, imprime carácter meramente programático a la trascendental reforma proyectada.

El proyecto, a fin de precisar la competencia, define legalmente lo que debe entenderse por militar, restringiendo el concepto en orden a excluir a los civiles y a quienes realizan trabajos transitorios. Sin embargo, no ha definido legalmente lo que debe entenderse por delito militar, lo que genera un problema de interpretación, pues no queda claro cuál será el criterio para determinar este concepto. Lo anterior no es baladí, toda vez que existe una relación inversamente proporcional entre lo amplio o restringido del concepto de delito militar y lo amplio o restringido de la competencia militar.

5. En cuanto se refiere a la organización y atribuciones de los tribunales, materia específica sobre la que debe opinar esta Corte, sólo me cabe insistir en lo expresado en el párrafo 3 que antecede.

6.- Finalmente, y como un alcance de técnica legislativa, y tal como se indica en este informe, se debe modificar el artículo 40 del proyecto, en el sentido de reemplazar la mención que se hace al artículo 85 - disposición que no existe en el proyecto- por el artículo 33, precepto al que corresponde la referencia.

Cabe hacer presente qué, ocho señores Ministros fueron de opinión de efectuar un mayor estudio acerca de la necesidad de justificación de la existencia de la jurisdicción penal militar, salvo en aspectos netamente disciplinarios.

Por su parte, dos Ministros concluyeron que no se justifica la existencia de una jurisdicción penal militar; debiendo reforzarse la disciplinaria y mantener lo penal en la justicia ordinaria.

Lo anterior es todo en cuanto esta Corte puede informar en relación con la presente iniciativa de ley.

Saluda atentamente a V.S.

Urbano Marín Vallejo
Presidente

Rosa María Pinto Egusquiza
Secretaria