0000001
UNO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
19:19:39
27-12-2021
CHILE

TRIBUNAL : **EXCELENTÍSIMO TRIIBUNAL CONSTITUCIONAL**
ACCIÓN : **INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD**
REQUIRENTE : **SEBASTIÁN ALEJANDRO RODRÍGUEZ VERA**
RUT : **19.773.549-k**
ABOGADO REQUIRENTE : **SOL FRANCESCA MOYA LIZANA**
RUT : **14.302694-9**

EN LO PRINCIPAL: ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO QUE INDICA. **TERCER OTROSÍ:** LEGITIMACIÓN ACTIVA. **CUARTO OTROSÍ:** SEÑALA FORMA ESPECIAL DE NOTIFICACIÓN. **QUINTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SEBASTIÁN ALEJANDRO RODRÍGUEZ VERA, empleado, Cedula Nacional de Identidad Nº 19.773.549-k, domiciliado en Doctor Vildósola Nº335, Villa santa Bárbara, Comuna de Casablanca, Región de Valparaíso, a VS. Excmo., respetuosamente expongo:

Que, en virtud de las atribuciones conferidas a este Excelentísimo Tribunal por el artículo 93 nº 6 de la Constitución Política de la República, y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el inciso undécimo del mismo precepto constitucional, por este acto, vengo en deducir Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en el marco de la gestión judicial pendiente que se indicará, respecto del **artículo 5 numeral 3 del Código de Justicia Militar** en tanto la aludida norma vulnera los artículos 19 nº 2; 19 nº 3 incisos 1º y 6º; y artículo 5 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, en relación este último con el artículo 8 numerales 1º y 5º y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; de la manera que se expondrá en el desarrollo del presente libelo.

La gestión judicial pendiente en que incide la presente Acción de Inaplicabilidad es el recurso de Apelación **ROL 455-2021** seguido ante la Ilustrísima Corte Marcial.

En tales autos se conoce la Apelación deducida en contra de la Sentencia Definitiva Condenatoria de fecha 15 de julio de 2021, librada por el 2º Juzgado Militar de Santiago, que condenó al suscrito por el Delito de Guarda de Sustancias Sicotrópicas al interior de Recinto Militar, ilícito previsto en el inciso 4 y sancionado en el inciso 2, ambos de la Ley 20.000 Sobre Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Actualmente dicha Apelación se encuentra pendiente en el aludido Tribunal de Alzada tal como consta en certificado que se acompaña en el Primer Otrosí de esta presentación.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL SOMETIMIENTO A PROCESO DEL SUSCRITO

1. Conforme se desprende del Dictamen Fiscal de 29 de diciembre de 2020, se instruyó la causa N°26-2019 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, en averiguación de los hechos enunciados mediante Parte N° 04 del Retén de Carabineros CB1 Juan Silva Toro de fecha 30 de diciembre de 2018 en contra del Ex Carabinero don SEBASTIAN ALEJANDRO RODRIGUEZ VERA, por el delito de **Porte de Estupefacientes al interior de "Unidad Militar"**, Sancionado en el artículo 14, inciso cuarto de la Ley 20.000.-

2. Que, en la parte considerativa del referido Dictamen, en su parte pertinente se ha tenido por establecido que se acreditó en autos que el suscrito, de dotación del Retén Juan Silva Toro de la ciudad de Valparaíso, el día 29 de diciembre de 2018, en horas de la mañana, fue sorprendido por el jefe del retén Juan Silva Toro, que mantenía en un banano al interior de su casillero, hojas de color verde, ante lo cual le consultan qué sustancia era, respondiendo que eran restos de marihuana, por lo que se procede a verificar el procedimiento de rigor con el OS7, donde sale positivo a 0,01 gramo de marihuana, según consta en el informe de fojas 75 de dichos autos.

3. A juicio del mentado Dictamen fiscal, el hecho indicado configura el ilícito descrito y sancionado en el artículo 14, inciso cuarto de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por lo que reuniéndose en la especie los requisitos contemplados en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, a fojas 78 se me sometió a proceso.

4. El mismo Dictamen dispone que favorecen al suscrito la atenuante de irreprochable conducta anterior, consagrada en el artículo 11 n° 6 del Código Penal, y que no existen otras circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal a considerar, razón por la cual se resuelve elevar la causa a plenario en mi contra, proponiendo se me condene en definitiva a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, en calidad de autor del delito de porte de estupefacientes al interior de unidad militar, figura típica sancionada en el artículo 14 inciso 4° de la Ley 20.000, la aplicación de una pena accesoria contemplada en el artículo 30 del Código Penal, y condenarme al pago de las costas de la causa.

5. Que, dentro de plazo legal, esta parte cuestionó la cantidad de droga por la que se me sometió a proceso la que resulta ser ínfima, siendo este detalle al mismo tiempo sumamente relevante puesto que no se debe de olvidar la lógica que hay detrás, esto es, que "ese porte" que sanciona la norma invocada en el Dictamen Fiscal -artículo 14 inciso 4 de la Ley 20.000-, como infringida, debe necesariamente <u>tener una cierta entidad</u>, sin perjuicio de que sea, -como señala la norma- para consumo personal, debe tener una cierta entidad de que pueda ser eventualmente consumida con otras personas, siendo la lógica que hay detrás de ello que el bien jurídico protegido es la salud pública, lo cual cobra especial relevancia toda vez que la cantidad pesquisada <u>es inferior a 0,1 gramos neto</u>. En otras palabras, resulta ser una cantidad que ni siquiera podría permitir que fuese consumida por una persona y ello resulta ser de suma importancia toda vez que si esta cantidad de droga

encontrada en las pertenencias del suscrito ni siquiera permitía el consumo personal, menos aún iba a poder afectar ni la salud de la persona que la portara, ni la salud pública.

6. Que, elevada la causa a plenario y luego de agotados los trámites de rigor, el Tribunal dicta sentencia definitiva, *reconociéndole al suscrito la atenuante del artículo 11 n °6 del Código Penal y no perjudicándole ninguna agravante, resuelve condenarme a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito que se ha venido señalando, y a la pena accesoria de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, beneficiándome con las disposiciones contenidas en la Ley 18.216, sustituyendo la pena privativa de libertad, por la pena de remisión condicional, quedando sujeto a la vigilancia de la autoridad administrativa respectiva, por el término de dos años, debiendo además cumplir con las exigencias del artículo 5 de la mencionada Ley*.

II. ANTECEDENTES DE DERECHO

A) ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. ASPECTOS FORMALES.

7. Es del caso que el artículo 93 número 6 de la Constitución Política de la República consagra la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de un precepto legal y otorga la competencia exclusiva para su conocimiento a esta Magistratura. La mentada norma y el artículo 84 de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional exigen como requisitos de admisibilidad los siguientes:

- Que el Requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado;
- Que exista gestión judicial pendiente en tramitación;
- Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal;
- Que de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado ha de tener aplicación o resultará decisiva en la resolución del asunto, y;
- Que tenga fundamento plausible.

A.1) **Persona u Órgano legitimado**.

8. Que, consta en la tramitación del proceso criminal, que quien recurre ante esta Magistratura, ha tenido la calidad de procesado, condenado -en el proceso criminal seguido en contra del suscrito ante el 2º Juzgado Militar de Santiago-, y finalmente recurrente -ante la Ilustrísima Corte Marcial- Estando el mentado artículo en estado de ser incluido en la tabla para su Vista.

A.2) **Existencia de Gestión Judicial pendiente en tramitación.**

9. Nuestro legislador señala además como condición de procedencia del Requerimiento, la existencia de cualquier Gestión seguida ante un Tribunal Ordinario o Especial en la que sea aplicable un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución. Ahora bien, en el caso de marras que motiva la formulación de la presente Acción de Inaplicabilidad

por Inconstitucionalidad, dicha Gestión pendiente corresponde a aquella configurada por el arbitrio impetrado por esta parte en contra de la Sentencia Definitiva librada en autos Criminales ROL 26-2019 por el Delito Infracción a la Ley 20.000, ventilado actualmente ante la **Ilustrísima Corte Marcial** bajo el **ROL 455-2021**, el que como se indicó *supra* se encuentra actualmente en estado de ser puesto en Tabla para su Vista, y cuya acreditación se satisface con el Certificado emitido por el Señor Secretario de la aludida Magistratura de Alzada que se acompaña en un Otrosí del presente libelo.

A.3) **La Acción de Inaplicabilidad debe promoverse en contra de un precepto que tenga rango legal**.

10. Que, en la presente Acción de Inaplicabilidad por vicios de Inconstitucionalidad, se impugna la constitucionalidad en el caso concreto de la siguiente norma legal:

- Artículo 5 nº 3 del Código de Justicia Militar

Artículo 5. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

(…)

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

(…)

11. Que, el artículo precedentemente citado de la Codificación Castrense, constituye una norma de carácter legal, por lo cual se cumple plenamente el requisito que se analiza en el presente acápite, esto es, que la Acción de Inaplicabilidad debe promoverse respecto de un precepto que tenga carácter legal. Se satisface además con lo dictaminado en Jurisprudencia emanada de esta Magistratura en orden a la necesidad de que se individualicen con precisión los preceptos legales cuya inconstitucionalidad se impugna (**ROL 550-2006, cons. 9º)**

I.- <u>Declaración Parcial de Inaplicabilidad de un precepto Legal</u>

Que, cabe hacer presente a VS. Excmo. la posibilidad de que se requiera la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad parcial de un precepto legal, esto es, sólo de una parte de un enunciado normativo. En efecto, Esta Magistratura en Fallo del año 2006 discurrió en el siguiente sentido: "*(…) En consecuencia, es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el "precepto" sea una parte de un artículo o sólo una parte del inciso. Lo que importa, en el caso de las normas prescriptivas, es que esa parte o porción del inciso constituya un precepto, en el sentido de ser una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas". Esos son los componentes mínimos que un determinado lenguaje prescriptivo debe contener para ser considerado un precepto legal, pues sólo esa*

unidad es susceptible de producir efectos contrarios a la Constitución (…)" **(ROL 626-2006, cons. 7º).** Requisitos éstos que concurren a cabalidad en la especie.

A.4) **Que de los antecedentes de la Gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado ha de tener aplicación o resultará decisiva en la resolución del asunto.**

12. Que, esta Magistratura Constitucional ha establecido además de la existencia de una Gestión Pendiente, la necesidad de que se invoque un precepto legal determinado que pueda ser aplicado en un juicio pendiente y cuya aplicación pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto produciendo efectos contrarios a la Constitución. **(ROL 1064-2008)**

13. Que, así las cosas, es posible aseverar que el artículo 5 nº 3, de la aludida Ley Castrense puede tener incidencia en el devenir de la gestión pendiente, satisfaciéndose de este modo el mandato constitucional contemplado en el artículo 93 inciso undécimo, de nuestro Código Político, el que dispone que para la procedencia de la Acción de Inaplicabilidad se requiere que: "*la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*".

De este modo, teniendo en cuenta lo indicado *ut supra*, el precepto legal reprochado podría y debería ser aplicado por la Corte Marcial al momento de resolver el artículo impetrado del mismo modo que lo ha sido por el Tribunal A Quo en su sentencia toda vez que el aludido precepto legal es sobre el que se erige la competencia de la justicia Castrense para avocarse el conocimiento y juzgamiento de delitos del orden civil o común, naturaleza que posee ciertamente el ilícito que fue imputado en la especie.

En efecto, el artículo 5 nº 3 de dicha Compilación Castrense **sustenta la competencia de los Tribunales Militares para conocer de las causas por delitos comunes** -como el denunciado- **cometidos por funcionarios de Carabineros de Chile en las circunstancias que el mismo precepto contempla**.

14. Que, cabe tener presente a mayor abundamiento, en lo relativo a este requisito, este Excmo. Tribunal Constitucional lo ha interpretado en términos amplios toda vez que esta Magistratura Constitucional ha dictaminado en Fallo del año 2006, que el precepto cuya aplicación se impugna no debe, necesariamente, ser considerado por el juez de fondo para resolver el asunto. Basta la sola posibilidad de su aplicación para que pueda ser declarado inaplicable. En efecto, VS. Excmo. ha señalado que "*(…) para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar ya que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución (…)*" **(ROL 550-2006, cons. 4º; ROL 2678-2014, cons. 9º; ROL 2237-2012, cons. 14º).** Mismo sentido **ROL 505-2006, cons.11º, ROL 634-2006; cons.8º; ROL 790-2007, cons, 7º; ROL 808-2007, cons, 7º; ROL 943-2007, cons. 9º; ROL 1006-2007, cons. 4º, ROL 1046-2008, cons. 8º; ROL 1215-2008, cons. 11º; ROL 1253-2008, cons. 8º; ROL 1279-2008, cons. 9º; ROL 1295-2008, cons. 42º; ROL 1463-2009, cons. 7º; ROL 1674-2010, cons. 7º; ROL 1741-2010, cons. 7º; ROL 2246-2012, cons. 9º y ROL 2651-2014, cons.7º)**

15. Que, don Renato Astrosa, sindicado como el principal tratadista histórico sobre Justicia Militar en Chile, explicando el precepto legal atacado a través de la presente Acción, ha señalado que: *"la disposición del nº 3 del artículo 5 establece los casos en que los delitos comunes, o sea, aquellos delitos que no son militares son de conocimiento de los Tribunales Militares. Para ello es fundamental que el delito se cometa por militar o por empleado civil de las Fuerzas Armadas, ya que la Jurisdicción está establecida, en este caso, en razón de las personas. (…) Para que proceda la Jurisdicción militar no basta conque el delito común se haya cometido por "militar" o "empleado" civil de las Fuerzas Armadas, es necesario que concurra, además, alguno de estos tres elementos: a) Que se cometa el delito en estado de guerra o en estado de campaña (**ratione temporis**), (…) b) Que se cometa el delito en actos del servicio militar o con ocasión de él (**ratione legis**), (…) c) Que se cometa el delito en cuarteles, campamentos, etc. (**ratione loci**)."* (ASTROSA, Renato, Código de Justicia Militar comentado, Imprenta de Carabineros, 1959, pág. 33). Cabe precisar que, a la fecha de edición de este texto, Carabineros se entendía dentro del concepto de "militar" por aplicación del artículo 6 del Código de Justicia Militar, tal cual hoy lo comprende. La única salvedad es que no estaban expresamente contemplado los cuarteles o dependencias policiales.

16. Que, así las cosas, en el caso en cuestión, el artículo 5 nº 3 del Código de Justicia Militar, -norma censurada a través de esta Acción- funda, como se ha venido indicando en esta presentación, la base de la competencia (o jurisdicción, si se quiere) que se entrega a los Tribunales Castrenses para conocer y juzgar delitos cometidos por funcionarios "militares" -policial, en el caso *sub lite*- por delitos comunes, esto es, que afecten bienes jurídicos de orden civil, lo que resulta ser inconcuso que vulnera garantías constitucionales.

Cabe además referir que podría entenderse que este artículo no sería decisivo en materia de competencia, si se le considera aisladamente y sin interpretarlo de forma armónica con los artículos 5 nº 1, 6 y 9 del Código de Justicia Militar. Teniendo además en cuenta la aplicación de la norma adecuatoria del traspaso de competencia de la justicia militar a la justicia ordinaria contenida en la Ley 20.477-

Que, así las cosas, del examen de la norma impugnada se ratifica y corrobora claramente que el aludido precepto legal no sólo es decisivo, sino que es la puerta de entrada para verificar si la competencia en sede de justicia militar se ajusta a una mejor protección de los derechos tanto de víctimas como de imputados. No obstante, esta dimensión no puede resolverse por sí misma sin recurrir a los estándares que vinculan a Chile en materia de justicia militar, a que se haré referencia en acápites posteriores del presente libelo.

A.5) **Que tenga fundamento plausible.**

17. Que, tal como quedará demostrado latamente a lo largo del desarrollo de esta presentación, la Acción de Inaplicabilidad incoada se encuentra ciertamente revestida de fundamento plausible amén de que innegablemente la aplicación de la norma impugnada genera manifiestas violaciones constitucionales concretas; deviniendo ello en

que el control de constitucionalidad reclamado en la misma a esta Magistratura no se sustenta en un interés puramente abstracto o doctrinario, sino que persigue asegurar la vigencia de las garantías constitucionales y sus principios en un caso concreto, a través de la declaración por esta Magistratura de la Inaplicabilidad del precepto legal reprochado, que entrega competencia a los Tribunales Castrenses para conocer el delito imputado en el caso de marras, en orden a que el Tribunal Castrense de Alzada en que se ventila la gestión pendiente sobre la que se sustenta el presente Requerimiento, prescinda de la norma impugnada toda vez que su aplicación al caso sometido a su escrutinio tendrá un efecto inconstitucional inadmisible en un ordenamiento jurídico sobre el que se levante un estado de derecho.

B) NORMA LEGAL CUESTIONADA Y RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL ASUNTO PLANTEADO

18. Que, tal como se ha venido indicando, mediante la Acción impetrada se solicita a este Excmo. Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de la norma del artículo 5 numeral 3 del Código de Justicia Militar.

Ahora bien, resulta indispensable nuevamente referir o más bien insistir que si bien, podría llegar a pensarse que los asuntos concernientes a normas legales que fijan la jurisdicción o competencia de los tribunales de justicia y sus procedimientos son materias de mera aplicación e interpretación de leyes que carecen de significancia constitucional y que, por lo tanto, han de ser decididos por las cortes de justicia y no por esta Magistratura en sede de inaplicabilidad. Ello, no siempre es así. En efecto, Preceptos legales que regulan materias como la aludida pueden estar concebidos o tener efectos no acordes con la exigencia de racionalidad y justicia procedimental y no diferenciación arbitraria que la Constitución asegura como derecho a todas las personas en el artículo 19 nº 3, inciso sexto y 19 nº 2, inciso segundo. De hecho, el caso concreto da cuenta de la aplicación de una regla de competencia (o jurisdicción, si se quiere) que refleja una defectuosa manera de definir los deslindes competenciales de la justicia militar en tiempos de paz. Esta regla legal, además, constituye la puerta de entrada para la aplicación de un tipo de procedimiento precario en cuanto a la garantía antes referida.

19. Que, a mayor abundamiento, en un fallo del año 2013 librado por esta Magistratura Constitucional, se sostuvo que la aplicación del precepto legal que en estos autos se impugna, es inconstitucional, pues "*provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 nº 3 de la Constitución Política de la República.*" **(ROL 2493-2013, cons. 9º)**

20. Que, lo cierto es que ninguna norma puede desvincularse de la Constitución puesto que de ella dimanan la forma y la sustancia de sus contenidos preceptivos.

Así las cosas, lo cierto es que resulta insostenible soslayar el conflicto de constitucionalidad de la competencia de la justicia militar toda vez que este mismo Excmo. Tribunal Constitucional acreditó la intensidad constitucional del vínculo entre el precepto

constitucional y su aplicación por el legislador interpretando la Ley 20.477 y acogiendo un Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del mismo precepto legal.

21. Por último, en razón de lo precedentemente expuesto, unido al hecho de que en la especie se reprocha una norma de competencia (artículo 5° nº 3), "*podría criticarse que el Requerimiento efectúa un cuestionamiento abstracto e indiscriminado a todo un sistema, evitando la identificación específica de los artículos constitucionalmente defectuosos que han de ser aplicados. Lo que en otras circunstancias podría ser considerado como un defecto no remediable en una Acción de Inaplicabilidad, no ocurre en este tipo de casos. La razón es que los defectos procedimentales afectan la estructura misma sobre la cual se levanta dicho sistema. Esta situación no es corregible por la vía de impugnar en forma específica todos los artículos problemáticos. En efecto, la inaplicación de éstos hace inviable la administración de este tipo de justicia especial en el caso concreto. La única alternativa jurídicamente posible para hacer justicia radica en que la disputa sea resuelta bajo las normas comunes aplicables en la generalidad de los casos*". (**ROL 2902-2015, cons. 6°**)

C) ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS POR LA EVENTUAL APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL REPROCHADO EN EL CASO *SUB-JUDICE*

22. Que, como se ha indicado *supra*, la norma del artículo 5 nº 3 de la Codificación Castrense, precepto legal que esta parte viene en impugnar, estaría fundando la competencia de la jurisdicción militar para conocer y juzgar delitos comunes.

Que, al interpretar la aludida disposición legal a la luz de normas constitucionales se advierte manifiestamente una evidente, violenta e intolerable colisión con garantías constitucionales básicas que todo estado democrático -que pretenda ser catalogado "de derecho"- como mínimo debe de resguardar como lo son sobre todo el derecho al juez natural, la tutela judicial y el debido proceso, como se expondrá a continuación:

1) ES INCONSTITUCIONAL LA APLICACIÓN EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL ARTÍCULO 5 Nº3 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR PORQUE SE VIOLENTARÍA EL ARTÍCULO 19 Nº 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (IGUALDAD ANTE LA LEY).

Artículo 19. "La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"

23. Que, como primera aproximación se debe hacer presente que ya en oportunidades anteriores esta misma Magistratura Constitucional ha entendido que el precepto legal cuestionado en estos autos es atentatorio contra la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 numeral 2 de nuestro Código Político, En efecto, este Excmo. Tribunal señaló al fundamentar tal declaración, esto es, la abierta colisión que se advierte entre el precepto

censurado y la norma constitucional que: "*El primer defecto constitucional del precepto legal dice relación con el ámbito excesivamente amplio reservado al conocimiento de los Tribunales Militares,* ***los cuales están regidos por reglas procedimentales que contrastan fuertemente con aquellas más garantistas consagradas en el Código Procesal Penal***. ***La regla de distribución de competencia que se impugna en esta sede no es consistente con el carácter excepcional de la jurisdicción militar (en tiempos de paz)*** *en relación al procedimiento penal común aplicable en Chile*. ***Menos todavía si la hipótesis básica de aplicación asume que se trata de un delito común***. *Las precisiones que la Ley No 20.477, que modifica la Competencia de los Tribunales Militares (excluye a los civiles y menores de edad), no resultan suficientes ni pertinentes al caso que se nos presenta*." (**ROL 10059-2021, cons. 9º**) (*Sic*.) (énfasis añadido)

24. Que, de este modo, siguiendo esta línea, un mismo hecho como el delito común imputado en el proceso criminal sobre el que incide la gestión pendiente en la que se sustenta esta Acción Constitucional, puede ser susceptible de ser investigado bajo dos sistemas procesales distintos, esto es, el contemplado en la Compilación Castrense y el contemplado en el Código Procesal Penal con el subsecuente cercenamiento de garantías que gozan de rango constitucional que puede conllevar la aplicación del primero éstos.

25. Que, por otro lado y siempre siguiendo la misma línea, fundamental es de tener presente que la magnitud de la diferencia de trato por la aplicación de la legislación común en relación con la militar es muy elevada toda vez que se trata de dos sistemas de enjuiciamiento levantados sobre bases muy distintas, algo particularmente evidente en lo referido a las garantías para los inculpados. En efecto, si se califica una conducta ilícita como delito militar, se permite la aplicación de un sistema procesal muy diverso al aplicado por los tribunales ordinarios, en especial en cuanto a las garantías y resguardos a favor de las partes, en este caso, para el inculpado. Como también, en que existen situaciones, como la del caso *sub lite*, en que las circunstancias fácticas no difieren de aquellas reguladas por la legislación común. Los dos factores precedentemente mencionados permiten concluir que, en este caso, la fortaleza de la justificación de la diferencia establecida por la ley ha de superar un estándar exigente para ser compatible con la Constitución, lo que claramente no acontece.

De esta manera, cabe acotar también que como se puede advertir, el quid del asunto agitado en estos autos, no radica en el hecho de que si en términos generales, puedan o no convivir en el ordenamiento jurídico sistemas procesales diversos.

26. Que, resulta imperativo además tener presente que nuestro legislador no tiene una libertad total para calificar como delito sujeto a la jurisdicción castrense cualquier hecho delictivo y, de esta forma, sustituir el régimen procesal general por uno especialísimo. Como se indicó, esta diferenciación debe estar fuertemente justificada y, en este caso concreto, el carácter común o civil (o no militar) del delito imputado se encuentra reforzado por el hecho de estar regulado en una legislación especial no militar, como es la Ley 20.000 Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. El lugar en que se ha cometido

el presunto delito no es un elemento diferenciador de suficiente entidad para un enjuiciamiento bajo una modalidad procedimental tan distinta.

27. Ahora, en lo relativo a la naturaleza del bien jurídico conculcado por el supuesto ilícito, se está en presencia de un delito mucho más cercano a los que se conocen en la justicia penal ordinaria que a unos que revistan características militares especiales. En efecto, de acuerdo a los hechos investigados -como se ha venido diciendo- y por los cuales se termina condenado en el proceso criminal respecto del cual esta parte se alzó deviniendo ello en la Gestión Pendiente que sustenta la presenta Acción Constitucional, son constitutivos del tipo penal previsto en el inciso 4 y sancionado en el inciso 2 del artículo 14 la Ley 20.000 Sobre tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Delito que de haber sido cometido por personas sin fuero militar, sería conocido por los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal, según las reglas de competencia del Título II del Código Orgánico de Tribunales. Asimismo, la investigación del hecho correspondería al Ministerio Público, de acuerdo al artículo 10 de su Ley Orgánica Constitucional.

28. Que, tal como lo estimó esta Magistratura Constitucional "*desde una perspectiva general y abstracta, la existencia de una justicia especial, en este caso la militar, podría justificar la aplicación de algunas garantías procesales penales de carácter atenuadas en relación a la justicia penal ordinaria. Pero esta particularidad exige excepcionalidad y, por lo tanto, requiere de distinciones y matizaciones toda vez que no da lo mismo que se esté en tiempo de paz o de guerra; no es irrelevante que se trate de un delito de naturaleza militar (dirigido a proteger un bien jurídico militar) que uno de carácter común; etc.*" (**ROL 10059-2021, cons. 13º**).

29. Que, y a modo de corolario, es dable sostener que la jurisdicción Castrense estaría al efecto creando un grupo diferenciado arbitrariamente toda vez que ante el supuesto fáctico de la comisión de un mismo hecho punible uno de ellos tendrá acceso a ser enjuiciado conforme las normas de un sistema punitivo garantista con plena observancia a las garantías y derechos que les asisten desde el primer momento y, el otro, lo será conforme a un sistema altamente parcial, falto de independencia, sustentado en un proceso escrito, tardío, inquisitivo. En este sentido, nuestro máximo Tribunal de Casación, ha declarado que: "*no resulta concebible que sus ciudadanos se encuentren sometidos a dos clases distintas de justicia para algunos, una impartida por un órgano independiente del persecutor, oportuna, fundada en un procedimiento esencialmente oral, acusatorio; y para otros, una impartida por un órgano vinculado de manera estrecha con el que investiga y, por consiguiente, altamente parcial y falto de independencia, tardía, sustentada en un proceso escrito, inquisitivo*", o sea, en base a un mismo delito con igualdad en sus medios de comisión, el Tribunal competente cambia en base a la identidad del infractor, deviniendo ello en que al verificarse cambio de la jurisdicción competente, no sólo se estaría alterando el Tribunal que conoce del asunto, sino lo que es aún más grave, las reglas procesales y las garantías que les asisten tanto a imputados como a víctimas desde el primer momento en que la potestad punitiva del estado recae sobre ellos, lo que manifiestamente resulta

insostenible a la luz de nuestra Carta Fundamental y de los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que cobran plenamente vigencia a través del artículo 5 inciso segundo de nuestro Código Político.

En esta línea, este Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido que "*La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad*" **(ROL 1254-2008, cons. 46.** En el mismo sentido **ROL 28, 53 y 219)**

2) <u>ES INCONSTITUCIONAL LA APLICACIÓN EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL ARTÍCULO 5 Nº3 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR PORQUE SE VIOLENTARÍA EL ARTÍCULO 19 Nº3 INC 1 y 6 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA</u>

Artículo 19. "La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 3. INC. 1: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos."

(…)

INC. 6:" Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

I.- <u>Defectos constitucionales de la aplicación del artículo 5 nº 3 del Código de Justicia Militar, desde la perspectiva de la racionalidad y justicia del procedimiento y la tutela judicial efectiva</u>.

30. Los reproches que en los apartados siguientes se analizarán derivan de exigencias propias del principio general del debido proceso, el cual, en el caso chileno, tiene su expresión más amplia en el inciso sexto del artículo 19 nº 3 de nuestra Carta Fundamental: "*Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*".

31. Estos defectos de constitucionalidad, los cuales se pueden agrupar, como se ha señalado, como problemas de debido proceso, dicen relación, básicamente, con:

- ***La ausencia de condiciones estructurales que permitan garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial***

II.- <u>Violación al Derecho a un Juez Independiente e Imparcial.</u>

32. Que, la aplicación del artículo 5 nº 3, permite que, en el procedimiento aplicable en el caso concreto, intervengan oficiales en servicio activo de la misma rama militar que el

presunto involucrado en los hechos sujetos a investigación y por los cuales finalmente fue condenado por el Sentenciador A Quo.

33. Que, un segundo defecto constitucional que se derivaría de la aplicación de la norma impugnada y, por ende, del procedimiento contemplado en el Código de Justicia Militar, consiste en la ausencia de condiciones estructurales que permitan garantizar el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.

34. En efecto, la estructura orgánica determinada por el Código de Justicia Militar (la cual queda en evidencia al examinar, por ejemplo, artículos 16 y 20 de dicha Compilación Castrense) establece que la función de juez institucional y de fiscal instructor recae en funcionarios del servicio activo de las respectivas ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden, los cuales no requieren ser abogados y, ciertamente, no gozan de inamovilidad. Aunque pueda no ocurrir en la práctica, el desempeño de la función jurisdiccional no está aislada de la cadena de mando y la evaluación del cometido jurisdiccional no necesariamente se encuentra desvinculada de la evaluación de desempeño militar.

35. Así, en el marco de un sistema caracterizado por relaciones de subordinación jerárquica, se verifica una conexión entre aquel que es juzgado, el fiscal (encargado de la sustanciación de los procesos y sustanciación de causas), el juez de primera instancia y la corte marcial. De hecho, es la autoridad militar del lugar quien tiene la jurisdicción militar permanente, pudiendo delegarla en un Oficial bajo su mando. En esta estructura orgánica y composición de los tribunales militares, es posible advertir que no existe suficiente distancia relacional entre el fiscal instructor y el juez respecto de las partes o intervinientes, así como entre estos últimos y la autoridad militar máxima del lugar, a quienes los une la pertenencia a la misma institución y en que existe un vínculo de jerarquía y mando entre sus integrantes. La insuficiente distancia relacional recién anotada, en especial aquella entre el fiscal instructor y el juez con los presuntos responsables de los hechos que pueden revestir el carácter de delito, afecta la debida y necesaria independencia e imparcialidad del Tribunal.

36. En la misma línea, e incluso en términos más amplios, la situación recién señalada, unida al hecho de que quien juzga la causa penal ejerce también la jurisdicción disciplinaria, puede, eventualmente, generar un sesgo a favor de privilegiar el buen funcionamiento organizacional de la institución en las determinaciones que se realicen en el marco de un proceso penal, el cual, por su naturaleza, es distinto de uno disciplinario. Además, si la conducta del requirente imputado tuviera algún tipo de impacto en el funcionamiento de la institución que amerite una acción directa de quienes dirigen la organización, el ejercicio de la potestad disciplinaria puede cumplir una función al respecto, no resultando siempre indispensable el desarrollo de un proceso penal conducido al alero de la entidad.

37. Así las cosas, y en este mismo orden de ideas, oportuno y pertinente resulta recordar los planteamientos de la Corte Suprema sobre la materia, la que al pronunciarse en su **Informe**

de Proyecto de ley No 21-2019, de 4 de julio del 2019, ha señalado en los puntos décimo y undécimo lo siguiente: "(…) *el verdadero problema de fondo que presenta el proyecto son las anomalías del sistema de Justicia Militar, que han justificado la intervención de la Corte Suprema y la designación de ministros en visita, como una forma de compensar las falencias estructurales y procesales de dicho sistema. Estas anomalías han sido identificadas hace décadas y, de hecho, fundaron el fallo Palamara Iribarne, dictado el 22 de noviembre de 2005,* **(Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C N ° 135, identificada bajo el ROL CIDH/N °135/2005),** *por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó al Estado de Chile en el caso y cuyo íntegro cumplimiento continúa pendiente. En efecto, en dicha oportunidad, la CIDH consideró que los tribunales militares en tiempo de paz en Chile carecen de imparcialidad e independencia debido a que la estructura orgánica y composición de dichos tribunales militares 'supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez', lo cual 'conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad' [/] Por la vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial y la falta de garantías de debido proceso (tales como publicidad del proceso, presunción de inocencia y derecho a defensa del imputado), el punto resolutivo décimo quinto del fallo Palamara dispuso que el Estado de Chile debía garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar. [/] Si lo que pretende es insistir en una judicatura militar en tiempos de paz, entonces, su diseño debe garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces; la separación de funciones de investigación-acusación y juzgamiento; la presunción de inocencia y el derecho a defensa y a un abogado defensor, y en general todas las garantías procesales que asegura el proceso penal acusatorio. Por cierto, debe además restringirse la competencia material de los tribunales militares, a un catálogo de delitos exclusivamente militares, expresamente delimitados, donde el bien jurídico protegido y el autor potencial sean estrictamente militares* (...)". (Sic) (énfasis añadido)

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

39. Ahora bien, **en relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente**, el **párrafo 125 de la CIDH/N ° 135/2005** contempla como regla general de debido proceso el derecho a ser juzgado por los tribunales ordinarios como punto de partida.

40. **En lo relativo al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial**, el **párrafo 145 de la CIDH/N°135/2005** sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén involucrados en la controversia **(Párrafo 146 de la CIDH/N ° 135/2005**). En tal sentido, es concluyente el **párrafo 155,** que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.

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

42. Así las cosas, todo lo consignado en este acápite permite arribar a la indefectible conclusión de que la ***estructura orgánica y composición de los tribunales militares, en especial tratándose de causas respecto de delitos de naturaleza no militar, ocasionan una vulneración al derecho a un racional y justo procedimiento en los términos del artículo 19 nº 3 inciso sexto, de la Constitución. Dicho de otro modo, dado el carácter estructural y sistémico de los reproches de constitucionalidad, bien puede identificarse la infracción como una violación a la tutela judicial efectiva, también consagrada en el inciso primero del mencionado artículo***.

3) ES INCONSTITUCIONAL LA APLICACIÓN EN LA GESTIÓN PENDIENTE DEL ARTÍCULO 5 Nº3 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR PORQUE SE VIOLENTARÍA EL ARTÍCULO 5 INC. 2º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 8 numerales 1º y 5º; Y , 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA)

43. Que, nuestra **Carta Fundamental** dispone que:

Artículo 5 inciso 2º

(…)

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". *(Sic)* (La negrita y cursiva son nuestras)

A su turno, **La Convención Americana de Derechos Humanos (denominada también Pacto de San José de Costa Rica),** dispone:

Articulo 8. "Garantías Judiciales

1. ***Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.***

   (…)

5. **El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia."** *(Sic.)*(énfasis añadido)

Artículo 24. "Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". *(Sic)* (énfasis añadido)

I.- Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

44. Que, en términos generales se vislumbra que en materia de derechos humanos, los Estados están sujetos a dos tipos de obligaciones, a saber:

- **Obligación de respetar**, según la cual los Estados deben abstenerse de violar los derechos humanos a través de sus agentes, entendiéndose esta obligación como una restricción al ejercicio del poder estatal.
- **Obligación de garantizar**, de acuerdo a la cual los Estados organizan todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso "Velázquez Rodríguez Vs Honduras". Fondo. Sentencia de 29.07.1988. Serie C N°4, párrafo 166)

45. Que, dicha Magistratura Internacional agregó que *"la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*

46. Ahora bien, dentro de la obligación de garantizar, existen unas obligaciones específicas que es menester abordar:

a) Necesidad de adoptar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar a todas las personas los estándares mínimos del debido proceso.

b) Eliminar y remover todos los obstáculos que impiden o entorpecen un acceso a la justicia en igualdad de condiciones, y

c) Obligación de pleno reconocimiento de todos los órganos del Estado de los estándares internacionales en materia de derechos humanos relacionados con el acceso igualitario a la justicia.

II.- El Artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno.

47. Como primera idea insoslayablemente se debe referir en primer término que el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política se transforma en una suerte de puerta de entrada de todo el *corpus iuris* interamericano e internacional de los derechos humanos. El artículo 5 de la Constitución, es, por tanto, el requisito formal para que el procedimiento de inaplicabilidad prospere al encontrar una disconformidad entre una norma legal y una norma de un tratado internacional. Si esto ocurre, se produce la vulneración del artículo 5 inciso 2º de la Constitución. En esta línea, los jueces constitucionales de esta Magistratura han señalado que: "*[L]a vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución*" (**ROL 2492-2013, cons. 23º**)

(…) "*Que no solo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto, de la Constitución*" (**ROL 2492-2013, cons. 24º**)

48. Ahora, para satisfacer la obligación del Estado de cumplir con los estándares que le impone todo el sistema internacional de los derechos humanos, el artículo 5 inciso 2º de nuestro Código Político se torna en una herramienta imprescindible para cumplir dicho cometido.

En efecto, el artículo 5 de nuestra Carta Magna, como se señaló *supra*, establece expresamente en su inciso 2º que "*(…) el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

49. Que, al respecto nuestro Tribunal de Casación ha declarado que la aludida norma

-artículo 5 inciso 2º-, otorga "rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia , validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas asegurar el pleno respeto de dichos derechos"(**CS. ROL 3125-2004 de 13.07.2007, cons. 38º**).

50. Que, de este modo, todo lo que se consiga en el presente libelo en torno a los estándares y obligaciones que imponen los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile necesariamente han de entenderse como prescripciones de rango constitucional, que forman parte integral y vigente de nuestro ordenamiento jurídico, y que en definitiva demandan un rol activo del Estado como asimismo de todos los miembros de la sociedad de cara a una efectiva promoción y protección de tales derechos.

51. Que, tal como se ha venido indicando latamente a lo largo del desarrollo de esta presentación, el precepto legal que por esta Acción Constitucional se censura, interpretado a la luz de la Constitución, al sistema de garantías penales y a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, no puede concluir que un/a funcionario/a policial que cometa un delito del orden civil, sólo en su razón de condición de uniformado/a goce de una justicia especial sin las debidas garantías.

52. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte regional que interpreta auténticamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado vigente en Chile desde 1990- ha sostenido que "*En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*"

53. Que, a mayor abundamiento, esta jurisprudencia del Tribunal Internacional ha sido precisada luego en otro caso de la misma Corte, en donde se razonó en el sentido de que: "(…) Si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera Castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. (…)(Corte IDH. Caso "Radilla Pacheco Vs. México". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23.11.2009. Serie C Nº 209, párrafo 274.)

54. En esta misma línea, tenemos que ambas citas de jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejan traslucir las dos restricciones materiales

básicas que debe tener la justicia militar en una sociedad democrática y en un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:
a) Los/as personas civiles nunca deben participar en la justicia militar (ni como acusasdos/as ni como acusadores/as).
b) La justicia militar sólo debe operar cuando se ponen en riesgo bienes jurídicos del orden Castrense.

55. Que, de esta forma, cuando un militar comete un delito común sobre un civil o incluso sobre otro uniformado, éste debe ser siempre conocido por la Jurisdicción del ámbito civil, por una parte, porque no se puede someter ni a un civil ni a un miembro de las Fuerzas Armadas y de Orden a un sistema especial en el caso de delitos comunes que comprometen intereses civiles.

56. Que, y a mayor abundamiento resulta del todo pertinente a la cuestión que se agita en estos autos, referir que, a nivel comparado, diversas normativas no contemplan, o prohíben expresamente, la posibilidad de juzgar militares por crímenes del orden civil en una jurisdicción especial. A modo ejemplar se puede citar:
1) **Argentina.** La Ley 26.394 de 2008 que derogó la justicia militar en tiempo de paz.
(Disponible en:
http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-143873/norma.htm)

2) **Colombia.** La Ley 1.407 de 2010, modificatoria de la Ley 552 de 1999 que establece el Código Militar dispone en su artículo 3 "*DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.*"
(Disponible en:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.htm/#1)

3) **Ecuador.** La Constitución de Ecuador de 2008, en su artículo 160 contempla que "*Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial, en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial*"
(Disponible en:
http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

4) **El Salvador.** El Código de Justicia Militar Salvadoreño, en su artículo 1 establece que "*Las disposiciones de este Código se aplicarán exclusivamente a los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por los delitos y faltas puramente militares*"

(Disponible en:
http://www.asamblea.gov.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-de-justicia-militar)

5) **Perú.** La Ley 29.182 de 2008, establece en su artículo II *que es una jurisdicción especial y excepcional*, por otra parte, en su artículo III indica *que se debe entender por delito militar, como un "delito de función" que se encuentra tipificado en el Código de Justicia Militar*. En su artículo IV se contempla que *"El fuero militar policial y el Código de Justicia Militar no alcanzan a ciudadanos civiles, ni en forma directa, ni indirecta, ni análoga, de conformidad con la Constitución Política del Perú, bajo responsabilidad"*.
(Disponible en:
http://www.fmp.gob.pe/transparencia/elementos/ley_29182_fuero_militar_policial.pdf)

6) **República Dominicana.** El artículo 57, del Código Procesal Penal, le da competencia a los tribunales ordinarios para el conocimiento de todas las infracciones cometidas por personal militar.
("Art. 57.- Exclusividad y Universalidad. Es de la competencia exclusiva y universal de las jurisdicciones penales el conocimiento y fallo de todas las acciones y omisiones punibles previstas en el Código Penal y en la legislación penal especial, y la ejecución de sus sentencias y resoluciones, según lo establece este código.

Las normas de procedimiento establecidas en este código se aplican a la investigación, conocimiento y fallo de cualquier hecho punible, sin importar su naturaleza ni la persona imputada, incluyendo los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, aún cuando los hechos punibles que les sean atribuidos hayan sido cometidos en el ejercicio de sus funciones y sin perjuicio de las facultades estrictamente disciplinarias de los cuerpos a los que pertenecen.

Los actos infraccionales y procedimientos en los casos de niños, niñas y adolescentes se rigen por su ley especial".
Disponible en:
http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf)

7) **Uruguay.** La Constitución Uruguaya dispone en su artículo 253 que *"La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra. Los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera que sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria".*
(Disponible en:
http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm)

57. Finalmente a modo de corolario, y sin perjuicio de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Chile son obligatorias para el Estado, y tomando en consideración las experiencias comparadas, advertimos que existe argumentos constitucionales de texto que nos permiten arribar a la misma conclusión, esto

es, que la jurisdicción militar debe tener una aplicación restrictiva y nunca debe ser aplicada a civiles, ni en el caso en que los bienes jurídicos comprometidos tengan carácter civil.

Por otro lado, los criterios que han tendido a establecerse a lo largo de la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional apuntan a la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos, tanto interamericanos como universales, y a la realización progresiva de una contrastación entre el precepto legal y la norma convencional, por la vía del artículo 5 de la Constitución, siendo, como se previno al inicio de este acápite, el artículo 5 de la Constitución el argumento jurídico formal que permitiría el ingreso de todo el *corpus iuris* –internacional e interamericano– de los derechos humanos. Este *corpus iuris* de los derechos humanos se proyectaría a toda la Constitución y a todo el ordenamiento jurídico estatal, insuflándole un nuevo aire, potenciándolo, enriqueciéndolo, en lo que a la protección de los derechos fundamentales respecta. Con todo, en esta materia debería tenerse siempre presente que los estándares internacionales son susceptibles de ser aplicados siempre en la medida que aumenten la protección constitucional, pero, inspirándose del criterio establecido en el caso Solange del Tribunal Constitucional alemán, nunca cuando la disminuya.

(Tribunal Constitucional Alemán. 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 27, que resolvió el caso Internationale Handelsgesellschaft, más conocido como, Solange I,
Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de [Visitado el 6/12/2021].
Tribunal Constitucional Alemán. 22 de octubre de 1986, BVerfGE 73, 339, 2 BvR 197/83, caso Solange II.
Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de [Visitado el 6/12/2021]).

58. Que, en resumen, el diagnóstico respecto de la justicia militar chilena y las soluciones provenientes desde los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos son evidentes y contundentes, y contienen estándares de derechos humanos claros, coherentes y comprensibles.

III.- Estándares internacionales de derechos humanos sobre la jurisdicción militar

59. Que, por otro lado, se debe precisar en primer término que los estándares internacionales de derechos humanos sobre jurisdicción militar son "*el conjunto de normas, reglas y principios de derechos humanos referidos a la justicia militar o que inciden en ella, ya sean vinculantes o no, que obligan a los Estados o que les brindan orientación práctica para guiar su actuación y sus políticas públicas*".

60. Ahora bien, el estándar internacional de derechos humanos sobre jurisdicción militar que cabe resaltar y que ha estado en la médula de la argumentación de los jueces constitucionales consiste en que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, propiamente militares, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares.

IV.- Recomendaciones formuladas a chile

61. Que, sin perjuicio de otras recomendaciones a que se hace referencia en el desarrollo de esta presentación, atingente al caso *sub lite* resulta comentar las recomendaciones que se han indicado a nuestro país relativas a la jurisdicción militar por diversos órganos tanto nacionales como internacionales, así, se puede mencionar a modo ejemplar las siguientes:

a) En el año 2007, el Comité de Derechos Humanos recomendó al Estado de Chile, que "*[e]l Estado parte debería agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente;* ***verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto***". (*Sic.)* (énfasis añadido) *(Consejo de Derechos Humanos (2007) Examen de los informes presentados por los Estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: CHILE. Doc. N.U. CCPR/C/CHL/CO/5, para. 12)*

b) Posteriormente, de nuevo el Comité de Derechos Humanos, tras examinar el sexto informe periódico de Chile en la sesión de julio de 2014, insistió sobre este punto (siete años después de la recomendación de 2007), comenzando por señalar que "*[e]l Comité toma nota con satisfacción de la promulgación de la Ley 20.477 que limita la competencia de tribunales militares, sin embargo, considera que ésta no cumple plenamente con la recomendación anterior del Comité (CCPR/C/CHL/CO/5, para. 12) (Sic) (Comité de Derechos Humanos (2014) 22)*.

c) Desde la perspectiva de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, en 2014, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo recomendó al Estado de Chile "***que la competencia de los tribunales militares se limite únicamente al personal militar acusado de delitos militares***"(Sic) (énfasis añadido) (Consejo de Derechos Humanos (2014) Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Adición. Misión a Chile. Doc. N.U. A/HRC/25/59/Add.2, para. 96)

d) Finalmente, y en la misma línea, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ha sostenido que el Código de Justicia Militar **no ha sido objeto de modificaciones que lo adecuen a los estándares "mínimos obligatorios definidos y consagrados en el derecho internacional de derechos humanos." En concreto, indica el INDH, "son tres los ámbitos de tensión presentes en nuestra legislación penal militar que han sido objeto de cuestionamientos: a) la competencia otorgada a los órganos de la judicatura militar que posibilita el juzgamiento de militares –incluidos Carabineros– por hechos constitutivos de delitos comunes, b) la organización y estructura de los tribunales militares en violación a los principios de independencia e imparcialidad, y c) el procedimiento establecido, eminentemente inquisitivo, secreto y escriturado que contraviene las garantías mínimas del debido proceso" (**INDH (2011) 102. MERA FIGUEROA, Jorge (2008) "Adecuación de la Jurisdicción Penal Militar Chilena de Tiempo de Paz a los Estándares Internacionales de Derechos Humanos". Anuario de Derechos Humanos, pp. 205 y ss.).

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en el artículo 93 nº 6 de nuestro Código Político, normas legales citadas, y demás aplicables en la especie;

RUEGO A USÍA EXCMO. se sirva tener por impetrada Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente ante la ilustrísima Corte Marcial, consistente en apelación de la Sentencia Definitiva, en los autos ROL 455-2021, acogerlo a tramitación y declarar, en definitiva, que el **artículo 5 numeral 3 del Código de Justicia Militar** no es aplicable toda vez que vulnera los artículos 19 nº 2; 19 nº 3 incisos 1º y 6º ; y artículo 5 inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, en relación este último con el artículo 8 numerales 1º y 5º y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a VS. Excmo. se sirva tener por acompañados los siguientes documentos bajo apercibimiento legal que corresponda:

1. Copia de Recurso de Apelación deducido por esta parte ante la Ilustrísima Corte Marcial.
2. Certificado extendido por el Señor Secretario del aludido Tribunal de Alzada donde consta que existe en dicha Magistratura Recurso de Apelación incoado por esta parte el cual se tramita -como se indicó *supra*- bajo el ROL 455-2021, cuyo estado procesal es en espera de ser colocado en Tabla para su vista y que es patrocinado por la Abogado doña Sol Francesca Moya.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, para efectos de que el acogimiento de la presente Acción de control de constitucionalidad pueda surtir los efectos que tuvo en vista el constituyente al momento de establecerla y de conformidad al artículo 85 de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, por el presente acto vengo en solicitar a US. Excmo. se sirva tener a bien ordenar a la brevedad la suspensión del procedimiento a fin de que el mentado Tribunal de Alzada en donde se está sustanciando la gestión pendiente en que se sustenta la presente acción, paralice su conocimiento hasta la completa resolución de estos autos, comunicando asimismo dicha suspensión a la Ilustrísima Corte Marcial a la brevedad y a través del medio más expedito posible.

Esto debido a que la gestión pendiente corresponde a un Recurso de Apelación ya ingresado a la aludida Magistratura de Alzada y que además es de rápida tramitación.

TERCER OTROSÍ: Sírvase SS. Excelentísimo tener presente que esta parte posee legitimación activa para comparecer en autos como Requirente toda vez que tiene la calidad de condenado en la Gestión Judicial pendiente sobre que se sustenta la presente Acción.

Al efecto, al ser el suscrito parte del procedimiento criminal, evidentemente tiene interés directo en que éste se sustancie con las debidas garantías y ante un juez

competente.

CUARTO OTROSÍ: A VS. EXCMO., ruego se sirva tener presente que conforme lo autoriza el artículo 42 inciso final de la LOC 17.997 del Tribunal Constitucional, vengo en proponer como forma especial de notificación para esta parte de todas las resoluciones, actuaciones y diligencias que hayan de efectuarse en estos autos, le sean notificadas a la siguiente casilla de correo electrónico: **sonne.moya@gmail.com** , por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

QUINTO OTROSÍ: Ruego a US. EXCMO. tener presente que vengo en designar como abogado patrocinante y confiero poder para actuar en estos autos a doña **SOL FRANCESCA MOYA LIZANA, RUT 14.302.694-9**, habilitada para el ejercicio de la profesión, con domicilio para estos efectos en Calle Mercedes 705, Cerro Placeres, Comuna y Región de Valparaíso, otorgándole todas y cada una de las facultades que establece el artículo 7 inciso 1° y 2° del Código de Procedimiento Civil, las que se dan por expresamente reproducidas para todos los efector legales, quien firma esta presentación junto al suscrito en señal de aceptación.

SOL FRANCESCA MOYA LIZANA

Firmado digitalmente por SOL FRANCESCA MOYA LIZANA
Nombre de reconocimiento (DN): cn=SOL FRANCESCA MOYA LIZANA, o, ou, email=sonne.moya@gmail.com, c=CL
Fecha: 2021.12.27 17:53:09 -03'00'

AUTORIZO PODER

María Angélica Barriga Meza

Firmado digitalmente por María Angélica Barriga Meza
Fecha: 2021.12.28 19:36:10 -03'00'