



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Justificación de la existencia de los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales

María Francisca Aranda Gálvez

Profesor guía: Alberto Balbontín Retamales

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO
OCTUBRE DEL 2010

Tabla de contenidos

I. Introducción	página 3
II. La jurisdicción militar	página 5
III. Los Tribunales Militares en tiempo de paz en Chile	página 9
1. Los Juzgados Institucionales	página 9
2. Los Fiscales	página 11
3. Las Cortes Marciales	página 12
4. La Corte Suprema	página 14
IV. Sobre la justificación de la existencia de Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales	página 14
1. La falta de independencia e imparcialidad	página 14
1. La imparcialidad	página 14
2. La independencia	página 21
2. La unidad jurisdiccional	página 27
3. La especialidad	página 32
V. Consideraciones finales	página 39
Bibliografía citada	página 44

Resumen (Abstract)

Se discute la necesidad de una reforma a la Justicia Militar en Chile, que se hizo especialmente necesaria luego de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal. Son distintos aspectos respecto de los cuales se plantea la necesidad de modificaciones. Uno de ellos es en relación a la naturaleza de los órganos a quienes compete el ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de paz. Este artículo revisa las características de la jurisdicción militar y la organización de los Tribunales Militares en tiempo de paz, para finalmente revisar los principales argumentos que se dan para criticar la existencia de estos órganos jurisdiccionales como tribunales especiales, específicamente los principios de unidad jurisdiccional, de independencia e imparcialidad del tribunal y el carácter especial del Derecho Militar.

Palabras claves

Tribunales militares. Jurisdicción militar. Independencia. Imparcialidad. Unidad Jurisdiccional. Derecho Militar.

I. Introducción

El Estado está conformado por una serie de instituciones, todas necesarias para el funcionamiento de éste y el logro de su finalidad esencial que es el bien común.

Entre éstas, algunas tienen el carácter de fundamentales pues su carencia afecta a la existencia misma del Estado. Una de ellas es la fuerza pública.

La fuerza pública tiene como propósito proveer a la seguridad interior y exterior del Estado y dar eficacia al poder político y judicial.

El órgano que representa esa fuerza al servicio del Estado es el instituto armado o cuerpo armado. Una definición de él es como un “conjunto de individuos armados sujetos a una disciplina especial y con unidad de propósitos al servicio del interés político del Estado”. (Astrosa Sotomayor, 1973: p.3)

Dentro de su evolución histórica, se ha singularizado de distintas formas. Los ejércitos modernos, que aparecen a partir del siglo XVIII, se caracterizan por ser nacionales, obligatorios, permanentes, unificados, jerarquizados, uniformados, disciplinados, profesionales y adscritos a la finalidad política del Estado.

Se sostiene que quiénes forman parte de los cuerpos armados, por su cantidad y formación profesional, por su exteriorización uniforme, por los deberes y obligaciones especiales a que están sujetos, y por su organización, conforman una sociedad *sui generis*.

En este sentido, don Sergio Cea señala que “un Ejército debe basarse en aquellos valores que le permiten en definitiva cumplir con sus funciones en la sociedad, esto es, ser el brazo armado del Estado, a fin de garantizar las misiones que el ordenamiento jurídico-constitucional les encomienda. Las especiales características de un cuerpo armado, en los cuales sus integrantes se rigen por normas legales, éticas, sociales y jurídicas específicas, hacen de él un grupo organizado diferente en algunos aspectos, de los que desarrollan otras actividades o roles en una sociedad.” (Cea, 2002: p.269)

Para que esta sociedad *sui generis* cumpla con su propósito tan esencial, sus miembros están sujetos a una serie de obligaciones y deberes, impuestos por normas jurídicas de diversa naturaleza, administrativas, disciplinarias y penales, con ideas y terminología que le son propias, y que son establecidas por la Constitución, la ley, los

reglamentos y las órdenes superiores de carácter general, y que importan los presupuestos de existencia del cuerpo armado.

Como dice don Renato Astrosa Sotomayor, “van desde aquellas obligaciones que son básicas en el cuerpo armado y que, por lo tanto, importan un presupuesto para la existencia de éste, como son las que se refieren a la subordinación jerárquica y la obediencia, y que llegan hasta aquellos deberes que dicen relación con factores morales funcionarios.” (1973: p.6)

Ese conjunto de normas conforman el *orden jurídico militar* que es el que permite la mantención y supervivencia del instituto armado y, a la postre, del mismo Estado toda vez que éste no podría concebirse sin la existencia de aquél.

Ese orden jurídico militar, para su realización, requiere de actividad por parte del Estado, cual es la función jurisdiccional, ejerciendo la jurisdicción. En este caso particular, jurisdicción militar.

Es su ejercicio, específicamente quiénes son los que la ejercen en Chile, el tema de este trabajo. Actualmente, esa jurisdicción compete a tribunales especiales, lo que es criticado por algunos y defendido por otros.

El propósito de este trabajo es tratar el tema de la jurisdicción militar, determinando sus características fundamentales y clasificaciones (I.). Luego, analizar la organización de los Tribunales Militares en tiempo de paz en Chile y quién ejerce la jurisdicción en ellos (II.) para, finalmente, hacer una revisión de algunos de los principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción y relacionarlos con los argumentos utilizados para justificar o rechazar la existencia de esos tribunales especiales (III.).

En nuestro país se discute la necesidad de una reforma a la Justicia Militar¹ para modernizarla y corregir los defectos que hubiere. Las principales críticas que se le hacen son descritas por don Carlos Peña González en la presentación del volumen “Hacia una reforma de la justicia militar” de los Cuadernos de análisis jurídico, serie Publicaciones

¹ Un ejemplo de la discusión que existe en la doctrina sobre este tema es el proyecto de investigación desarrollado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales que se traduce en los siguientes volúmenes de los *Cuadernos de Análisis Jurídico*, publicación de dicha universidad: en el número 40 de la serie Seminarios “Justicia Militar y Estado de Derecho” (1998) y en el número 13 de la serie Publicaciones Especiales “Hacia una Reforma de la Justicia Militar” (2002).

especiales, número 13, de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Señala que “las principales deficiencias identificadas se refieren básicamente a la extensión excesiva de la jurisdicción castrense (...), a la estructura y organización de los tribunales militares, que comprometen su independencia e imparcialidad, puesto que sus miembros forman parte de las plantas jerarquizadas de esas instituciones, y al procedimiento penal militar, que vulnera las garantías del debido proceso”.

II. La jurisdicción militar

En Chile, la función jurisdiccional está dada exclusivamente a los tribunales de justicia. Nuestra Constitución lo consagra en su artículo 76, señalando que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”

En su siguiente artículo establece que será “una ley orgánica constitucional (la que) determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.”

Esa Ley Orgánica Constitucional corresponde a nuestro Código Orgánico de Tribunales.

Este cuerpo legal, en su artículo 5, hace el distingo entre tribunales ordinarios de justicia y los tribunales especiales, dentro de los cuales expresamente señala a los Tribunales Militares en tiempo de paz.

Se pueden definir a los tribunales ordinarios como aquellos ordenados jerárquicamente a los cuales la ley encarga el conocimiento de todos los asuntos judiciales promovidos dentro del territorio de la República.

Los especiales, por otro lado, son aquellos tribunales a los cuales la ley les encarga expresamente el conocimiento de determinados asuntos especificados por ella.

Para entender, entonces, a los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales es necesario que se les encargue el conocimiento de asuntos específicos mediante una ley.

Esa ley, en el caso de Chile, es el Código de Justicia Militar, que entró en vigor 1927. Es su artículo 1 el que señala que “la facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código.”

Nuestro ordenamiento, entonces, reconoce una jurisdicción especial, *la jurisdicción militar* y puede definirse como “el poder que las leyes confieren a los tribunales militares para juzgar determinados asuntos civiles y penales y el que tienen los jefes militares para sancionar infracciones disciplinarias de los miembros de los cuerpos armados.” (Astrosa Herrera, 1985: p.2)

A partir de este concepto se distingue la jurisdicción judicial militar y jurisdicción disciplinaria militar.

“La (jurisdicción) judicial militar dice relación con el poder que tienen los tribunales militares para conocer de los negocios que la ley le entrega a su conocimiento”. (Astrosa Herrera, 1985: p.2)

Se clasifica en:

a) Una jurisdicción penal militar, que otorga a los tribunales militares la facultad para conocer sobre hechos constitutivos de delito y delito-faltas², y

b) Una jurisdicción civil militar, que permite a estos tribunales resolver sobre ciertas materias de orden civil.

Históricamente ha ido disminuyendo la competencia de los tribunales militares para conocer de asuntos civiles. Actualmente está reducida a lo dispuesto por el Código de Justicia Militar artículo 5 número 4°. Estos negocios civiles no han sido sacados de la esfera de atribuciones de los tribunales militares ya que están asociados al hecho penal y deben ser resueltos por el mismo tribunal por consistir en la respectiva acción civil restitutoria respecto de la cosa que está en poder de éste.

² “Debe repararse en que los delitos castrenses suponen la infracción no sólo de deberes militares (como el de la disciplina), sino que la afeción de un bien jurídico propiamente tal, de mayor alcance, referido a la eficacia de las Fuerzas Armadas en su rol protector de la seguridad exterior. Sólo cuando mediante la infracción de la disciplina y de otros deberes militares se compromete el bien jurídico mencionado – trascendiéndose el ámbito puramente disciplinario – se configura el injusto constitutivo de los delitos militares.” (Mera, 1998: p.34)

Debido a esta disminución progresiva, “cuando hay que referirse a la jurisdicción judicial militar sólo se habla de jurisdicción penal militar.” (Astrosa Herrera, 1985: p.2)

Dentro de la jurisdicción militar, además de considerarse la jurisdicción judicial militar queda comprendida la jurisdicción disciplinaria militar. Mediante su ejercicio, se decide sobre hechos que no alcanzan a constituir delito pero son contrarios al régimen establecido por los Reglamentos de Disciplina de las Instituciones Armadas.

En general se acepta que la jurisdicción disciplinaria militar “sea ejercida por las propias Fuerzas Armadas, conforme con el principio de que quien manda es quien debe controlar el cumplimiento de lo ordenado e imponer las sanciones correspondientes. La jurisdicción disciplinaria no importa el ejercicio de la función judicial, por lo que no hay, en principio, impedimento para que la asuma el mando militar, siempre naturalmente que se aseguren las garantías de los afectados.” (Mera, 1999: p.27)

Otra clasificación a propósito de la jurisdicción militar es la que distingue entre una jurisdicción militar en tiempo de guerra y una jurisdicción militar en tiempo de paz. A propósito de ella, existen dos materias a considerar: la extensión de dicha jurisdicción y la justificación de su existencia.

Respecto de la jurisdicción militar en tiempo de guerra poco se discute sobre su extensión y los criterios que la determinan. “Hay unanimidad de pareceres en la doctrina en cuanto acoger su existencia, y otro tanto acontece con la legislación positiva de los Estados.” (Astrosa Sotomayor, 1973: p.35)

Donde existe discrepancia es en el caso de la existencia y extensión de la jurisdicción militar en tiempo de paz. Del estudio de esta temática ha surgido la posibilidad de existencia de distintos modelos, como sigue.

a) La jurisdicción militar excluida en tiempo de paz.

En este modelo se “suprime la jurisdicción penal militar para el tiempo de paz, entregando el juzgamiento de los delitos militares – que subsisten como tales delitos especiales - a la justicia civil.” (Mera, 2000: p.23)

Por lo tanto, todas las materias son de conocimiento de los tribunales ordinarios. Los tribunales militares sólo ejercen jurisdicción en tiempo de guerra.

En este modelo, las Fuerzas Armadas “cuentan siempre – para la preservación del cumplimiento de los deberes militares y el mantenimiento eficiente de la organización militar, de su disciplina y gobernabilidad – con la posibilidad de aplicar eficaces sanciones disciplinarias, pudiendo llegarse a la destitución y marginación del infractor de la institución.” (Mera, 2000: p.24)

b) La jurisdicción militar restringida.

Son de conocimiento de los tribunales militares sólo los “delitos estrictamente militares, esto es, las más graves infracciones a los deberes que tienen los militares en tanto tales y que pueden afectar la eficacia de la institución armada como cuerpo especializado en la protección de la seguridad exterior del Estado.” (Mera, 2000: p.13)

Si se entiende que los delitos cuyo conocimiento recae bajo la jurisdicción militar sólo pueden ser cometidos por miembros de la fuerza pública al incumplir gravemente sus deberes como tales, no pueden los tribunales militares conocer y juzgar delitos cometidos por civiles porque “mal podrían éstos infringir deber militar alguno o atentar en contra de la disciplina propia de las instituciones armadas” (Mera, 2000: p.13). Tampoco quedarían comprendidos “los militares que cometen delitos comunes (ya que) no infringen los deberes que, en tanto uniformados, les impone esta condición, por lo que tampoco podría resultar afectada la disciplina militar”. (Mera, 2000: p.13)

c) La jurisdicción militar intermedia.

En el mismo sentido que lo que ocurre con la jurisdicción militar restringida, este modelo otorga la facultad de conocer y resolver a los tribunales militares a propósito de delitos militares cuando son cometidos por militares. Sin embargo, “por excepción los tribunales militares juzgan a civiles especialmente por delitos atentatorios contra la seguridad exterior o interior del Estado.” (Astrosa Sotomayor, 1973: p.34)

d) La jurisdicción militar amplia.

Los tribunales militares tienen facultad para conocer de los delitos militares como asimismo delitos que lesionen el interés militar o atentan contra la seguridad interna o externa del país, sean perpetrados por civiles o militares.

En estos dos últimos modelos se justifica el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar, sea en forma excepcional o no, ya que también se entiende que una persona que no está comprendida dentro del cuerpo armado puede cometer un delito militar.

En definitiva, hay dos opciones para el ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de paz: que existan tribunales militares especiales o que los delitos militares sean conocidos por la justicia ordinaria. Si se opta por lo primero, será un factor determinante el establecer qué se entiende por delitos militares sometidos a la jurisdicción militar, tema que ha sido debatido profusamente en el ámbito doctrinario.

Actualmente, en Chile existe una jurisdicción militar amplia, conforme a lo señalado por el Código de Justicia Militar artículo 5. Esto debido a que comprende todos aquellos asuntos que el mismo Código y leyes especiales establecen como delitos militares. Su determinación no mira a la naturaleza de los bienes jurídicos que se busca proteger ni a la calidad de militar del sujeto activo o pasivo.

III. Los Tribunales Militares en tiempo de paz en Chile

En Chile, los asuntos que la ley somete a la jurisdicción militar son conocidos por tribunales especiales, los tribunales militares. Su conformación está regulada en el Libro Primero del Código de Justicia Militar. El legislador distingue entre Tribunales Militares en tiempo de guerra (Título III) y Tribunales Militares en tiempo de paz (Título II).

Los Tribunales Militares en tiempo de guerra se conforman y ejercen la jurisdicción militar cuando se está en “estado de guerra” o “tiempo de guerra”, conforme al Código de Justicia Militar artículo 418. La conformación de estos tribunales no es materia de este trabajo.

Por su parte, los tribunales que ejercen la jurisdicción militar en tiempo de paz están señalados en el artículo 13 del mismo cuerpo legal y son: los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema.

1. Los Juzgados Institucionales

Los Juzgados Institucionales son los tribunales de primera instancia en el conocimiento de todos los asuntos civiles y criminales que constituyan la jurisdicción

militar. Además, tienen competencia para conocer de los demás asuntos que la ley dispone dentro de su esfera de atribuciones. (Código de Justicia Militar artículo 17)

Los Juzgados Institucionales son: los Juzgados Militares, los Juzgados Navales y los Juzgados de Aviación.

A pesar de que Carabineros de Chile se considera dentro de la jurisdicción militar conforme al Código de Justicia Militar artículo 6, no tienen Juzgado Institucional propio y el conocimiento de delitos asociados a esta institución queda sometido a los Juzgados Militares, conforme al Código de Justicia Militar artículo 429.

El ejercicio de la jurisdicción militar permanente dentro del territorio jurisdiccional de cada uno de los Juzgados Institucionales, les corresponderá a las autoridades señaladas en el Código de Justicia Militar artículo 16:

a) Juzgado Militar: el Comandante en Jefe de la respectiva División del Ejército.

b) Juzgado Naval: el Comandante en Jefe de cada Zona Naval y el de la Escuadra, respectivamente.

c) Juzgado de Aviación: el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea, en su caso.

El Juez Institucional puede delegar la jurisdicción militar en un oficial general que se desempeñe bajo su mando y, en el caso de no poder intervenir en una causa, será subrogado por el jefe militar que deba reemplazarlo dentro de la misma institución.

Es importante destacar que, en el caso de los Juzgados Institucionales, la jurisdicción la ejerce una autoridad militar no letrada.

Además de la autoridad militar respectiva, el Juzgado lo compondrán el Auditor y los Secretarios (del Juez y del Fiscal).

El Auditor, quien es letrado, es asesor del Juez Institucional. Su opinión no es vinculante. El Juez puede decidir de modo distinto a la opinión del Auditor y de ello debe quedar constancia en la resolución.

Hay un Auditor General de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas y uno de Carabineros. Además, debe existir un auditor a lo menos en el asiento de cada Juzgado Institucional.

Finalmente, los Secretarios “son Ministros de Fe Pública encargados de autorizar todas las resoluciones y actos emanados de aquellas autoridades, y de custodiar los procesos, documentos y papeles que sean presentados al Juzgado o Fiscalía en que cada uno debe prestar sus servicios.” (Código de Justicia Militar artículo 43)

2. Los Fiscales

Los Fiscales ejercen jurisdicción. (Código de Justicia Militar artículo 13)

Están definidos en el Código de Justicia Militar artículo 25 como los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar. Les corresponde la investigación de los hechos constitutivos de delito, sus circunstancias y la participación de los involucrados. Lo anterior lo realiza dentro de la etapa denominada Sumario. Lo hará por instrucción del Juez Institucional o desde que tenga conocimiento de la perpetración de un delito de la jurisdicción militar. (Código de Justicia Militar artículos 127 y 128)

Hay fiscales en cada rama de las Fuerzas Armadas y pueden ser:

a) Fiscales Letrados, nombrados del Presidente de la República de entre los oficiales de justicia de la respectiva Institución.

b) Fiscales de las Fuerzas Armadas, designados por el respectivo Juez Institucional de entre los oficiales que le estén subordinados.

En caso de que el Fiscal no pueda ejercer sus funciones será reemplazado por un oficial de la respectiva institución que el Juez Militar competente designe. (Código de Justicia Militar artículo 29)

Entonces, la jurisdicción en el caso de los fiscales puede ser ejercida tanto por letrados como por no letrados.

3. Las Cortes Marciales

Las Cortes Marciales son tribunales colegiados que ejercen jurisdicción militar en única (Código de Justicia Militar artículo 60), en primera (Código de Justicia Militar artículo 59) y, principalmente, en segunda instancia (Código de Justicia Militar artículo 58), además de jurisdicción militar disciplinaria (Código de Justicia Militar artículos 62, 63 y 64).

El Código de Justicia Militar artículo 48 dispone la existencia de dos Cortes Marciales: la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros y la Corte Marcial de la Armada.

La Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros está conformada por:

- a) Dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- b) Los Auditores Generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros.
- c) Un coronel de justicia del Ejército en servicio activo.

La Corte Marcial de la Armada está conformada por:

- a) Dos ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- b) El Auditor General de la Armada.
- c) Un oficial general en servicio activo de la Armada.

Los ministros de Corte de Apelaciones que integran las Cortes Marciales durarán tres años en sus cargos. Serán designados por sorteo entre los miembros, sorteo que es practicado por los Presidentes de los respectivos tribunales, con asistencia del Secretario, dentro de la última semana del mes de Enero del año en que corresponda dicha designación, y del cual se excluirá a los ministros que concluyan su período. (Código de Justicia Militar artículo 51 inciso 2)

En caso de ausencia o inhabilidad legal, serán subrogados por un ministro de la Corte respectiva, siguiendo el orden de mayor antigüedad.

El Presidente de la Corte Marcial es el más antiguo de los ministros de Corte de Apelaciones. En caso de ausencia o inhabilidad legal de éste, lo será el otro.

Los Auditores Generales de la Armada, de la Fuerza Aérea y de Carabineros formarán parte del tribunal por derecho propio. Tal como lo dice el Código de Justicia Militar artículo 51, los oficiales de Justicia y el oficial general de la Armada que no lo hagan, serán designados por el Presidente de la República.

Los Auditores Generales y demás oficiales de justicia serán subrogados por oficiales de justicia de la respectiva rama, siguiendo el orden de mayor antigüedad, en caso de ausencia o inhabilidad legal.

Tratándose del oficial en servicio activo que integre la Corte Marcial de la Armada será subrogado por el oficial general o superior más antiguo que preste sus servicios en la provincia de Valparaíso.

Los integrantes que no sean ministros de Corte de Apelaciones gozarán de inamovilidad por el plazo de tres años, contado desde que asuman, aunque durante la vigencia del mismo cesaren en sus funciones institucionales no jurídicas.

La conformación Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros explicada se verá modificada en el caso en que existiese retardo (cuando las causas en estado de tabla fueren más de doscientas). En ese caso, por disposición de la Corte Suprema en pleno a petición de la Corte Marcial en cuestión, pasa a estar dividida en dos salas de cinco miembros cada una.

En este caso, la primera tendrá los miembros mencionados más arriba, correspondientes a la Corte cuando no hay retardo. La segunda sala estará integrada por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, un oficial de justicia del Ejército, otro de la Fuerza Aérea y otro de Carabineros, de los grados de Coronel, Teniente Coronel o Comandante de Grupo.

Además, cada Corte Marcial tendrá dos relatores designados por el Presidente de la República de entre los oficiales de justicia de las instituciones que respectivamente quedan bajo su jurisdicción. El más antiguo se desempeñará, además, como Secretario. (Código de Justicia Militar artículo 55)

En el caso de las Cortes Marciales la jurisdicción la ejercen tribunales de escabinos.

4. La Corte Suprema

La Corte Suprema es el superior jerárquico de los tribunales militares.

Son los ministros de la Corte Suprema los llamados a ejercer la jurisdicción, a quienes se les integra el Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo conforme a la ley. (Código de Justicia Militar artículo 71-A).

IV. Sobre la justificación de la existencia de Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales

1. La falta de independencia e imparcialidad

Don Jorge Mera, en su artículo “La Modernización de la Justicia Militar: un Desafío Pendiente”, argumenta en contra de la existencia de los tribunales especiales que ejercen la jurisdicción militar en tiempo de paz en Chile señalando que “no se encuentran aseguradas la independencia e imparcialidad del tribunal”. (Mera, 1999: p.20)

1.1 La imparcialidad

La imparcialidad es la característica de los órganos jurisdiccionales consistente en ser ajenos al objeto litigioso y a los sujetos que litigan³. “Tribunal imparcial es aquél que no tiene ningún tipo de interés en los resultados del juicio, para favorecer o desfavorecer ilegalmente a las partes que intervienen en él.” (Espinoza, 2005: p.31)

Entendiendo la imparcialidad del modo expuesto, don Jorge Mera, no siendo el único que piensa en este sentido, señala que la imparcialidad “se ve infringida por el hecho de que los tribunales militares tienen jurisdicción para conocer, (...) en general, de delitos relacionados con bienes jurídicos constituidos por intereses de carácter castrense”. (Mera, 2000: p.18)

En ese sentido se vería afectada la imparcialidad por el ámbito excesivo de la jurisdicción militar que permite que “los tribunales militares juzguen a civiles imputados por delitos en contra de militares, de la institución castrense o de sus intereses; a civiles

³ “Esta garantía asegura que los órganos que ejercen jurisdicción resolverán las controversias sometidas a su conocimiento de manera objetiva e imparcial, esto es, sin que concurra algún interés en el pleito ni compromiso personal con alguna de las partes, ni presiones o influencias externas, como tampoco conocimiento informal o previo del caso que lo prive de imparcialidad al momento de juzgar.” (Horvitz, 2005: p.176)

imputados por delitos de carácter político o en contra del orden público, y a militares que cometen delitos comunes – incluso en contra de civiles – en múltiples supuestos.” (Mera, 1999: p.18)

La jurisdicción militar, independiente de quién la ejerza, tiene como propósito resguardar bienes jurídicos protegidos de carácter militar e intereses de carácter castrense. Al no ser objeto de este trabajo precisar los elementos constitutivos de éstos, me limito a decir que “el bien jurídico protegido en los delitos militares es la eficacia de las instituciones armadas como organismos de combate técnico-profesionales especializados en la seguridad exterior” (Mera, 2003: p.14) Eficacia que involucra, entre otros, “la seguridad externa e interna del Estado, la seguridad de los institutos armados, los deberes y honor militares, la subordinación jerárquica, los intereses materiales de los institutos armados, la propiedad militar y la fe militar.” (Astrosa Herrera, 1971: p.8)

Desde el punto de vista de don Jorge Mera, entonces, el tribunal militar, con su conformación actual, no puede ejercer la jurisdicción militar sin faltar a la imparcialidad necesaria para todo tribunal, debido a que sus miembros militares no son ajenos al objeto litigioso y a los sujetos que litigan.

Esto es discutible.

No hay duda de que la imparcialidad es fundamental para todo órgano jurisdiccional. Incluso está consagrada como un derecho fundamental (Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 8 y 10, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo 26, Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos artículo 14).

La exigencia de imparcialidad impone que el juez sea ajeno al objeto litigioso y a los sujetos litigantes. Sin embargo, esto no implica que al juez le deban ser indiferentes éstos. Se trata de que no tenga un interés *directo* involucrado.

Esta condición de directo que debe tener el interés para hablar de falta de imparcialidad de tribunal, se explicita en las causales que el Código Orgánico de Tribunales establece en sus artículos 195 y 196 para poder pedir la declaración de impuncias y recusaciones, principal herramienta que nos da el legislador para resguardar la imparcialidad, permitiendo sustraer al juez de la relación procesal. Estas disposiciones

también rigen en los tribunales militares (Código de Justicia Militar artículo 107) de modo que, si son garantía de imparcialidad en los tribunales ordinarios, también lo son en aquéllos.

Si se analizan dichas causales, es claro el tipo de relación que debe existir. En ningún caso, se asemeja al posible interés general que pueda tener un miembro uniformado de un tribunal militar por la protección de los bienes jurídicos vinculados a su institución.

Si tal premisa de los detractores fuera verdadera, ningún juez podría conocer causa penal alguna por cuanto los bienes jurídicos protegidos por la justicia penal ordinaria son bienes que interesan tanto al juez como a toda la sociedad. El interés general de los jueces por los bienes jurídicos que deben cautelar es, incluso, una condición buena y necesaria.

Por lo tanto, tal interés general de parte del juez militar no es suficiente para hablar de falta de imparcialidad, menos aún, para justificar la eliminación de los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales.

“La forma de resolver la ausencia de imparcialidad subjetiva del tribunal es, habitualmente, a través del sistema de inhabilitaciones (implicancias y recusaciones). Sin embargo, también puede existir falta de imparcialidad objetiva cuando existe concentración de funciones en el procedimiento que implica un prejuzgamiento del caso. Así sucede cuando el órgano jurisdiccional reúne en sí mismo funciones tan antitéticas y opuestas como investigar y juzgar o acusar y juzgar.” (Horvitz, 2005: p.177)

En el marco de la Reforma Procesal Penal se discutió el tema de la imparcialidad ya que “la idea de que la concentración de funciones del juez chileno constituía una infracción del derecho a un juez imparcial estuvo en el centro de las críticas formuladas al sistema procesal penal vigente a la fecha que se dieron los primeros pasos de lo que habría de ser más tarde el proceso de reforma.” (Horvitz, 2005: p.59)

Doña María Inés Horvitz, plantea los dos aspectos del principio acusatorio que deben ser considerados al analizar la garantía de imparcialidad. Distingue entre la concentración de las funciones de investigar y decidir y la de las funciones de acusar y decidir.

La concentración de las funciones de investigar y decidir y sus efectos en la imparcialidad del juez se explican claramente en el mensaje del Código de Procedimiento

Penal: “El juez sumariante adquiere la convicción de culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario.”

Así, la actividad instructora del juez provoca en él prejuicios e impresiones que influyen a la hora de sentenciar, haciéndolo sin la plena imparcialidad que le es exigible.

Por otro lado, la concentración de las funciones de acusar y decidir afecta la imparcialidad porque, como lo señala doña María Inés Horvitz, citando a Riego, “el ejercicio de la facultad de acusar implica un compromiso formal con una de las tesis que deben ser debatidas en el plenario.” (2005: p .61)

La Reforma no alcanzó a la Justicia Militar la cual sigue regida por el principio acusatorio, pero estas concentraciones de funciones no tienen lugar en el caso del proceso penal militar. Las funciones de investigación y de acusación (Código de Justicia Militar artículo 145) corresponden llevarlas a cabo al Fiscal mientras que la decisión de primera instancia corresponde al Juzgado Institucional.

Sin embargo, la imparcialidad sí se ve afectada a propósito de otros aspectos que tienen lugar en esta etapa del proceso.

“Dentro de la estructuración de los tribunales militares chilenos en tiempo de paz uno de los aspectos que resulta más problemático en torno al cumplimiento de la garantía de imparcialidad está constituido por las relaciones funcionales y de subordinación existentes entre el Fiscal de primera instancia, órgano acusador en el procedimiento penal militar chileno, y el Auditor General de la respectiva rama de las Fuerzas Armadas, juez integrante de las Cortes Marciales y de la Corte Suprema en el caso del Ejército.”

“De acuerdo a lo que disponen los numerales segundo y cuarto del artículo 37 del Código de Justicia Militar, a los Auditores Generales del Ejército, Fuerza Aérea y de la Armada les corresponde supervigilar la conducta de los Fiscales y dictar instrucciones de carácter general a los mismos sobre la manera de ejercer sus funciones.” (Duce, 1998: p.351)

“Estas disposiciones permiten comprender el ámbito en el cuál se produce la violación a la garantía de imparcialidad, ya que uno de los jueces del tribunal de segunda instancia, cumple a la vez y para el mismo caso, funciones claramente contradictorias como son, por una parte, las funciones de juzgamiento, y, por la otra, las funciones ligadas a la supervigilancia y orientación del órgano acusador.” (Duce, 1998: p.352)

Como se dijo, la confusión entre funciones de investigar y decidir es una forma en que se afecta la imparcialidad en el principio acusatorio. En este caso, al tener los Auditores Generales facultades para supervigilar y dictar instrucciones generales relativas a la forma de actuar a los Fiscales, no se suscita la misma hipótesis a que se refería doña María Inés Horvitz a propósito del antiguo procedimiento penal pero sí, aunque indirectamente, el Auditor General participa en la persecución penal del imputado perdiendo así su imparcialidad para luego resolver como miembro de la Corte Marcial o la Corte Suprema.

Otro aspecto razonablemente objetable a propósito del Fiscal es que, de acuerdo al Código de Justicia Militar artículo 136, éste, quién ejerce jurisdicción, cuando haya motivo bastante para sospechar de la participación de una persona en un hecho que está investigando como autor, cómplice o encubridor, puede decretar su prisión.

Como ya se señaló, respecto de quién lleva adelante la investigación en un proceso con el objeto de determinar los hechos constitutivos de delito, sus circunstancias y la participación de los involucrados, la imparcialidad no puede ser garantizada ya que se verá influido al “entrar en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables”. (Horvitz, 2005: p.38)

Por lo tanto, en el marco de una posible reforma a la Justicia Militar, además de considerar las otras ventajas que presenta el nuevo sistema procesal penal en comparación con el antiguo que es el que sirve de base al procedimiento regulado en el Código de Justicia Militar, es necesario considerar una modificación a esta facultad que tiene el Fiscal, estableciendo tal decisión en un juez que cumpla el rol de Juez de Garantía, para así no afectar a la imparcialidad y resguardar de mejor manera los derechos del imputado.

Otro aspecto a considerar en relación a la imparcialidad es el planteado por don Luis Francia Sánchez, en su ponencia “Justicia Militar y Derecho a un Tribunal Independiente e Imparcial ¿Diferencias o Incompatibilidades?”, en la cual cita los supuestos donde el

ejercicio de los tribunales militares resulta excesivo, señalados por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas en su informe del 26 de noviembre de 1996. Uno de ellos es “cuando éstos se compongan únicamente por militares”. (1998: p.329)

En ese supuesto, se dudaría de la capacidad de los tribunales militares para garantizar su imparcialidad si sólo estuvieran conformados por militares no letrados, ya que “por su falta de preparación jurídica, no (tomarían) en cuenta la necesidad que la administración de justicia requiere que ellos asuman un rol de terceros con la capacidad objetiva suficiente.”

“Es claro que la comprensión y puesta en ejercicio de la imparcialidad requiere, además de la honestidad personal, una capacitación respecto a los principios del derecho penal y procesal penal, así como del debido proceso, que no son por cierto cosas alcanzables únicamente por los abogados, pero se entiende que su formación se dedica a ese objetivo.”

“La solución planteada a esta objeción ha sido integrar a los tribunales militares con personal con formación jurídica.” (Francia, 1998: p.328)

Eso ocurre en el caso de la jurisdicción militar en tiempo de paz en Chile y, por lo tanto, a la composición de los tribunales militares no es aplicable este supuesto.

Son letrados todos los miembros de la Corte Suprema, incluyendo al Auditor General del Ejército. Por otro lado, las Cortes Marciales son tribunales colegiados que, como ya se indicó en el acápite anterior, están conformadas sólo por miembros letrados, salvo el caso de la Corte Marcial de la Armada, donde uno de sus miembros es un Oficial General en servicio activo de la misma institución. Es más, en el caso de ausencia o inhabilidad legal, todos los miembros que son letrados serán subrogados por individuos con la misma calidad. En caso de existir retardo en la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, la segunda sala también tendrá una composición de sólo letrados.

Sólo en el caso del tribunal de primera instancia, los Juzgados Institucionales, se trataría de un juez no letrado. Recordemos que ellos cuentan con el asesoramiento de un Auditor, quién es letrado, pero cuya opinión no es vinculante para el Juez Institucional, quién puede adoptar decisiones en desacuerdo a ella.

Es a ese nivel donde, en una posible reforma, puede atribuírsele la decisión a un tribunal colegiado que tenga una composición mixta ya que, tal como lo plantea el autor previamente citado, “se argumenta que estos tribunales deben de estar compuestos también por militares, ya que ellos conocen las particularidades de los delitos militares, y que los juzgadores civiles no podrían comprender adecuadamente para la determinación de la responsabilidad penal respectiva.” (1998: p.329)

Es por ello que finalmente concluye que debe optarse “por órganos integrados fundamentalmente por técnicos en derecho, a los que se añaden profesionales de las Armas, siempre en menor número, opción mixta con preferencia técnico-jurídica.” (1998: p.329)

Nuevamente se trata de un argumento que no es contrario a la especialidad de los tribunales militares. Incluso, al plantearse la necesidad de una conformación mixta para tales tribunales y desarrollarla, entiende legítima la existencia de ellos como tribunales especiales.

Adicionalmente, otros argumentos que se han dado para fundamentar esta crítica se basan en la falta de una apariencia externa de imparcialidad en el sentido de que “la Justicia Militar sea percibida por la sociedad civil como un fuero injustificado y anacrónico cuyo propósito no sería otro que la defensa de los intereses corporativos de las propias instituciones armadas” y los miembros de los tribunales castrenses “como sospechosos de parcialidad en beneficio de sus compañeros de armas o de los correspondientes intereses institucionales o, en su caso, político sociales.” (Mera, 2000: p.11)

En este mismo sentido don Jaime Couso Salas, en su artículo “Peculiaridades Orgánicas y Procesales de una Justicia Militar Reformada” señala que “la generalidad de los órganos de la Justicia Militar es vista como parte de una justicia ‘de’ los militares, una justicia de fuero, surgida completamente del mundo militar para la defensa parcial de sus intereses, incluso en contra de civiles. Esa apariencia aumenta la percepción de falta de equidad de sus decisiones, minando la confianza en la misma” (2002b: p.246)

Estos argumentos, al parecer, no revisten la debida consistencia.

En primer lugar, tienen como fundamento, y de eso dan cuenta los mismos autores, que son sólo “apreciaciones de la ciudadanía” (Mera, 2000: p.11). Eso es ajeno a un análisis jurídico del problema.

En segundo lugar, decir que se trata de “justicia de fuero” o “un fuero injustificado y anacrónico” son afirmaciones que no apuntan al sentido que se le da a la expresión *fuero militar* que no es otra cosa que la jurisdicción militar. En ningún caso se trata de un privilegio procesal.

Don Renato Astrosa Herrera lo explicaba de la siguiente manera: “Es corriente que, para indicar que los militares por ciertos delitos deben ser juzgados por tribunales militares, se diga que ‘gozan de fuero militar’, con lo que pudiera creerse que los militares tienen ciertos privilegios de orden procesal. Nada de eso existe actualmente. El fuero militar de carácter personal y privilegiado es hoy día una institución anacrónica. Los militares, actualmente, son juzgados por los tribunales militares cuando incurren en ciertos delitos señalados por la ley; en los demás casos son procesados por los tribunales ordinarios. Además, de acuerdo con nuestra legislación positiva, los civiles también pueden ser juzgados por los tribunales militares en determinados casos. El fuero militar no es, pues, fuero personal, sino real, o sea está establecido en razón de la naturaleza del asunto o delito (delito militar) y en consideración del lugar y circunstancias en que se cometió el delito (delito común) cuando ha sido perpetrado por militar.”

“Por otra parte, la dureza de las penas que establece la ley penal común, impide considerar, asimismo, al ‘fuero militar’ como privilegio de que gozan los militares. Hoy día la expresión fuero militar, lo mismo que el concepto justicia militar, está tomada como sinónimo de jurisdicción militar” (Astrosa Herrera, 1985: p.1)

En tercer lugar, estos argumentos injustificadamente ponen en duda el profesionalismo de quienes están llamados a impartir justicia en estos casos. Hablar de “parcialidad en beneficio de sus compañeros de armas” o de “defensa parcial de sus intereses” es cuestionar la integridad moral y la formación profesional y jurídica, en su caso, de quienes conforman estos tribunales, sin más asidero que una mera percepción.

1.2 La independencia

Doña María Inés Horvitz, en su obra “Derecho Procesal Penal Chileno”, al referirse al derecho a ser juzgado por un juez independiente señala que la protección que proporciona la Constitución artículo 76 inciso 1, al establecer que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes,

revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”, se refiere “a lo que se conoce como *independencia institucional*, esto es, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado.” (Horvitz, 2005: p.53) “Tiene su razón de ser en la clásica teoría de la división de los poderes, donde cada uno de ellos para poder limitar y controlar a los otros, es soberano respecto a sus funciones.” (Francia, 1998: p.314)

La independencia institucional “es un concepto secundario o derivado, en la medida que existe para servir a la *independencia personal* que es ‘la primera y genuina independencia de los jueces’. Puesto de otro modo: ‘es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder’⁴.” (Horvitz, 2005: p.53)

“Todas las personas tienen derecho a que la resolución o decisión de naturaleza judicial que resuelve el conflicto de relevancia jurídica, se encuentre libre de toda injerencia externa, a objeto de que ésta sea, por lo tanto, totalmente independiente.” (Espinoza, 2005: p.32)

Don Carlos Espinoza, al igual que la autora previamente citada, señala que la independencia debe darse en dos ámbitos: uno *externo* donde el juez “no debe estar sometido a los demás poderes del Estado (ejecutivo y legislativo). Es decir, debe ejercer su función judicial con absoluta independencia de las demás funciones estatales” (2005: p.32), y uno *interno*⁵, en que “el juez no debe estar sometido a ningún otro tribunal de la República o del país en el cual ejerza la jurisdicción (salvo, naturalmente, la superintendencia económica y disciplinaria, que en nuestro país está entregada a los Tribunales Superiores de Justicia).” (2005: p.32)

Mera agrega, “El requisito básico para asegurar la independencia de los jueces es el de la inamovilidad⁶” (Mera, 2000: p.16).

⁴ La autora cita, a su vez, la obra *Introducción al Derecho Procesal Penal* de A. Binder.

⁵ Don Julio Maier, en su obra *Derecho Procesal Penal Argentino*, lo plantea, desde el punto de vista de la administración de justicia, de la siguiente manera: “Se trata, así, de una organización horizontal, en la que cada juez es soberano para decidir el caso conforme a la ley, esto es, él es el Poder Judicial del caso concreto.” (1989: p.477)

⁶ En el mismo sentido, don Mauricio Duce Julio, quien, a su vez cita a la Comisión Europea de Derechos Humanos: “De acuerdo a los principios de Estado de Derecho en los estados democráticos, que es la herencia común de los países europeos, la inamovilidad de los jueces durante sus mandatos, sean estos por un periodo

La inamovilidad es el principio de acuerdo al cual los jueces no pueden ser removidos de sus cargos mientras mantengan el buen comportamiento exigido por la Constitución y las leyes (Constitución artículo 80). Lo que se busca con ella es que los magistrados no puedan ser objeto de presiones al momento de conocer y resolver de las causas.

En relación a los tribunales militares, se ha criticado su falta de independencia debido a su conformación. Así lo señaló el Presidente de la Corte Suprema en el discurso de inauguración del año judicial 1989 señalando que “siendo sus magistrados personal de las Fuerzas Armadas, los que de partida están sometidos a reglamentos de disciplina muy importantes, desaparece la garantía de la inamovilidad, la que es básica y fundamental en relación con la independencia del juez.”

En ese mismo sentido, se puede agregar, a propósito del aspecto externo de la independencia, que “los miembros de los tribunales militares dependen a su vez del Gobierno en tanto que es éste el que se encarga de gestionar lo relativo a sus ascensos, cambios de destino, honores, sueldos, entre otros aspectos. (...) En lo que respecta al ascenso de estos ‘magistrados’, éste se da en virtud no sólo de aquellos méritos que pudieran lograr por su desempeño en la carrera judicial, sino sobre todo a lo que realicen en sus empleos militares, es decir, funciones estrictamente castrenses, con lo cual en función a ello, podrán asumir cargos tanto administrativos como judiciales, pues puede ser destinado como asesor en el Ministerio de Defensa o a un órgano judicial como Juez, Fiscal o Secretario, afectando a su vez de esta manera la tan proclamada inamovilidad en los cargos.” (Donayre, 2003: p.193)

Esta crítica es tanto aplicable a los miembros letrados como no letrados de los tribunales militares y a quiénes son miembros de las Fuerzas Armadas (Jueces Institucionales, Auditores, Auditores Generales y Fiscales). No así de los miembros civiles de las Cortes Marciales, que cuenta con la inamovilidad propia de los jueces ordinarios.

Cuentan con inamovilidad por tres años, los miembros que son militares de las Cortes Marciales (Código de Justicia Militar artículo 48).

limitado o permanentes, es un corolario necesario para su independencia de la administración, y por lo tanto se incluye en las garantías del artículo 6.” (1998: p.343)

A pesar de que no se consagra a favor de los miembros de los Juzgados Institucionales y del Auditor General del Ejército, único miembro militar de la Corte Suprema, conforme a su grado militar sólo están subordinados al Comandante en Jefe de su respectiva rama y serán removidos de sus cargos sólo cuando pasen a retiro conforme a las listas de retiros. Esta lista será elaborada por la Juntas de Selección de Oficiales de cada Institución (Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas artículo 97 letra g), las cuales son cuerpos colegiados que se reúnen anualmente (Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas artículo 87) y que están constituidas por todos los Oficiales Generales de armas (Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas artículo 90).

A este respecto, es necesario señalar que los Jueces Institucionales son Oficiales Generales que ocupan, como ya está dicho, cargos institucionales específicos, esto es, Comandantes en Jefe de las Divisiones de Ejército, Zonas Navales, Escuadra, y Grupos Aéreos que dependen directamente del Comandante en Jefe institucional respectivo. Son designados en esos cargos en función a sus aptitudes como oficiales militares y no por sus visiones jurídicas. La condición de jueces la adquieren como valor agregado al cargo institucional que ocupan. Cesan en su función como jueces al ser trasladados a cargos institucionales superiores o por ser incluidos en las listas de retiro, todo lo cual es decidido por cuerpos colegiados de los que ellos mismos forman parte y las causales de esos ceses obedecen a consideraciones debidas exclusivamente a la búsqueda de la excelencia militar y ordenamiento institucional.

Esto nos permite concluir que, en la medida en que los jueces militares no incurran en delitos o infracciones disciplinarias graves, no podrán ser removidos de sus cargos por su desempeño como jueces, al igual que los miembros de los tribunales ordinarios.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, en reiteradas resoluciones⁷ se “señala, con relación al ascenso, que por tratarse de una causa razonable, tasada, limitada y previamente determinada no se la puede alegar ‘... como para que no

⁷ Sentencia 204 de 1994 (11 de Julio); Sentencia 113 de 1995 (6 de Julio), citadas por don Christian Donayre Montesinos en su obra *Los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional ante la justicia militar, a partir de un análisis comparativo con el tratamiento dado a la materia en España: aproximaciones al proyecto de reforma constitucional*.

pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial...”
(Donayre, 2003: p.193)

De todos modos, de entenderse necesario, en el marco de una reforma al sistema judicial militar para lograr su modernización, puede perfeccionarse el sistema de inamovilidad a favor de todos miembros militares que intervienen en el proceso.

Tal como lo señala don Sergio Cea, “en cuanto a la independencia de los integrantes de la Justicia Militar, deberían existir normas jurídicas que la cautelaran, consagrándose aquellas que aseguren objetivamente la independencia de los oficiales de justicia que desempeñen funciones o que integren los Juzgados Militares de Garantía o de los Tribunales Militares Orales⁸. Sin embargo, en esta materia, necesariamente, a mi juicio, deben existir vinculaciones legales y reglamentarias propias de la carrera de un oficial de justicia de las Fuerzas Armadas y de Orden a las cuales pertenecen. Lo importante es que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales sean sustantivamente independientes.”
(Cea, 2002: p.267)

Considerando todo lo anteriormente expuesto, es un aspecto perfectible dentro de la Justicia Militar pero, en ningún caso, es argumento suficiente que justifique la eliminación de los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales.

Otro argumento que don Jorge Mera presenta a propósito de la falta de independencia es el supuesto incumplimiento que hay de parte de las Cortes Marciales de su función como órganos de control de los tribunales militares de primera instancia. Esta afirmación la funda remitiéndose a “una investigación empírica realizada (que) muestra que solamente el 19,42% de las causas juzgadas en primera instancia fue revisado por la Corte Marcial, siendo revocadas sólo el 1,28% de las sentencias revisadas.” (1999: p.21)

Hay que recordar que el procedimiento penal aplicado por estos tribunales se basa en el procedimiento penal regido por el Código de Procedimiento Penal de 1906. En él, la resolución del tribunal de primera instancia podía ser objeto de un recurso de apelación.

⁸ Este autor plantea, para una reforma a la Justicia Militar, la aplicación de los mismos principios que sustentan el nuevo proceso penal. Por esa razón se refiere a “Juzgados Militares de Garantía” y “Tribunales Militares Orales”.

Al dar cuenta de este dato, don Jorge Mera no señala si esos porcentajes bajos son consecuencia de la no interposición del recurso de apelación a instancia del reo o de quiénes están facultados para ello según el Código de Justicia Militar artículo 163, o si lo es por efecto de la declaración de inadmisibilidad por parte del tribunal.

Si la causa es la primera, el argumento pierde validez ya que no es una decisión de la Corte Marcial sino del condenado de que la causa pase a segunda instancia. Además, podría entenderse que los tribunales de primera instancia actúan en justicia, al punto de que los afectados con sus fallos se declaran conforme.

Si la razón de los señalados porcentajes es la declaración de inadmisibilidad por parte del tribunal de segunda instancia, también la pierde porque sólo puede declararse si no se cumplen con ciertos requisitos que son estrictamente formales.

En suma, las estadísticas aportadas por don Jorge Mera no acreditan un mal funcionamiento de la Justicia Militar ni menos aún que ese supuesto mal cumplimiento se deba a intereses y presiones externos que afecten su independencia.

Se esgrime también como razón para explicar estos bajos porcentajes el que los acusados en estas causas no cuentan con una adecuada defensa.

En el marco de la Reforma Procesal Penal se crea la Defensoría Penal Pública para dar cumplimiento a la Constitución artículo 19 número 3 inciso 2: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale” y “para asegurar la igualdad de armas y el ejercicio eficaz de los derechos de defensa del imputado.” (Horvitz, 2005: p.248)

Esa defensa debe, por un lado, asegurar “a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones, probarlas y controvertir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia conforme a derecho” (Espinoza, 2005: p.30) y, por otro, adoptar las medidas necesarias para “que las partes de un proceso siempre han de estar informadas de las actuaciones del procedimiento”. (Espinoza, 2005: p.31)

“No basta con la mera designación formal de un defensor, pues ello no asegura una asistencia jurídica eficiente y mínimamente idónea. La calidad de la defensa técnica debe ser una preocupación importante y constante de los sistemas de defensoría pública.” (Horvitz, 2005: p.248)

Lo anterior es aún más evidente en un sistema acusatorio⁹, como el militar, donde “la defensa técnica obligatoria aparece como un aspecto central del debido proceso.” (Horvitz, 2005: p.249)

Respecto a él, la Constitución, en el mismo artículo señala: “Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.”

La Constitución, entonces, reconoce a los imputados en el proceso ante los tribunales militares el derecho a una defensa gratuita. Es necesario, por lo tanto, considerar en una reforma, la ampliación de las funciones de la Defensoría Penal Pública al ámbito castrense, considerando la especialización necesaria para que sea técnicamente eficiente.

2. La unidad jurisdiccional

Uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho es la división del poder estatal y según ésta “cada Poder del Estado debe ejercer una función Estatal y ésta sólo debe ser ejercida por un órgano estatal. Estos órganos han de colaborar cuando sea necesario entre ellos para el ejercicio de sus funciones, pero sin que exista dependencia de un Poder respecto a otro.” (San Cristóbal, 1996: p.222)

Una función esencial del Estado es el ejercicio de la jurisdicción, entendida como “aquella función pública realizada por los órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada y eventualmente factibles de ejecución”. (Couture, 1978: p.40)

⁹ Según María Inés Horvitz, en un sistema acusatorio “el equilibrio entre fiscal y abogado defensor pasa necesariamente por que este último desempeñe un papel más activo a lo largo de todo el procedimiento penal. En este sistema, y sin perjuicio del principio de objetividad que pesa sobre los fiscales el abogado defensor tiene la responsabilidad de controlar y controvertir la evidencia de cargo e investigar la exculpatoria, para lo cual requerirá de investigadores profesionales y/o expertos privados, y debe estar preparado para examinar y contrainterrogar testigos y peritos, etc.” (2005: p.249)

A propósito de aquella función, una forma de garantizar la adecuada *trias política*, es a través del principio de la unidad jurisdiccional, principio que debe analizarse desde el punto de vista conceptual y desde el punto de vista funcional.

Es una característica de la jurisdicción lo que don Francisco Hoyos denomina “unidad conceptual de la jurisdicción” (Hoyos, 2001: p.22) y que se refiere a la singularidad de ella.

“Si la jurisdicción es una potestad estatal que emana de la soberanía popular es evidente que ha de ser única¹⁰; es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción.” (Montero, 1987: p.69)

Entonces, al distinguir varios tipos de jurisdicciones (civil, penal, ordinaria, especial, militar) se trata sólo del empleo de términos para expresar la variedad de órganos a los que se atribuye su ejercicio. En ningún caso, se refiere al ejercicio de distintos poderes. “Está fuera de discusión teórica que todas ellas se refieren sólo a manifestaciones de una sola jurisdicción.” (Montero, 1987: p.69)

“Hipotéticamente debería otorgarse (la jurisdicción) a un único órgano para que la ejerciera. Como esto es materialmente imposible, la jurisdicción se distribuye funcionalmente a distintos órganos. No existe por tanto, división de la jurisdicción.” (San Cristóbal, 1996: p.223) “Lo que puede distribuirse es el ámbito material, territorial o funcional sobre el que se ejercita la función jurisdiccional, pues aquél puede ser muy variado. Surge así la noción de competencia. Esta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción que se le atribuye; es la parte del ámbito sobre la que ejerce función jurisdiccional.” (Montero, 1987: p.70)

Entonces, desde el punto de vista funcional, entre el tribunal supremo dentro de la organización regulada por la Constitución y las leyes de un determinado país y el tribunal de primera instancia, no hay diferencia ya que ambos cumplen la misma función: resolver

¹⁰ Desde el punto de vista teórico del principio de la unidad jurisdiccional, se entiende que la jurisdicción también es indivisible. Como lo expone don Juan Montero Aroca, “la jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por lo tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad; no se tiene parte de la jurisdicción, se tiene potestad o no se tiene. Por ello es incorrecto, en sentido técnico, decir que la jurisdicción civil se atribuye a unos órganos y la jurisdicción penal a otros. Cuando a unos órganos del Estado se atribuye jurisdicción, se atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia.” (1987: p.69)

conflictos de relevancia jurídica entre los justiciables con sujeción a las formas legales y con autoridad de cosa juzgada.

Lo anterior se traduce en que todos los tribunales deben estar sujetos a los mismos principios que rigen la actividad jurisdiccional, especialmente aquellos que son propios de un Estado de Derecho. No impide que haya diferencias desde el punto de vista de la competencia y los procedimientos que deben seguir. No impide que existan tribunales especiales. “No implica homogeneidad dentro del Poder Judicial, sino que todos los jueces y magistrados a quienes se encomienda en exclusiva la potestad jurisdiccional tengan el grado de independencia exigido, siendo compatible la unidad jurisdiccional con la diversificación en la organización o en el estatuto de sus jueces y magistrados.” (San Cristóbal, 1996: p.215)

Entonces es fundamental para garantizar la unidad jurisdiccional la forma en que es tratado este principio desde el punto de vista normativo ya que será este aspecto el que determinará si efectivamente todos los tribunales del país están sujetos a los mismos principios.

Primero, debe considerarse la forma en que se consagra la unidad jurisdiccional a nivel constitucional.

Hay países en que sus cartas fundamentales consagran la unidad jurisdiccional en forma expresa. Por ejemplo, el artículo 117.5 de la Constitución de España de 1978 señala: “El principio de la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales”. En el caso de Ecuador, establece la Constitución, en su artículo 191, que “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la función judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional”. Otro ejemplo, el de la Constitución del Perú de 1993 en su artículo 139.1: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.”

En el caso de Chile, nuestro ordenamiento jurídico no consagra en forma expresa este principio. Queda implícitamente establecido en la Constitución artículo 76, que como ya está dicho, prescribe: “La facultad de conocer la causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”

De esta forma, al consagrarla en términos tan amplios, no haciendo distingo entre los distintos tribunales y delegando la facultad de organizarlos al Código Orgánico de Tribunales, la existencia de tribunales especiales como los tribunales militares no es contraria a la unidad jurisdiccional.

Ella se traduce en que el máximo órgano jurisdiccional dentro de la organización jurisdiccional es uno solo: la Corte Suprema. Los tribunales especiales “no vulneran el aspecto territorial¹¹ de la unidad jurisdiccional siempre y cuando contra sus resoluciones quepa recurso ante el Tribunal Supremo¹² (Corte Suprema) como órgano superior de todos los órdenes, tanto a los que integran la jurisdicción ordinaria como los que forman las jurisdicciones especiales.” (San Cristóbal 1996: p.226)

En Chile, es así. La Corte Suprema es el más alto tribunal de la jurisdicción militar en tiempo de paz. Le corresponde como tal el conocimiento de recursos de casación en la forma como en el fondo contra sentencias de las Cortes Marciales, de los recursos de revisión, y los recursos de queja en primera y segunda instancia. Además, tiene la superintendencia directiva, correccional y económica, ejerciendo las facultades conservadoras y disciplinarias. (Constitución artículo 82, Código de Justicia Militar artículo 70-A)

Otra manifestación de la unidad jurisdiccional que dice relación con la forma en que ésta se consagra a nivel constitucional y que es importante considerar al momento de analizar a los tribunales militares, es la que sirve de fundamento a don Christian Donayre, autor peruano, para criticar la falta de unidad jurisdiccional en su país haciendo una comparación con la Justicia Militar española. Señala que “en el caso de la Constitución peruana, no se produce esta distinción entre funciones propiamente militares y funciones propiamente judiciales, al regular la competencia de la justicia militar en un capítulo ajeno

¹¹ Doña Susana San Cristóbal, en su obra *La jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada* distingue tres aspectos de la unidad jurisdiccional: el aspecto abstracto o teórico, el territorial y el finalista.

¹² En el mismo sentido, Sentencia 113 de 1995 (6 de Julio) del Tribunal Constitucional Español: “La adaptación de la jurisdicción militar a los principios constitucionales y a las garantías que éstos brindan a los justiciables, se han llevado a efecto por la Ley 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción militar, que (...) culmina con la creación en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar, en la cúspide del poder judicial. El vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo”.

al Capítulo VIII en el cual se regula todo lo concerniente al Poder Judicial. Por ello saludamos la manera en que se encuentra consagrada la ‘jurisdicción’ militar en la Constitución Española de 1978 y creemos conveniente resaltar, tal como ya se dijo anteriormente, que dicha regulación nos permite deducir la voluntad del legislador de que tanto en la configuración orgánica como en lo funcional de la Justicia Militar se respeten aquellos caracteres y principios que forman parte de la estructura propia de la función jurisdiccional del Estado como son los principios de unidad, exclusividad e independencia.” (2003: p.176)

Considerando el tratamiento que da nuestro ordenamiento a la organización y funcionamiento del ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de paz y comparándolo tanto con la forma en que lo hace el legislador peruano y español, podemos concluir que, efectivamente, la regulación constitucional chilena consagra el principio de la unidad jurisdiccional de la misma forma que la española respecto a ese tipo de tribunales especiales.

En relación con lo anterior, no tiene cabida el argumento que don Jorge Mera ha dado a favor de la aplicación del modelo de la jurisdicción militar excluida en tiempo de paz a nuestra Justicia Militar. Este autor ha afirmado que “la jurisdicción penal militar en tiempo de paz no es una función propia de las Fuerzas Armadas y tampoco resulta necesaria para preservar los valores, intereses y eficacia de las instituciones armadas. (...) De hecho, la Carta Fundamental, cuando define a las Fuerzas Armadas, no se refiere en absoluto a función jurisdiccional judicial alguna que corresponda a estas instituciones, como tampoco lo hace al regular el Poder Judicial. La circunstancia de que coincidentemente ni las normas constitucionales relativas al Poder Judicial, ni las que regulan a las Fuerzas Armadas aludan a la jurisdicción militar, no es casual y obedece a una correcta caracterización constitucional de ambas instituciones (Fuerzas Armadas y Poder Judicial).” (Mera, 1998: p.43)

“En verdad, lo que debilita a las Fuerzas Armadas – que como toda institución pública, cuenta con recursos siempre limitados para el cumplimiento de su real cometido en relación con sus auto declaradas necesidades – es la mantención de un rol que, como el ejercicio de la jurisdicción militar, no es propia de estas instituciones, distrayéndolas del

correcto cumplimiento de las auténticas funciones que les corresponden en una sociedad moderna como organismos profesionales especializados en la defensa de la seguridad exterior y de la soberanía. Con la supresión de la jurisdicción militar se potencia, por el contrario, el desarrollo de las instituciones armadas, al permitirle concretar todos sus recursos en las tareas que les son propias.” (Mera, 1998: p.44)

Nuestra Constitución y respectivos cuerpos legales ya citados, al determinar la existencia de los tribunales militares como órganos jurisdiccionales especiales, en ningún caso, buscan otorgar el ejercicio de la jurisdicción militar a las Fuerzas Armadas. Que algunos de los miembros de dichos órganos jurisdiccionales sean personal castrense no implica que los tribunales que ejercen la jurisdicción militar formen parte de esta institución. Incluso, en su rol como jueces, están sujetos exclusivamente, como lo señala la Constitución artículo 82 y el Código de Justicia Militar artículo 70-A, a las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas de la Corte Suprema, sin que puedan sus superiores jerárquicos institucionales intervenir en el ejercicio de sus facultades como jueces.

En conclusión, nuestro ordenamiento jurídico establece el principio de la unidad jurisdiccional, la que se traduce en que todos los tribunales establecidos por la ley queden sujetos a los mismos principios en el ejercicio de la jurisdicción, a pesar de poder tener una organización y competencia diversas, incluyendo a aquellos que son objeto de nuestro análisis que son los Tribunales Militares en tiempo de paz.

3. La especialidad

Las Fuerzas Armadas se pueden entender como “organizaciones oficiales del Estado provistas de armamento suficientemente contundente como para vencer cualquier resistencia. Por medio de las Fuerzas Armadas el poder del Estado se impone como efectivamente supremo, el derecho cuenta con la coacción indispensable para hacer eficaz la obligatoriedad de sus mandatos y el país mantiene el valor interno y se prepara para defenderse de la agresión exterior.”

“Sólo el Estado puede disponer y manejar instrumental tan poderoso de mando como son las Fuerzas Armadas, en atención a que, si se permitiera que en su seno otra persona o corporación pudiera tenerlo bajo su dependencia y servirse de él, vendría a ser en la

realidad tal persona o corporación, y no la sociedad organizada, la verdadera usufructuaria del poder del Estado, tal como si esa situación la gozaran varias personas u organizaciones, se provocaría la anarquía social más completa. Así, pues, la existencia de la Fuerzas Armadas como instituciones exclusivas del Estado es ineludible, porque si el poder estatal careciera de ellas y cada cual tuviera que lidiar tras sus derechos solo con los medios a su alcance, la sociedad política se disolvería en el desorden hasta que alguien llegara a imponer, luego de sangriento combate, una dominación irresistible.” (Silva, 1997: p.45)

La importancia fundamental que tiene la existencia de las Fuerzas Armadas, entendiéndose también aplicable esto a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, para la supervivencia estatal y que nuestro constituyente consagra expresamente en la Constitución en su artículo 101, determinan el principio de necesidad¹³.

“La necesidad social, la obligación por decirlo así, que tiene el Estado de vivir, y, por tanto, de defenderse, defendiendo a sus ciudadanos contra los enemigos de fuera y los perturbadores de adentro, es el principio fundamental del Derecho Militar; principio que, si bien difundido por todo el Derecho Público, no se concreta sino en este orden especial de normas jurídicas, las cuales informadas por él, constituyen un conjunto homogéneo, ya que, aunque extendidas y como dispersas por el campo de casi todas las ramas del derecho, conservan dentro de cada una su carácter propio y su fisonomía especial, siendo armónicas entre sí y con la base que las sustenta. Se crean así innumerables reglas o normas, leyes y códigos y se establece, no una especialidad o excepción, sino todo un Derecho cuya sustantividad es incuestionable.” (Salcedo y Ruiz, 1913: p.80)

“El orden jurídico-castrense queda integrado por la suma de las diversas y variadas ramas, vinculadas por su homogénea inspiración en la protección de una serie de valores y principios comunes. Entre estas vertientes que integran el Derecho militar cabe situar al Derecho disciplinario, el penal, el jurisdiccional, el administrativo, e incluso, si se me permite, el 'Derecho moral’”. (Cotino, 2000: p.30)

¹³ Don Ángel Salcedo y Ruiz, lo explica de la siguiente forma “Este principio es la necesidad de emplear la fuerza del Estado, convenientemente organizada, del modo más eficaz posible para defender la existencia del grupo humano a que denominamos Nación o, cariñosamente, Patria, y de que es el Estado la representación jurídica” (1913: p.79)

Del derecho militar, sea que se entienda o no de la forma descrita, es indiscutible su singularidad.

Esta característica, según don Lorenzo Cotino, tiene, principalmente, dos causas.

La primera de ellas son las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas. En nuestro ordenamiento, la Constitución artículo 101 las establece. Señala que las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional, mientras que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública lo hacen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.

Esas misiones determinan la singularidad del derecho militar.

“En general, es la naturaleza de las misiones que tiene asignadas las Fuerzas Armadas la causa principal de la singularidad del Derecho militar, en la medida que exige a éstas una particular organización y medios para poder llevarla a cabo con la necesaria eficacia (disciplina, jerarquía, unidad, valores específicos, etc.).”

“Asimismo, de modo secundario, la especificidad castrense se fundamenta en la neutral posición política que debe guardar la institución militar, y por ende sus miembros, en beneficio de la calidad democrática del sistema político constitucional, en razón del hecho de que las Fuerzas Armadas son la institución principal portadora de las armas del Estado.” (Cotino, 2000: p.31)

Entonces, la segunda causa de tal característica es la necesaria neutralidad política que deben tener las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública.

Nuestra Carta Fundamental lo recoge al singularizarse a los cuerpos armados como esencialmente no deliberantes.

“La particular neutralidad política de las Fuerzas Armadas requerida en un Estado constitucional, acaba implicando diversas restricciones en el estatuto de derecho políticos y libertades públicas del militar, esto es, en los derechos fundamentales de particular proyección social y política, como lo es el derecho de sufragio pasivo (la posibilidad de ser elegidos a diversos cargos políticos representativos), la libertad de expresión, información, sindicación huelga, etc., mediante las cuales se pretende mantener alejados a los militares de la vida política.”

“En consecuencia, el ciudadano militar, (queda) sometido a un diferente trato respecto del resto de los ciudadanos en virtud del particular ordenamiento castrense.” (Cotino, 2000: p.34)

Entonces, las particularidades del derecho militar, hacen que, como lo señala don Pietro Vico¹⁴, “el mejor juez del delito militar (sea) el militar, pues él, más que otros, está en posición de comprender el espíritu de los reglamentos militares, y él conoce las circunstancias del servicio, de la disciplina y de la vida de los militares” y agrega que “ese juez, con conocimientos militares y técnicos, tiene una necesaria capacidad especial para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma.” (Mera, 1998: p.30)

Este autor cae en la misma confusión de que dimos cuenta al final del acápite anterior al entender que el juez militar es el oficial castrense en su rol de tal. Hay que reiterar que los miembros militares de los tribunales castrenses lo hacen como miembros de órganos jurisdiccionales especiales, que cumplen con el principio de la unidad jurisdiccional e, incluso, pertenecen al Poder Judicial.

Sin embargo, en el fondo don Pietro Vico, apunta a la necesidad de que la jurisdicción militar reconozca el carácter especial del derecho militar y que, en la conformación de los tribunales que la ejercerán, haya miembros que cuenten con esos conocimientos especializados.

Incluso, autores contrarios a la existencia de los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales, como don Jaime Couso, reconocen particularidades, en este caso, en relación a lo penal militar, y que “parecen estar radicadas en dos órdenes de problemas: las características del injusto penal y particularidades sobre la culpabilidad. En relación con lo injusto parece ser común a un serie de delitos militares, la existencia de una infracción de deberes especiales impuestos por la legislación (o el Reglamento) a los militares, por su condición de tales, como el de obediencia jerárquica, el de cumplimiento estricto de servicio, etc. La complejidad radicaría en la necesidad de evaluar correctamente

¹⁴ Citado por don Jorge Mera en su artículo “*Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempo de paz: (el caso chileno)*” en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 40.

si el deber ha sido infringido o no. En relación con la culpabilidad, algunas legislaciones penales militares contemplan una regulación especial – distinta de la legislación penal ordinaria – de las exculpantes de miedo insuperable y de ‘obediencia debida’. Los militares tendrían un deber incrementado de resistir al miedo cuando está en juego el cumplimiento del deber, y por su parte, se verían exculpados de ciertos injustos penales cometidos en incumplimiento de órdenes, en condiciones en que un civil no lo estaría. La complejidad radicaría, especialmente en el primer caso, en evaluar cuándo se da la exculpante y cuándo no, en particular, cuánto debía resistir el miedo el militar en el caso concreto.”

“Para ello, reclaman autores cercanos al mundo castrense, no bastarían conocimientos técnicos que se pueden adquirir en un curso de formación, sino ‘una sensibilidad especial’ que se adquiere ejerciendo la profesión militar.” (2002a: p.90)

En relación a esa sensibilidad especial don Jorge Mera señala que “se aduce por algunos que la adecuada aplicación e interpretación del Derecho Penal Militar requiere una sensibilidad militar particular, que sólo poseen los miembros de las instituciones armadas. Nuevamente, este razonamiento sólo podría servir para fundamentar el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria por parte de los institutos castrenses sobre sus propios miembros, pero no es un argumento suficiente para justificar la jurisdicción penal militar. Por el contrario, fundamenta más bien la posición opuesta. En efecto tratándose de delitos militares, y no sólo de faltas disciplinarias, rigen todos los límites garantistas del *ius puniendi*, que suponen una aplicación objetiva, racional e imparcial de la ley penal por parte del juzgador, incompatible, por tanto, con sensibilidades especiales de este último.” (1998: p.32)

Se entiende que el término “sensibilidad” usado por los autores está referido a ciertas cualidades particulares que los miembros de las instituciones armadas poseen debido a su formación, su forma de vida y su desenvolvimiento profesional.

Cualidades como disciplina, honor, lealtad, sacrificio, valor, abnegación, perseverancia, discreción, espíritu de cuerpo y otras, que son necesarias para que las fuerzas militares y policiales logren un mejor desempeño en sus funciones.

Son características que deben estar presentes en el carácter de todas las personas, sean militares o no, pero en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, de Orden y de

Seguridad Pública son determinantes y esenciales en el correcto desempeño de sus funciones y del logro por parte de las instituciones a las que pertenecen de sus propósitos tan fundamentales.

De ninguna manera puede esa “sensibilidad” transmitirse en un curso de formación a quienes no son parte de sus filas o verse ésta reflejada y suplirse a través de informes periciales¹⁵.

De esta forma, es necesario que estén presentes en la conformación de los tribunales militares, miembros que cuenten tanto con los conocimientos especializados que tiene sólo un oficial perteneciente a las filas de los cuerpos armados como con esa “sensibilidad”, determinante de muchos aspectos gravitantes de la vida militar y que, en ningún caso, sería un elemento que amenazaría a la imparcialidad del tribunal.

Por otra parte, también a propósito de la especialidad, autores como don Jorge Mera, desestiman los argumentos tradicionalmente dados por la doctrina, fundados en la disciplina.

Uno de estos argumentos es la “necesidad, exigida por la disciplina, de que los propios jefes militares, que tienen la potestad de mando, posean, asimismo, la potestad disciplinaria y la jurisdicción penal militar para castigar todos aquellos hechos (faltas o delitos) que signifiquen trasgresiones a la disciplina. La intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, que es la base fundamental en que descansan las Fuerzas Armadas y sin la cual éstas no podrían existir.” (Astrosa Herrera, 1985: p.2).

Otro es la “necesidad de inspirar en los inferiores la indispensable confianza que se debilitaría en el caso de que una autoridad diversa de la militar tuviera que indagar e instruir una causa por cuestiones de disciplina.” (Astrosa Herrera, 1985: p.3)

¹⁵ A propósito de ellos, críticamente, don Jaime Couso señala: “Lo cierto es que los conocimientos técnicos especiales bien pueden ser proporcionados, en relación con materias o problemas específicos, que sean relevantes en una causa en particular, por peritos que sí hayan pertenecido a las filas militares o que, por otra razón, tengan suficientes conocimientos sobre aspectos técnicos de la materia castrense. Así podría pensarse en que tribunales penales comunes podrían contar con un listado de peritos, entre los cuales podría haber oficiales retirados de las Fuerzas Armadas, que evacuen informes en los procedimientos que requieran.” (2002a: p.93)

Estos argumentos no son suficientes, por sí solos, para justificar el ejercicio de la jurisdicción militar por tribunales especiales.

Sin embargo, es necesario rescatar que don Renato Astrosa Herrera no se equivoca en entender a la disciplina de manera tan fundamental. Nuestro legislador también lo hace al recoger como característica esencial de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, el ser disciplinadas, a nivel constitucional.

La disciplina forma parte no sólo de los deberes militares cuyo cumplimiento vela el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria militar, sino además es un elemento fundamental a considerar para el resguardo del bien jurídico protegido que, en general, se busca velar a través de la Justicia Militar, cual es la eficacia de las Fuerzas Armadas en su rol de órgano técnico especializado en la protección de la seguridad nacional.

“Todo el conjunto de valores castrenses que se engloban en lo que se ha dado en llamar el “espíritu militar” (disciplina, honor, valor, sacrificio, austeridad, compañerismo, abnegación, etc.), en tanto en cuanto contribuyen al ‘buen funcionamiento de los Ejércitos’, también inspiran e informan al ordenamiento jurídico castrense, en ocasiones tan diferente del ordenamiento general.” (Cotino, 2000: p.34)

Al analizar la especialidad del derecho militar, uno de los fundamentos de los tribunales militares como órganos jurisdiccionales especiales, no debe dejar de considerarse a la disciplina.

Por último, “el derecho penal – incluido el derecho penal militar – se legitima política, ética y socioculturalmente en la necesidad de proteger bienes jurídicos verdaderamente *vitales*, esto es, de carácter universal, en el sentido de que en su preservación esté interesada toda la sociedad como tal.” (Mera, 1998: p.38)

“Los bienes jurídicos protegidos, en los llamados delitos propiamente militares (...) tienen, o debieran tener, el carácter de vitales en el sentido explicado. En dichos delitos no se tutelan intereses que correspondan *sólo* a las Fuerzas Armadas – susceptibles de ser resguardados eficazmente por vía disciplinaria -, sino que a la sociedad como tal. En esta la que se encuentra interesada en preservarlos, en cuanto constituyen bienes jurídicos colectivos que son funcionales, instrumentales al normal y correcto desenvolvimiento de la sociedad.” (Mera, 1998: p.38)

En ningún caso, la jurisdicción militar ejercida por tribunales especiales justifica tal especialidad atribuyéndose la exclusividad en el interés por el resguardo de los bienes jurídicos protegidos de los delitos militares. Lo que justifica, desde un principio, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado es el carácter general de ese interés. El conocimiento de estos delitos por parte de tribunales especiales se justifica específicamente en que al tener el ordenamiento jurídico militar las características que señalamos es necesaria una conformación de los tribunales adecuada a tal especialidad, lo que implicaría, incluso, un mejor resguardo de esos bienes jurídicos protegidos, esenciales tanto para las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública como para todos los miembros de la sociedad.

V. Consideraciones finales

Después de un largo proceso de preparación, a principios de este siglo, Chile decidió reformar integralmente el sistema procesal penal. Así se reemplazó un proceso que se caracterizó como inquisitivo, escrito, formalista por uno acusatorio, oral, público y concentrado.

Lo anterior no alcanzó a la Justicia Militar que continúa siendo principalmente regulada por el Código de Justicia Militar, código del año 1926 y que no ha sido modificado sustancialmente.

Es por esto que en doctrina se habla de una Reforma de la Justicia Militar.

Las principales falencias estructurales y procedimentales que se le identifican son:

a) La no adecuación del ejercicio de la jurisdicción militar al nuevo proceso penal que, como lo señala el Mensaje del Ejecutivo contenido en el Código Procesal Penal, “mediante la modernización de la administración de justicia, busca favorecer la consolidación del Estado de Derecho”.

A propósito de un proceso de modernización que implicaría una reforma procesal penal, en este caso, a la Justicia Militar, opino lo mismo que don Sergio Cea, incluyendo la salvedad que éste hace, al señalar que “si la sociedad chilena resolvió reemplazar el antiguo sistema de procedimiento penal (...), pareciera justificable que en el ámbito jurídico castrense se apliquen los mismos principios y organización que orientan a la Reforma Procesal Penal, pero siempre tomando en consideración las características propias e

inherentes de las Fuerzas Armadas y de Orden, que el Constituyente de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas consagran.” (2002: p.267)

Por otro lado, también comparto su siguiente planteamiento: “El hecho de considerar para la Justicia Militar una organización y un procedimiento casi similares a los establecidos en la Reforma Procesal Penal, supone necesariamente, a mi entender, que el Estado asigne a la Justicia Militar recursos económicos en casi la misma cuantía que los consultados y destinados para la implementación del Ministerio Público y Juzgados de Garantía y Orales, pues ello permitiría hacer realidad la reforma de aquella. Este requisito es básico, dado que, sin un adecuado presupuesto, cualquier estructura administrativa-judicial-militar que se proponga no podrá cumplir con sus objetivos.” (Cea, 2002: p.267)

b) Una segunda falencia que algunos autores plantean respecto a la jurisdicción militar en tiempo de paz en Chile es respecto a su extensión.

La discusión sobre la posible calidad de excesiva de la competencia de los tribunales militares en los términos en que nuestro ordenamiento jurídico la consagra recae sobre dos aspectos: la legitimidad del juzgamiento de civiles por parte de aquellos tribunales que ejercen la jurisdicción militar y qué se entiende por delito militar.

El primer aspecto, el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar, va a quedar determinado por la forma en que se responda a la pregunta de qué es un delito militar y, en el fondo, si puede un civil afectar los bienes jurídicos protegidos que se buscan resguardar a través de él.

Actualmente, el concepto de delito militar en Chile lo ha establecido el legislador en términos muy amplios, pudiendo los tribunales militares ejercer jurisdicción respecto de civiles. Sin embargo, con fecha 7 de Septiembre del año en curso el Gobierno presentó un proyecto de ley que busca introducir reformas a la Justicia Militar, entre las cuales se deja fuera de la esfera de atribuciones de estos tribunales especiales el juzgamiento de civiles.

c) Por último, el tercer aspecto que se discute a propósito de la posibilidad de Reforma de la Justicia Militar es el que se ha querido abordar en este artículo: la existencia de los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales, su composición y organización.

El Debido Proceso involucra una serie de principios que se relacionan tanto con aspectos procesales como aquellos relacionados con las características que debe cumplir el órgano llamado a ejercer la jurisdicción.

De estos últimos, este trabajo en su tentativa de abordar el carácter de especiales de los tribunales militares en Chile, analizó sólo el principio de la unidad jurisdiccional y los principios de imparcialidad e independencia, en vista a que estos son los que la doctrina concentra su estudio cuando trata dicho tema.

A las conclusiones que se arriba en este trabajo es que, desde el punto de vista de la unidad jurisdiccional, los Tribunales Militares en tiempo de paz como tribunales especiales bajo ninguna perspectiva representan un quiebre de ese principio.

Lo que sí se pudo apreciar es que existe la tendencia a entender que al establecer nuestro ordenamiento jurídico a los tribunales militares como tribunales especiales lo que se está haciendo es facultar con el ejercicio de la función jurisdiccional a las Fuerzas Armadas, lo que es un grave error conceptual.

Los Tribunales Militares en tiempo de paz forman parte de Poder Judicial. Son tribunales establecidos por ley al igual que todo tribunal de la República. Su carácter de especial está dado por la naturaleza especial de los delitos de que conoce y ningún caso lo deja fuera la unidad jurisdiccional exigida en un Estado de Derecho.

A su vez, son los principios de imparcialidad e independencia los que sirven de fundamento a la mayoría de las críticas que se realizan a propósito de los tribunales militares.

En base a los argumentos esgrimidos en la precedente exposición que sería inoficioso reiterar en este acápite final, podemos concluir que estos principios, indudablemente necesarios para un Debido Proceso, se ven afectados en la forma que el Código de Justicia Militar regula la organización y funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de paz.

Sin embargo, tales situaciones de vulneración de los principios en comento pueden ser perfectamente solucionadas en el marco de una reforma que apunte a la modernización

de la administración de la Justicia Militar sin que deba terminarse con los Tribunales Militares en tiempo de paz como órganos jurisdiccionales especiales.

Así lo determina lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 29 de Enero de 1997, en el caso Genie Lacayo, fallo citado por doña María Inés Horvitz, como sigue: “La CIDH no considera contraria a la Convención la existencia del fuero militar y los tribunales militares, pues ha declarado que ‘la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza’¹⁶”. (Horvitz, 2002: p.171)

El carácter de especiales de los tribunales militares sí es necesario mantenerlo por las características ya analizadas que hacen del Derecho Militar un derecho singular.

En virtud de sus particularidades, quienes ejerzan la jurisdicción militar y estén llamados a aplicarlo, deben ser expertos en este Derecho.

Esa especialización debe ser un requisito formal exigido para los miembros civiles que deban formar parte de los tribunales militares.

Por otro lado, en virtud de que la jurisdicción militar conoce principalmente de causas penales y ejerce el *ius puniendi*, los miembros de los tribunales castrenses deben tener una formación jurídica, ya que en su ejercicio se encuentran en juego los derechos más fundamentales de los intervinientes, sobre todo del imputado.

Esa formación jurídica existe respecto de los miembros civiles y respecto de la mayoría de los miembros castrenses de los Tribunales Militares en tiempo de paz, como ya fue revisado.

Es respecto de los miembros no letrados que surgen las dudas sobre la conveniencia de que puedan ejercer la función jurisdiccional.

En virtud de lo analizado en el desarrollo de este trabajo opino que si se realiza una modificación a la Justicia Militar en base a los cambios que representó la Reforma Procesal Penal, considerándose que quiénes ejerzan jurisdicción serán en todas las instancias

¹⁶ Doña María Inés Horvitz cita el Caso Genie Lacayo, sentencia de 29 de Enero de 1997, párrafo 84.

tribunales colegiados¹⁷, sería prudente y necesario que algunos de sus miembros fuesen oficiales de línea

Por una parte, analizando la composición de los Tribunales Militares en tiempo de guerra, es necesario, para que éstos puedan ejercer sus funciones de la manera más adecuada en ellos, que los oficiales intervengan en el ejercicio de la jurisdicción también en tiempo de paz.

Por otro lado, siendo esta la principal razón en que se funda la intervención de estos miembros no letrados, es que, considerando lo ya expuesto a propósito de la especialidad del Derecho Militar, podemos concluir que el mayor especialista y quién está en la mejor posición para comprender la profesión militar, el espíritu de los reglamentos militares y las circunstancias del servicio, la disciplina y la vida militares, determinantes esenciales de la particularidad del Derecho Militar, es un oficial de línea.

Debe, por lo tanto, considerarse este tipo de miembros en los Tribunales Militares en tiempo de paz ya que es fundamental para que estos órganos jurisdiccionales cumplan con su propósito en consonancia con la institución que explica su existencia como tribunales especiales que son las Fuerzas Armadas.

El ejercicio de la jurisdicción militar por parte de tribunales especiales tiene su razón sustancial en permitir a las Fuerzas Armadas robustecer directamente valores de transcendencia jurídica, como son la disciplina, la seguridad militar, la eficiencia operacional y la moralidad de los militares, que les permite el desempeño de sus funciones, el cumplimiento cabal de su rol como institución encargada de la Seguridad Nacional y, a la postre, permite la existencia misma del Estado y el cumplimiento de su finalidad, cual es, el bien común.

¹⁷ Si se aplican los principios del Nuevo Sistema Procesal Penal a la Justicia Militar, no todos los tribunales serían colegiados. Existiría un tribunal unipersonal que cumpliría el rol de Juez de Garantía. Quién ejerza jurisdicción en dicho tribunal, en mi opinión, debe ser un oficial de justicia.

Bibliografía citada

1. Astrosa Herrera, Renato (1971): *Derecho penal militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
2. Astrosa Herrera, Renato (1985): *Código de justicia militar comentado: antecedentes, concordancias, jurisprudencia, referencias. Leyes y reglamentos que lo complementan*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
3. Astrosa Sotomayor, Renato (1973): *Jurisdicción penal militar: estudio crítico y comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
4. Cea Cienfuegos, Sergio (2002): “*Algunas ideas de una justicia militar en Chile para el siglo XXI*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 13, pp. 261-272
5. Cotino Hueso, Lorenzo (2000): *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid
6. Couso Salas, Jaime (2002a): “*Competencia de la justicia militar. Una perspectiva político-criminal*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 13, pp. 73-146
7. Couso Salas, Jaime (2002b): “*Peculiaridades orgánicas y procesales de una justicia penal militar reformada*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 13, pp. 243-260
8. Couture, Eduardo (1978): *Fundamentos del derecho procesal*, Editorial De Palma, Buenos Aires
9. Donayre Montesinos, Cristián (2003): “*Los principios de unidad, exclusividad e independencia jurisdiccional ante la justicia militar, a partir de un análisis comparativo con el tratamiento dado a la materia en España: aproximaciones al proyecto de reforma constitucional*” en *Revista jurídica del Perú*, Trujillo, Año LIII N°44, pp. 163-206

10. Duce, Mauricio (1998): “*El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y la justicia militar chilena*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 40, pp. 337-356
11. Espinoza Vidal, Carlos y Hurtado de la Fuente, Alejandro (2005): *El debido proceso en el nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica La Ley, Santiago
12. Francia Sánchez, Luis (1998): “*Justicia militar y derecho a un tribunal independiente e imparcial: ¿diferencias o incompatibilidades?*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 40, pp. 309-336
13. Horvitz Lennon, María Inés (2002): “*Panorama sobre la competencia y la organización de los tribunales militares en tiempos de paz en algunos países latinoamericanos. La situación de la justicia militar en América Latina*”, en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 13, pp. 147 – 180
14. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2005): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
15. Hoyos Henrechson, Francisco (2001): *Temas fundamentales del derecho procesal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.
16. Maier, Julio (1989): *Derecho procesal penal argentino*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires
17. Mera Figueroa, Jorge (1998): “*Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz*” en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, N° 40, pp. 15-78
18. Mera Figueroa, Jorge (1999): “*La modernización de la justicia militar, un desafío pendiente*” en *Informes de investigación del centro de investigación*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, Año 1 N° 1
19. Mera Figueroa, Jorge (2000): *La justicia militar en Chile*, FLASCO-Chile, Santiago

20. Mera Figueroa, Jorge (2003): *“Bases programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno”* en *Informes de investigación del centro de investigación*, Universidad Diego Portales Facultad de Derecho, Santiago, Año 5 N° 16
21. Montero Aroca, Juan (1987): *Derecho jurisdiccional*, Librería Bosch, Barcelona
22. Salcedo y Ruiz, Ángel (1913): *Sustantividad y fundamento del derecho militar*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid
23. San Cristóbal Reales, Susana (1996): *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada
24. Silva Bascañan, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago