

**EN LO PRINCIPAL:** deduce acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **PRIMER OTROSÍ:** acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** solicita suspensión **TERCER OTROSÍ:** legitimación activa; **CUARTO OTROSÍ:** notificaciones; **QUINTO OTROSÍ:** acompaña documento; **SEXTO OTROSÍ:** patrocinio y poder.

**Excmo. Tribunal Constitucional de la República**

**LORENA FRIES MONLEON**, abogada, cédula nacional de identidad N° 8.532.482-9, con domicilio en calle Eliodoro Yáñez 832 de la comuna de Providencia, Directora del **INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**, a US. Excmo. Respetuosamente digo:

Que en virtud de las atribuciones conferidas a este Excelentísimo Tribunal por el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política de la República, y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el inciso undécimo del mismo precepto constitucional, vengo a interponer acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el marco de la gestión judicial pendiente que se especifica en el siguiente párrafo respecto del artículo 5° numeral 3° del Código de Justicia Militar en tanto dicha norma vulnera los artículos 1°, 4°, 19 n° 1, 2, 3 y 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República de la manera que se expondrá a lo largo de este escrito.

La gestión judicial pendiente en que incide la presente acción de inaplicabilidad es la apelación por declaración de incompetencia del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en investigación RUC N° 1210032844-3, RIT 11115 – 2012 por Tormentos y Apremios Ilegítimos. Actualmente la apelación está pendiente en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3278-2012-RPP, como consta en el certificado que se acompaña en el primer otrosí.

## Tabla de Contenidos

<b>I. ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	<b>4</b>
A. Hechos que dieron origen a la querrela criminal .....	4
B. Tramitación ante el Juzgado de Garantía .....	6
<b>II. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD</b> .....	<b>8</b>
A. Persona u órgano legitimado. ....	9
B. Que exista gestión judicial pendiente en tramitación.....	9
C. Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal.....	9
D. Que 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. 11	
E. Que tenga fundamento plausible. ....	12
<b>III. ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS POR LA EVENTUAL APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES CITADAS EN EL CASO SUB-LITE</b> .....	<b>12</b>
A. Consideraciones Previas.....	12
B. La Jurisdicción Militar no puede aplicarse a civiles ni conocer de delitos civiles (violación del artículo 1° y 19 N° 3 en relación con el artículo 5° inciso 2 de la Constitución).....	16
1. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar es incompetente en relación a personas civiles .....	18
2. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no puede conocer de delitos civiles.....	21
3. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no brinda garantías a las víctimas .....	25
4. La aplicación del artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar produciría violaciones a las debidas garantías contempladas en el artículo 19 N° 3 incisos 1, 2, 5, 6 y 7.....	31
C. La existencia de la Jurisdicción Militar crea un grupo diferenciado arbitrariamente (Violación del artículo 1° incisos 1 y 4, 4°, 19 N° 2 y 3 inciso 1 en relación con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución) .....	32
1. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar generaría una situación de discriminación .....	34
2. Análisis de la diferenciación .....	39
3. Violaciones a la igualdad .....	41
D. La falta de acceso a la justicia con las debidas garantías vulnera el derecho a la integridad personal (Violación del artículo 19 N° 1 en relación con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución) 42	

1. Regulación de la Tortura, Tratos o Penas Inhumanas, Crueles o Degradantes .....	43
2. La Investigación efectiva garantiza derechos .....	44
3. Violación de la integridad física y psíquica .....	45
E. Rol de la Justicia Constitucional ante violaciones de derechos humanos .....	46
F. Peticiones Concretas .....	50
<b>PRIMER OTROSÍ: .....</b>	<b>51</b>
<b>SEGUNDO OTROSÍ: .....</b>	<b>51</b>
<b>TERCER OTROSÍ: .....</b>	<b>51</b>
<b>CUARTO OTROSÍ: .....</b>	<b>53</b>
<b>QUINTO OTROSÍ: .....</b>	<b>53</b>
<b>SEXTO OTROSÍ: .....</b>	<b>53</b>

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

### A. Hechos que dieron origen a la querrela criminal

Los hechos constitutivos de delito transcurren en el contexto de la jornada de movilización convocada por la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios (ACES) para el día jueves 23 de agosto de 2012, como parte de las acciones del movimiento social por la educación. Durante esa fecha, se produjeron diversas “*marchas territoriales*” en distintas comunas de la Región Metropolitana y del resto del país, llevadas a cabo principalmente por estudiantes secundarios(as) y universitarios(as). Ese mismo día, participaba de una marcha territorial junto a sus compañeros(as), que inició a las 17.30 en dirección a la municipalidad de La Florida.

Al llegar a la municipalidad, la niña se ubicó en el frontis, sobre la explanada de peatones, junto al resto de las personas que participaban de la movilización. Luego de algunos minutos, un grupo de carabineros salió desde el interior de la municipalidad y avanzó caminando hacia la multitud. Según el relato de la víctima, algunas personas comenzaron a lanzar piedras al personal de Carabineros, lo que provocó la reacción de los uniformados en orden a iniciar la aprehensión de las personas manifestantes y consecuentemente la dispersión de la multitud que intentó huir del lugar.

Francisca corrió apartada del grupo principal, cuando fue empujada por un funcionario de Carabineros contra la reja del frontis municipal. El mismo carabinero la toma del cuello, ahorcándola; la menor le pidió al funcionario que la soltara, quien le responde “*cállate pendeja culiá*”, entre otros insultos. Momentos más tarde la menor fue esposada junto a otro joven, y llevada a un retén móvil estacionado en el lugar.

En el mismo vehículo policial es conducida a la 36° Comisaría de La Florida, en compañía de otras/os detenidas y detenidos, entre los que se contaban niños, niñas, adolescentes y personas adultas. En el trayecto le informaron que estaba detenida por desórdenes públicos. Ya en la unidad policial, situaron a los/as detenidos/as en el patio, separándolos por edad y sexo, y allí les ordenaron

entregar todos los objetos de valor y los cordones de los zapatos. Mientras tomaba sus datos, un carabainero nuevamente la insultó, llamándole “*pendeja culiá*”, porque la menor intentó deletrear al funcionario el nombre de su colegio.

A continuación, fue conducida junto a otros/as detenidos y detenidas, al consultorio de Villa O’Higgins, donde se realizó la constatación de lesiones. En una sala aparte y en compañía de las detenidas adultas, una funcionaria del hospital les pidió que se desvistieran, quedando en ropa interior y procediendo a examinarlas y preguntándoles si tenían algún tipo de lesión antes o con ocasión de la marcha. Todo lo anterior se realizó en presencia de una funcionaria de Carabineros. Si bien este acto de desnudamiento fue realizado por personal del servicio de salud, fue una revisión completa en presencia de Carabineros de Chile.

Luego es conducida nuevamente a la 36° Comisaría, hacia el sector de los calabozos. Allí, los niños, las niñas y las personas adultas fueron llevados(as) a una habitación aparte. Según el relato proporcionado por la víctima, cuando llegó su turno, una funcionaria de Carabineros, que no pudo identificar, la condujo a la misma habitación. En ese lugar, le ordenó primero **sacarse la ropa**; en segundo lugar, **levantarse los sostenes** y **bajarse los calzones** a la altura de las rodillas; y, finalmente, le ordenó **hacer tres sentadillas** (flexión de piernas con las manos detrás de la nuca) y volver a vestirse. Durante todo ese tiempo, la niña pensó que se trataba de un procedimiento normal y que tenía que hacerlo pero, según su relato, manifiesta haber sentido mucha vergüenza e incomodidad y que la situación que atravesaba era injusta porque solo estaba protestando. En todo momento, la única persona presente en la habitación, además de Francisca, era la funcionaria de Carabineros.

Al terminar el procedimiento, la funcionaria le pasó una frazada y fue conducida a una celda. Según conversaciones que tuvo con el resto de los(as) detenidos(as) mientras esperaban su turno, Francisca tomó conocimiento de que todos(as) ellos(as) habían sido también obligados(as) a desnudarse y a realizar sentadillas.

Cabe señalar, que alrededor de las 21:00, dos funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos se dirigieron a la 36° Comisaría de La Florida, en el marco del programa de observación en Comisaría, donde conocieron el testimonio directo, en el área de calabozos, de la víctima y de otros(as) detenidos(as) sobre la situación que se describe en la presente querrela criminal. Una vez conocidos estos hechos, se pidió al subteniente de guardia una entrevista personal con la víctima en un lugar diferente a los calabozos; aquella entrevista fue realizada en presencia de la madre de la víctima, quien había llegado a la unidad policial, y los dos funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos. En esa entrevista la persona afectada confirmó todo lo relatado anteriormente.

Con posterioridad a esta entrevista personal, un Capitán a cargo concurrió a conversar con los funcionarios del Instituto presentes en la Comisaría para explicarles que aquellos procedimientos de revisión personal eran parte del protocolo y que en ningún momento la funcionaria policial tocó a la niña.

Finalmente, la menor fue liberada aproximadamente a las 2.00 am del 24 de agosto. No hubo lectura de derechos durante su detención.

## **B. Tramitación ante el Juzgado de Garantía**

El 7 de noviembre de 2012, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) en ejercicio de las facultades que le concede la Ley N°20.405 de 10 de diciembre de 2009, presentó ante el 14° Juzgado de Garantía de Santiago, una querrela criminal por el delito de tortura cometidas en contra de la niña Francisca Ignacia Jorquera Correa, delito previsto y sancionado en el artículo 150-A del Código Penal. El 8 de noviembre, el Tribunal se declaró competente y remitió los antecedentes al Ministerio Público.

El Ministerio Público solicitó audiencia de incompetencia inhibitoria el 15 de noviembre, quedando fijada esta para el 20 del mismo mes. La Jueza de Garantía, luego de recibir los argumentos orales de las partes, se declara incompetente dictando la siguiente resolución:

*“El caso por el cual se ha planteado la querrela efectivamente se enmarca en el art. 5 N° 3, no obstante, las alegaciones que ha realizado la querellante a este respecto, se considera que el abuso cometido contra la menor, que está sancionado como un delito común en el art. 150 letra a, de probarse que así sucedió fue cometido en el marco de un acto de servicio por parte de Carabineros de Chile. Este acto de servicio estaba indicado por la superioridad y también por el Ministerio del Interior, así lo sabemos todos son hechos público y notorios, las marchas que se han llevado a cabo en distintos puntos de nuestro país y especialmente en la capital, en la cual se ordena el día de las marchas -que además de marchas son también disturbios públicos- hay muchas personas y jóvenes que lamentablemente deben ser detenidos para poder parar el obrar delictual que ejecutan en algunos casos mediante estas marchas que no pueden ser consideradas la mayoría de la veces pacíficas, sino que todo lo contrario, destructivas y perturbadoras del orden público. Pero en este sentido, el personal de Carabineros recibe una instrucción de repeler dichas marchas efectuadas por jóvenes, en este caso y de ser efectivos los hechos que han sido denunciados claramente hay un exceso delictual en el actuar de Carabineros, pero este exceso se provoca durante la ejecución de un acto de servicio como es la instrucción de repeler, de controlar, de evitar estas marchas ejecutadas en este caso en la Comuna de La Florida. Por tanto, los funcionarios de Carabineros que dolosamente obraron en contra de esta joven, lo hicieron excediendo sus atribuciones, pero dentro de las instrucciones básicas que le habían dadas por la superioridad y, reitero, estaban ejecutando efectivamente un acto de servicio, no es que Carabineros se haya puesto el uniforme y haya salido a cometer delito, sino que dentro de su misión que era controlar esta marcha, se excedió claramente en cuanto a las facultades vulnerando derechos humanos. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 5° N° 3 del Código de Justicia Militar, considero que los hechos denunciados en la querrela se enmarcan en dicha disposición y, por ende, esta causa deber ser conocida por la Justicia Militar por tratarse de delito común cometido por Carabineros en actos de servicio”.*

Dentro de plazo, el INDH recurre de apelación contra dicha resolución el día 26 de noviembre, siendo concedida ésta el 27 de noviembre en su efecto devolutivo.

Se debe señalar que el objeto de la querrela presentada por el INDH fue que se procediera a iniciar la investigación pertinente en relación con hechos que a juicio de este organismo revestían el carácter de apremios ilegítimos, en perjuicio de la niña Francisca Jorquera, para que una vez concluida esta acuse a los responsables y estos sean condenados a las penas contempladas por la ley.

Por su parte, la presente acción tiene por objeto evitar que la Jurisdicción Militar conozca de este caso, por atentar contra diferentes disposiciones constitucionales, y no ofrecer un foro con las debidas garantías para enjuiciar y reparar la víctima. Como se explicará.

## **II. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD**

El artículo 93 numeral 6° de la Constitución de la República establece la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal y otorga la competencia exclusiva para su conocimiento a este Excelentísimo Tribunal. Dicha norma y el artículo 47 F de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exigen como requisitos de admisibilidad que:

- a- El requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado;
- b- Que exista gestión judicial pendiente en tramitación;
- c- Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal;
- d- 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
- e- Que tenga fundamento plausible.

## **A. Persona u órgano legitimado**

El INDH, en base a su Ley N° 20.405, tiene como objetivo “*la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile*”. Para cumplir este objetivo, la ley le confiere amplias facultades, como la posibilidad de accionar judicialmente a través del recurso de protección y amparo, y deducir querrela criminal en caso de torturas.

Consta en la tramitación de proceso penal, que con fecha de 7 de noviembre de 2012 el INDH interpuso querrela criminal por los hechos vividos por Francisca Jorquera. El Tribunal la declaró admisible, se remitieron los antecedentes al Ministerio Público y se inició la investigación criminal correspondiente. Además, el INDH, como parte, fue llamado a la audiencia sobre incompetencia, y posteriormente se le concedió el recurso de apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

## **B. Que exista gestión judicial pendiente en tramitación**

Como condición de procedencia señala que debe existir cualquier gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial en la que sea aplicable un precepto legal que pueda resultar contrario a la Constitución. En el caso que motiva la presentación de esta acción, dicha gestión judicial pendiente es el recurso de apelación Rol N° 3278-2012-RPP, antes individualizado, contra la declaración de la incompetencia del 14° Juzgado de Garantía de Santiago en la causa RUC N° 1210032844-3, RIT 11115 – 2012.

## **C. Que se promueva respecto de un precepto que tenga rango legal**

En la presente acción de inaplicabilidad por vicios de inconstitucionalidad, se impugna la constitucionalidad en el caso concreto de la siguiente norma legal:

(1) Artículo 5° numeral 3° del Código de Justicia Militar

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

(...)

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

(...)

El artículo antes citado del Código de Justicia Militar es una norma de carácter legal, por lo cual se cumple plenamente el requisito de que la acción de inaplicabilidad debe promoverse respecto de un precepto que tenga carácter legal. Se cumple también con lo señalado por la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional en orden a que se individualicen con precisión los preceptos legales cuya inconstitucional se impugna (STC Rol 550-06, cons. 9°).

También es posible, como se hace en el artículo impugnado de Código de Justicia Militar, solicitar la inaplicabilidad de una parte de un enunciado normativo. El Excmo. Tribunal Constitucional ha estimado al respecto que *“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 de un 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”* (STC Rol 626-06). Todo lo anterior se da plenamente en el caso de los preceptos impugnados en la presente acción de inaplicabilidad.

**D. Que 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**

Por otra parte, este mismo Tribunal ha establecido que, además de la gestión judicial pendiente, es necesario que se invoque un precepto legal determinado que pueda ser aplicado en el juicio pendiente y cuya aplicación pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto produciendo efectos contrarios a la Constitución (Rol No 1064-08).

Respecto a este requisito, este Excmo. Tribunal ha interpretado este requisito en términos amplios, señalando 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. Ha señalado el Tribunal Constitucional 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 (...)”* (STC Rol 550-06, cons. 4°).

En el caso en cuestión, el artículo 5° numeral 3° del Código de Justicia Militar, funda la base de la competencia de los Tribunales Militares para que puedan conocer de delitos cometidos por funcionarios policiales contra civiles, por delitos que afectan bienes jurídicos del orden civil, situación que vulnera a todas luces, las garantías establecidas en la Constitución.

Cabe señalar que el artículo 5° numeral 3° fue utilizado por el 14° Juzgado de Garantía para fundar la incompetencia, según se lee de la declaración transcrita. Por tanto, también puede hacer concluir a la I. Corte de Apelaciones de Santiago que la justicia competente es la castrense para conocer de este ilícito penal.

Por lo tanto, dicho precepto resulta decisivo para la resolución, ya que lo que se está discutiendo con el recurso de apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago es la competencia de la

jurisdicción militar para enjuiciar delitos de apremios ilegítimos cometidos contra una persona civil - una niña en este caso- por funcionarios(as) policiales.

#### **E. Que tenga fundamento plausible**

Como se demostrará por extenso en el presente escrito, la acción de inaplicabilidad interpuesta tiene fundamento plausible y la aplicación de las normas impugnadas genera violaciones constitucionales concretas.

En consecuencia, el control de constitucionalidad que se solicita a este Excelentísimo Tribunal no tiene 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 de este Tribunal en orden a que la Corte de Apelaciones prescinda de la norma impugnada, desde que su aplicación al caso sometido a su escrutinio tendrá un efecto inconstitucional inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación haremos un análisis de las normas constitucionales que resultarían infringidas de aplicarse la disposición arriba citada del Código de Justicia Militar al caso sometido a su conocimiento.

### **III. ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS POR LA EVENTUAL APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES CITADAS EN EL CASO SUB-LITE**

#### **A. Consideraciones Previas**

Como ya se ha dicho, la Jueza de Garantía consideró que la competencia se radicaba en Jurisdicción Militar por lo dispuesto en artículo 5º numeral 3 del Código de Justicia Militar.

Dicha disposición, como se alegó en la audiencia ante la Magistrada, interpretada conforme a la Constitución, al sistema de garantías penales y a los tratados internacionales ratificadas por Chile,

no puede concluir que un/a funcionario/a policial que cometa un delito del orden civil, solo en su razón de condición de uniformado/a, goce de una justicia especial sin las debidas garantías.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, corte regional que interpreta auténticamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tratado vigente en Chile desde 1990 ha establecido 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”<sup>1</sup>.*

La frase anteriormente citada es del Caso Palamara, en donde la Corte condenó en 2006 al Estado de Chile, principalmente por permitir juzgar en un tribunal militar a un civil. Esta jurisprudencia, asentada ya en el Caso Palamara, ha sido precisada que en un caso reciente de la Corte Interamericana, en donde se razona que:

*“(S)i los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”<sup>2</sup>.*

Ambas citas de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos señalan 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:

---

<sup>1</sup> Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párr. 124. Énfasis agregado.

<sup>2</sup> Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 274. Énfasis agregado.

- 1) Los y las personas civiles nunca deben participar en la justicia militar (ni como acusados/as ni como acusadores/as).
- 2) La justicia militar solo debe operar cuando se ponen en riesgo bienes jurídicos del orden castrenses.

De esta forma, cuando un militar comete un delito común sobre un civil, este debe ser conocido siempre por la jurisdicción del ámbito civil: por una parte, porque no se puede someter a un civil a un sistema especial y, por otra, porque los delitos comunes comprometen intereses civiles, que cualquier ciudadano/a puede infringir y no solo los que tienen la condición de militares.

A nivel comparado, diversas normativas no contemplan, o prohíben expresamente, la posibilidad de juzgar a militares por crímenes del orden civil en una jurisdicción especial. A modo de ejemplo se puede citar:

- Argentina: La Ley 26.394<sup>3</sup> de 2008 que derogó la justicia militar en tiempo de paz.
- Colombia: La ley 1407<sup>4</sup> 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”*.
- Ecuador: La Constitución del Ecuador<sup>5</sup> de 2008, en su artículo 160 se 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*

---

<sup>3</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143873/norma.htm>

<sup>4</sup> Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley\\_1407\\_2010.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2010/ley_1407_2010.html#1)

<sup>5</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

*por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial”.*

- El Salvador: El Código de Justicia Militar Salvadoreño<sup>6</sup>, en su artículo 1 establece: *“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”.*
- Perú: La ley 29.182<sup>7</sup> de 2008 establece en su artículo II que es una jurisdicción especial y excepcional, por otra parte en su artículo III 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”*
- República Dominicana. El artículo 57, del Código Procesal Penal<sup>8</sup>, le da competencia a los tribunales ordinarios el conocimiento de todas las infracciones cometidas por personal militar.
- Uruguay. La Constitución Uruguaya<sup>9</sup> dispone *“Artículo 253.- 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”.*

---

<sup>6</sup> Disponible en: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-de-justicia-militar>

<sup>7</sup> Disponible en: [http://www.fmp.gob.pe/transparencia/elementos/ley\\_29182\\_fuero\\_militar\\_policial.pdf](http://www.fmp.gob.pe/transparencia/elementos/ley_29182_fuero_militar_policial.pdf)

<sup>8</sup> *“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, aun cuando los hechos punibles que les 30 Código Procesal Penal de la República Dominicana son 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](http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf)

<sup>9</sup> Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>

Sin perjuicio de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Chile son obligatorias para el Estado, y tomando en cuenta las experiencias comparadas, existen 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.

En vista de lo anterior, se abordarán en específico estas dos limitaciones a la jurisdicción militar, además de sostener que su aplicación crea un grupo diferenciado arbitrariamente y que la falta de acceso a la justicia vulnera la posibilidad de obtener reparación al derecho a la integridad personal. Todo esto concluirá que la aplicación de la mencionada norma del Código de Justicia Militar genera efectos inconstitucionales para el caso concreto.

#### **B. La Jurisdicción Militar no puede aplicarse a civiles ni conocer de delitos civiles (violación del artículo 1° y 19 N° 3 en relación con el artículo 5° inciso 2 de la Constitución)**

El artículo 1° de la Constitución Política establece, en lo pertinente:

Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.  
(...)

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

(...)

El artículo 19 N° 3 incisos 1, 2, 5, 6 y 7 de la Constitución Política establece:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública,

este derecho se registrará, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

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

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.

Por su parte, resulta relevante tener presente los artículos 8<sup>10</sup> y 25.1<sup>11</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>10</sup> **Artículo 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>11</sup> **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Para efectos de demostrar que la aplicación en la gestión pendiente del artículo 5° numeral 3° del Código de Justicia Militar sería inconstitucional por vulneración del artículo 19 N° 3 incisos 1, 2, 5, 6 y 7 de la CPR, se desarrollarán a continuación los siguientes argumentos: 1) es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar es incompetente en relación a personas civiles; 2) es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no puede conocer de delitos civiles; 3) es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no brinda garantías a las víctimas.

1. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar es incompetente en relación a personas civiles

La Constitución Política, como la CADH –norma con jerarquía constitucional por remisión del artículo 5 inciso 2<sup>12</sup>- establece lo que en doctrina se conoce como el derecho al juez natural, o sea, el derecho a ser enjuiciado por un tribunal competente. Esta garantía se engloba en lo que este Excmo. Tribunal Constitucional ha calificado “el derecho a la tutela efectiva”. Además se contemplan las garantías mínimas que deben observarse en los procesos judiciales.

Así, se ha decidido por este Tribunal que:

*“El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que*

---

<sup>12</sup> Este artículo, en palabras de la Excmo. Corte Suprema, 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 de 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 a asegurar el pleno respeto de los derechos” (S.C.S Rol 3125-04 de 13.3.2007, considerando trigésimo nono).

*la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente” (STC 1470, considerando 9. Énfasis agregado).*

*El derecho a la competencia del juzgador, “está consagrado en los artículos 19 N° 3 inciso cuarto, 38 inciso 2°, 76 y 77 de la Constitución. El hecho de que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa no sólo constituye un derecho fundamental asegurado a toda persona, sino que representa, a la vez, un elemento básico para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él” (STC 554, considerando 17. Énfasis agregado).*

*La competencia que ejerce el tribunal, en la determinación de los derechos de las partes, no solo se ejerce sobre la parte acusada, sino sobre la parte acusadora también. Esto es incluso válido para los procedimientos penales. Este Tribunal Constitucional ha establecido, en este sentido, que “la querrela, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal” (STC 1535, considerando 17. Énfasis agregado).*

*Incluso, a mayor abundamiento, se ha decidido que, la acción y objetivos del proceso son parte del “derecho a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la autotutela como solución de los conflictos. La solución del conflicto de los involucrados; y la*

actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley” (STC 205, considerando 9. Énfasis agregado).

Si bien no es posible sostener que la víctima de un delito tiene derecho a la condena de los responsables, sí tiene un derecho claro a movilizar todo el sistema procesal penal para que se realice una investigación imparcial y efectiva, y que se le otorgue una reparación como víctima. En palabras de la Corte Interamericana “el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”<sup>13</sup>.

Pues bien, la víctima de los procesos penales también se somete a la jurisdicción del Tribunal competente para sancionar a los responsables y la jurisprudencia interamericana ha sido enfática en sostener al respecto que:

*“cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (...). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”<sup>14</sup>.*

---

<sup>13</sup> Corte IDH. **Caso Durand y Ugarte Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 130.

<sup>14</sup> Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 275.

Al ser la jurisdicción militar una justicia especializada de juzgamiento de personal activo de las Fuerzas Armadas, en base a la Convención Americana y su jurisprudencia, y en base al sistema de garantías consagrado en el artículo 19 N° 2, no puede conocer en la determinación de derechos de **ciudadanos y ciudadanas civiles.**

Las personas civiles no pueden ser, por ningún motivo, sometidas a juzgamiento en la determinación de sus derechos por tribunales especiales dejando de lado al tribunal ordinario competente que es, en el caso que da lugar a la presente acción de inaplicabilidad, el 14° Juzgado de Garantía de Santiago.

Una persona civil, como es el caso de la niña Francisca Jorquera Correa, no tiene ninguna vinculación personal con los Tribunales Militares, salvo el ilícito que se le cometió y que no eligió. Su juzgamiento por tribunales ajenos es, sin lugar a dudas, una vulneración al derecho al juez competente consagrado en el artículo 19° N° 3 inciso 5 y por la Convención Americana en relación al artículo 5° inciso 2.

Por otra parte, se debe prevenir, que **la competencia de un Tribunal no solo implica su aspecto formal, de lo que dice la ley, sino también su aspecto material**, que implica que aquella norma no sea contraria a la Constitución, como lo es en este caso particular.

2. **Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no puede conocer de delitos civiles**

En base a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>15</sup> (Art. 3) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>16</sup> (Art. 1), la tortura es un ilícito que puede ser cometido tanto por funcionarios(as) públicos(as) del orden civil, como del orden militar, siendo igualmente objeto de una investigación eficaz y fundada en las máximas del debido proceso.

---

<sup>15</sup> Ratificada por el Estado el 15 de septiembre de 1988.

<sup>16</sup> Ratificada por el Estado el 30 de septiembre de 1988.

El delito que se investiga en esta causa, es el delito del artículo 150-A del Código Penal, delito del orden civil, como **todos** los contenidos en el Código Penal. Este delito fue instaurado en nuestra legislación penal por la Ley N° 19.567 de 1998. En la Historia de la Ley, se deja claro en un informe ante la sala de la Cámara de Diputados, que se “*agrega un artículo 150 bis para hacer operativa la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, estableciendo una pena para el delito de tortura, que va de 541 días a 10 años*”<sup>17</sup>.

De esta forma, como se ha dicho antes, la tortura y los apremios ilegítimos, tanto a nivel internacional como en nuestra misma ley, no son ilícitos que se reserven solamente a las Fuerzas Armadas y de Orden, sino que es un delito general que puede cometerlo **cualquier** funcionario(a) público(a) que tenga a personas privadas de libertad y que ejerza sobre ella conductas prohibidas, según se establece del mismo artículo 150-A del Código Penal.

Es tan **general este delito** -y no excepcional en donde se involucren bienes jurídicos del orden castrense- que pueden ser imputados(as), además de Carabineros, por ejemplo, funcionarios(as) de Gendarmería y funcionarios(as) de la Policía de Investigaciones (PDI). Es de especial atención el caso de los funcionarios(as) de la PDI, en donde por operaciones policiales **similares**, y por conductas ilícitas **iguales**, no hay duda que es la justicia civil la competente para conocer del ilícito.

Se debe recordar que los ilícitos que se denunciaron en el procedimiento penal que dieron lugar a la gestión pendiente no ocurrieron en el contexto de la mantención del orden público, sino en el proceso de revisión a una persona privada de libertad, misma revisión que puede realizar personal de Gendarmería de Chile y de la Policía de Investigaciones.

Si entendemos la naturaleza civil del ilícito investigado, ¿por qué debería ser competente la justicia militar?

---

<sup>17</sup> Historia de la Ley N° 19.567, p. 96.

Debe considerarse que es el artículo 5° del Código de Justicia Militar el que establece que será competencia de los tribunales castrenses conocer de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio. Es de nuestro criterio que esto no debería ser interpretado como que **todos** los delitos cometidos por Carabineros en la ocasión de sus funciones deban radicarse en la jurisdicción militar, porque eso daría, por ejemplo, el absurdo de considerar que es función propia de Carabineros infringir tormentos, o cometer ilícitos, a las personas privadas de libertad<sup>18</sup>.

Así, en el caso que dio lugar a la presentación de la querrela criminal ante el 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa ya individualizada, a la víctima –una niña de 15 años- se la obligó a desnudarse –siendo que ya había sido desnudada en la constatación de lesiones ante una funcionaria de Carabineros- y se la obligó a hacer “sentadillas”. Dichos actos no pueden ser concebidos como eventuales delitos militares o actos de servicio.

Esta parte requirente es de la convicción que la interpretación que considera a la Justicia Militar como una justicia de fuero, de privilegio, que sigue siempre al infractor/a, es inconstitucional.

---

<sup>18</sup> En este mismo sentido se pronunció el 7° Juzgado de Garantía de Santiago en audiencia de incompetencia de la causa RIT 16253 – 2011 de diecisiete de febrero de dos mil doce, en donde se investiga la responsabilidad de Carabineros de Chile por torturas hacia un estudiante. En esta oportunidad el Magistrado Cristián Sánchez resolvió: *“las acciones (...) que cometieron los funcionarios policiales, en contexto de la denuncia materia de esta querrela, no puede sostener este tribunal que se trata de actos propios del cargo de los funcionarios judiciales, por el solo hecho de que estos llevasen consigo eventualmente algún uniforme que los pudiese caracterizar, la sola circunstancia de obrar en ese contexto, esto es, amparado bajo el uniforme, no genera ni transforma los actos que ejecutan las policías en un estatuto que a todo evento importe sólo y siempre la infracción de tipos penales y de obligaciones que en definitiva van a ser de conocimiento exclusivamente de la Justicia Militar, no, porque si toleráramos esa circunstancia estaríamos entonces olvidando que el Derecho Penal debe ser interpretado en forma sistemática y en forma coherente, por cuanto, claramente los funcionarios policiales que actuaron en el procedimiento (...) lo han hecho en opinión de este tribunal, claramente, de acuerdo a la relación de la querrela, al margen de todo procedimiento policial definido”* *“da la impresión que estaríamos en presencia sólo de una maniobra policial que ha importado un mero abuso de poder, amparado en el uniforme policial y que en consecuencia ello atenta contra el sistema de Garantías Procesales, previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y a modo de ejemplo, en el emblemático caso de Palamara o en el caso Almonacid, en el que se condena al Estado Chileno por actos de esta naturaleza y que significa entonces, el quebrantamiento de la regla prevista en el artículo 25 sobre Protección Judicial de la Convención Americana de Derechos Humanos”*.

Lo anterior se fundamenta, además, en que el Código de Justicia Militar establece claramente que la jurisdicción castrense es una Justicia de especialidad, no de fuero. Así el artículo 1 establece 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”*. Por otra parte, el artículo 3° contempla que *“Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional”*, y luego el artículo 5° numeral 3° realiza una precisión, que a juicio de esta parte resulta artificial e inconstitucional, esto es, que los delitos civiles son conocidos en sede militar. Al ser una justicia especial, solo procedería en hipótesis excepcionales que alteren las reglas básicas de la competencia criminal, siendo esta única razón sería la condición de militar.

La Corte IDH, en el caso Palamara como ya se ha citado, 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”*.

Considerando a cabalidad la argumentación sobre el derecho a un juez competente en el numeral anterior y en razón de que lo investigado en la causa judicial que dio lugar a la gestión pendiente es un ilícito que afecta bienes jurídicos civiles, no resulta competente que los Juzgados Militares conozcan de estos casos, por las razones dadas.

Parecería, con toda la argumentación, que la única razón que se puede esgrimir para acoger la incompetencia del 14° Juzgado de Garantía en la gestión pendiente es sostener que la Justicia Militar es competente por una especie de fuero del ofensor que ostente el carácter militar.

Lo anterior debe llevar a concluir que un delito civil como el que se habría cometido en contra de la niña Francisca Jorquera Correa, no tiene ninguna vinculación con los Tribunales Militares. Su

conocimiento por dichos tribunales es una vulneración al derecho al juez competente consagrado en el artículo 19° N° 3 inciso 5 y por la Convención Americana en relación al artículo 5° inciso 2, entendiéndose nuevamente que **la competencia de un Tribunal no solo implica su aspecto formal, de lo que dice la ley, sino también su aspecto material.**

3. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar no brinda garantías a las víctimas

Además de la nula vinculación de la víctima de este caso en razón de su calidad personal y del delito en razón de su materia, con la jurisdicción militar, los Tribunales Castrenses no ofrecen las más mínimas garantías para que la víctima pueda ser oída en la determinación de sus derechos, ni tampoco se ofrecen las garantías judiciales básicas en el marco de su procedimiento. De esta forma, como se explicará si se aplicara el artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar se estaría vulnerando el artículo 19 N° 3 en sus incisos 1, 2, 6 y 7.

Se vulneraría también el derecho a la tutela efectiva si se la concibe como lo ha hecho el Excmo. Tribunal Constitucional (ver STC 1470, considerando 9).

Si bien no se alega la inconstitucionalidad de este precepto, es pertinente citar el artículo 133 del Código de Justicia Militar, que establece:

*“El sumario se seguirá exclusivamente de oficio y, por lo tanto, no se admitirá querellante particular en estos juicios. Sin embargo, tratándose de los delitos de violación, rapto, adulterio o estupro, no podrá iniciarse el sumario sin el consentimiento del ofendido o de las personas que en conformidad a la ley respectiva puedan perseguir o denunciar el delito”.*

Dicha norma solo contempla la participación de la víctima como real parte del proceso cuando existen infracciones relacionadas con la autodeterminación sexual, dejando excluida la participación en otros delitos, como el de Apremios Ilegítimos del artículo 150-A.

La posibilidad de ser oído/a en el marco de un procedimiento legalmente tramitado, es de capital importancia. En la palabras del Excmo. Tribunal Constitucional *“entre las bases del debido proceso,*

*se incluye en principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba. Sin embargo, doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares” (STC 1200, considerando 5).*

De esta forma se ha decidido que: *“Si el requirente fue oído, planteó alegaciones y defensas y tuvo la posibilidad de interponer recursos, entonces no fueron conculcadas sus garantías constitucionales” (STC 1314, considerando 42).* A contrario sensu, si no existe bilateralidad, o sea, si no existe formalmente la posibilidad de influir en un juicio, se vulneran el debido proceso.

La Corte Interamericana se ha referido, en una jurisprudencia asentada, a la posibilidad de las víctimas de una violación, de participar en el juicio:

*“Este Tribunal ha señalado recientemente que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos”<sup>19</sup>.*

*“(P)ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”<sup>20</sup>.*

---

<sup>19</sup> Corte IDH. **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 81.

<sup>20</sup> Corte IDH. **Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 146.

*“De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, el derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”<sup>21</sup>.*

*“De conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses”<sup>22</sup> (Énfasis agregado).*

Cabe señalar, que los “intereses” son cautelados por la Constitución. Como lo ha sostenido este Tribunal “en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto ‘derecho’” (STC 634 considerando 21).

En el fondo, el derecho a ser oído/a y ejercer una defensa, implica que la víctima es tratada como un sujeto de derechos y no como un mero objeto procesal. En ese sentido, el artículo 1° de la Constitución es claro en sostener que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que el Estado está al servicio de la persona humana.

---

<sup>21</sup> Corte IDH. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 72.

<sup>22</sup> Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 247. Además de: Corte IDH. **Caso Baldeón García Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 146 / Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 247 / Corte IDH. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 183. Énfasis agregado.

La Corte IDH, a propósito de la defensa jurídica de un/a imputado/a –pero plenamente aplicable a la defensa de una víctima- ha razonado *“que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”*<sup>23</sup>.

Cabe recordar, que la reforma procesal penal realizada en nuestro país, dentro de sus metas, tuvo el dar mayor participación a la víctima en el proceso, ya que esta había sido dejada de lado por el Derecho. Es por esto que la víctima pasó a ser un interviniente dentro del proceso, y el Ministerio Público tiene la obligación de informarla y asistirle. Estas nuevas garantías que la reforma le otorga a la víctima, se pierden cuando un caso es llevado por la Justicia Militar.

No parece justo para la víctima y sus familiares, que cuando el imputado es militar, vean sus derechos procesales disminuidos. Constituye una grave violación al derecho a un trato igualitario y al mandato constitucional que reconoce la igualdad entre todos/as los/as ciudadanos/as chilenos/as.

La aplicación de la justicia militar para la víctima de la gestión pendiente, una niña de 15 años, vulnera flagrantemente la posibilidad de influir en el resultado del juicio ya que, como consta en el artículo 130 del Código de Justicia Militar, no se contempla la figura del querellante particular. Se trata, además, de un procedimiento poco transparente, inquisitivo, que es llevado por la mera voluntad de un Tribunal incompetente.

Por otra parte, es pertinente recordar que en la gestión pendiente lo que se está imputando es la comisión del delito de tortura. Cabe señalar que el delito de torturas, en general, es un ilícito de gran importancia a nivel internacional y comparado, y tiene una protección especializada y reforzada por Convenciones Internacionales particulares. Por ejemplo, es uno de los crímenes de lesa humanidad, en el contexto de un ataque generalizado a la población, contemplados en el Estatuto de la Corte

---

<sup>23</sup> Corte IDH. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 145.

Penal Internacional<sup>24</sup>. La tortura es un ilícito de tal entidad, que la víctima tiene interés y el derecho a participar en la sanción de los responsables.

Por otra parte, no resulta lógico -como se profundizará más adelante- que, cuando este delito sea cometido por un/a funcionario/a uniformado como Carabineros de Chile, la víctima no tenga legitimidad activa para participar del juicio y que, en cambio, si el delito es cometido por el personal de la Policía de Investigaciones se tienen amplias posibilidad de participación. No es tolerable un sistema de justicias paralelas, una con plenas garantías y otra sin el debido proceso.

De esta forma, el derecho de las víctimas de participar en la determinación de los derechos es **inexistente** en la justicia militar.

Junto con la garantía general de que las víctimas deben ser oídas, el procedimiento militar tiene diversas falencias graves de inconstitucionalidad.

En palabras de los Ministros de la Corte Suprema señores Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller y Silva, informando en el proyecto de ley boletín N° 8472-07 por oficio N° 99-2012 de 29 de agosto de 2012, *“en la actualidad, salvo en aspectos netamente disciplinarios, no se vislumbran razones que justifiquen la existencia de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz, teniendo en consideración para ello, entre otros múltiples motivos, que en un Estado Democrático de Derecho 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**”*.

---

<sup>24</sup> Ratificado por Chile el 29 de Junio de 2009.

En el mismo caso Palamara, sentencia de la Corte Interamericana en contra de Chile, se declaró que la jurisdicción militar vulnera las garantías del debido proceso. De esta forma, en particular se viola el artículo 8 de la Convención Americana<sup>25</sup>:

- (1) En su inciso 1, ya que la justicia militar no ofrece un tribunal competente e imparcial para conocer causas del orden civil. Ya que son los mismos pares quienes juzgan los delitos cometidos por otros militares;
- (2) En su inciso 5, ya que la justicia militar no ofrece un proceso público;
- (3) En su inciso 2.c, ya que la justicia militar no ofrece los medios adecuados para la defensa;
- (4) En su inciso 2.f, ya que la justicia militar no ofrece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

La jurisdicción militar **no ofrece garantía alguna a la víctima para que pueda obtener reparación en la lesión de sus derechos.**

Por tanto, también se vulnera la tutela judicial efectiva, que aparte de ser delimitada por este Tribunal Constitucional, la Corte IDH ha entendido:

*“Que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de*

---

<sup>25</sup> Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 269.

*garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)*<sup>26</sup>.

Tanto por la jurisprudencia constitucional como por la jurisprudencia interamericana, un procedimiento que no cumple las garantías mínimas de debido proceso, no puede constituir un recurso judicial válido para la tutela de derechos, violentándose el derecho al acceso a la justicia.

Por otra parte, como dato relevante, de acuerdo a una interpretación restrictiva del artículo 133, el Instituto Nacional de Derechos Humanos perdería su calidad de querellante en este procedimiento, dejando a la víctima en la indefensión más absoluta y limitando así, la vigencia de la Ley N° 20.405 que concede a esta Instituto la posibilidad de buscar sanción en delitos de tortura, como ocurre en este caso.

4. La aplicación del artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar produciría violaciones a las debidas garantías contempladas en el artículo 19 N° 3 incisos 1, 2, 5, 6 y 7

**Por lo tanto**, por estos tres ámbitos de razones expuestas, la aplicación de la jurisdicción militar, y en específico el artículo 5 numeral 3° del Código de Justicia Militar, violenta:

- (1) El derecho a un juez natural contemplado en el artículo 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución y en el artículo 8 CADH, por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.
- (2) El derecho de la víctima de ser oída y participar en el procedimiento contemplado en el artículo 19 N° 3 incisos 1, 2 y 7 de la Constitución y en el artículo 8 CADH, por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución. Además de lo establecido en el artículo 1° de la Constitución.

---

<sup>26</sup> Corte IDH. **Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 195.

(3) El derecho a contar con las garantías del debido proceso contemplada en el artículo 19 N° 3 incisos 1, 6 y 7 de la Constitución y en el artículo 8 CADH, por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.

(4) El derecho, en general, a la tutela efectiva contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y en el artículo 25.1 CADH en relación con el artículo 8 CADH, por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.

**C. La existencia de la Jurisdicción Militar crea un grupo diferenciado arbitrariamente (Violación del artículo 1° incisos 1 y 4, 4°, 19 N° 2 y 3 inciso 1 en relación con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución)**

El artículo 1° de la Constitución Política establece, en lo pertinente:

Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.  
(...)

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

(...)

El artículo 4° de la Constitución Política establece:

Artículo 4°.- Chile es una república democrática.

El artículo 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política establece:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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;

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Por su parte, resulta relevante tener presente los artículos 1.1<sup>27</sup>, 8<sup>28</sup>, 24<sup>29</sup> y 25.1<sup>30</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>27</sup> **Artículo 1.1**

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>28</sup> **Artículo 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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>29</sup> **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.

<sup>30</sup> **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

1. Es inconstitucional la aplicación en la gestión pendiente del artículo 3 N° 5 del Código de Justicia Militar porque la Jurisdicción Militar generaría una situación de discriminación

Repitiendo lo ya dicho por los Ministros de la Corte Suprema, *“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”*. Esto conlleva que en Chile existan dos modelos de sistemas de justicias aplicados a los mismos delitos.

El delito de tormentos, como se explicó, es un delito del orden civil cuyo sujeto activo puede ser cualquier funcionario(a) público(a). De esta forma, si lo comete un funcionario(a) de la Policía de Investigaciones de Chile, en su unidad policial, respecto a toda persona privada de libertad, en sus labores propias de tratamiento de detenidos, el tribunal competente, de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico de Tribunales, sería el Juzgado de Garantía del territorio donde se cometió el ilícito.

Si el mismo ilícito es cometido por un(a) funcionario(a) de Carabineros de Chile, en su unidad policial, contra la misma persona privada de libertad, en sus labores propias de tratamiento a detenidos. En este caso el tribunal competente, de acuerdo a lo establecido en el Código de Justicia Militar, sería el Juzgado Militar del territorio donde se cometió el ilícito.

En base a las iguales víctimas, y en base a un mismo delito, con igualdad en sus medios de comisión, el Tribunal Competente cambia en base **sólo** a la identidad del/a infractor/a. El cambio de jurisdicción competente, como se argumentó latamente, no sólo altera el tribunal que conoce del asunto, sino las reglas procesales, las garantías para el imputado/a y los derechos de la víctima.

El Excmo. Tribunal Constitucional, a propósito de la coexistencia de dos sistemas judiciales aplicables a la sanción de delitos tributarios, estableció explícitamente la infracción a la igualdad en la protección de los derechos. Así, se ha señalado que:

*“Atendida la distinta fecha de entrada en vigencia en las regiones del país de las normas procesales penales –por consideraciones de política legislativa– un mismo hecho produce efectos jurídicos distintos en la regulación o afectación del derecho a la libertad personal, según se haya producido en uno u otro lugar. De esta forma, si se ha verificado en la región metropolitana, el imputado de un delito tributario es sometido a la regla del artículo único de la ley N° 19.232, que subordina la concesión de su libertad al pago de un depósito monetario preestablecido en la ley en su cuantía, y que es independiente de su capacidad de pago y de cualquier otro factor que pueda estimar el juez. En cambio, si idéntico hecho se ha producido en la misma época, pero en otra región del país, donde sólo esté en vigencia la ley N° 19.806, la libertad del imputado estará determinada por una resolución del juez ajena a la restricción precedentemente señalada. De ahí que esta situación vulnere el art. 19 N° 3 CPR, que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (STC 728, considerandos 14 y 15)”.*

Lo que en definitiva ocurre, desde la perspectiva de la víctima y del/a ofensor/a, es que el Carabinero infractor/a se convierte en parte de un grupo especial, con un sistema de justicia especial, **no siendo esta condición sostenible** por la Constitución ni por la jurisprudencia recién citada, ni por los tratados internacionales ratificados por Chile.

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República establece explícitamente que “*en Chile no hay persona ni grupo privilegiados.*” Además señala que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

Por una parte se podría considerar que funcionarios(as) de Carabineros de Chile, y en general todos/as los militares, cuando cometen delitos del orden civil, hacia una víctima civil, constituyen un grupo de privilegio o al menos un grupo diferenciado arbitrariamente, principalmente porque el Tribunal que los juzgará está constituido por pares, militares en servicio activo, careciendo de imparcialidad. Cabe señalar que la imparcialidad, “*implica que sus integrantes no tengan un interés*

*directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia*<sup>31</sup>. Por tanto, un tribunal parcial no solo puede ser perjudicial para un imputado/a, sino puede ser totalmente beneficioso, a tal punto que puede impedir la sanción a los y las responsables.

Por otra parte, existe una diferencia arbitraria en las garantías de que gozan las víctimas, ya que mientras en el proceso penal existen amplias posibilidades para intervenir en un juicio público; el Tribunal Militar restringe la participación de la víctima, según ya se explicó en el apartado anterior.

Por las particularidades del caso que motivó la gestión pendiente, abordaremos la vulneración de estos derechos desde la perspectiva de la infracción de los derechos de la víctima Francisca Jorquera que puede ser sometida a la Justicia Militar. Sin embargo, debemos dejar presente que también se infringen las disposiciones de los y las eventuales acusados(as) de delito, por carecer de las garantías para su defensa.

El 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 encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren 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 encuentren 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 igualdad o la desigualdad (STC 1254, consideraciones 46. Énfasis agregado)*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

<sup>32</sup> Por su parte, la Corte Interamericana ha expresado que: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o

Profundizando esta definición, y creando los “test” para analizar la razonabilidad de una distinción, el Excmo. Tribunal Constitucional además ha dicho que:

*“Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. El segundo consiste en que debe, además, ser objetiva; esto es, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador. Luego, es necesario, además, atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (STC 1307, consideraciones 12 a 14).*

Incluso, el Excmo. Tribunal Constitucional ha desarrollado otro test en su jurisprudencia:

*“La denominada ‘nueva fórmula’ consiste en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido*

---

*que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”* Corte IDH. **Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización.** Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Párr. 55.

*de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto” (STC 1273, considerando 60).*

La “nueva fórmula” se asemeja a lo que la jurisprudencia comparada e internacional<sup>33</sup> ha desarrollado. De esta forma, Dulitzky, sostiene que *“tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un test diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores”<sup>34</sup>.*

En definitiva, los elementos reconocidos pertinentes y que se usarán para evaluar la diferenciación, será analizar el objetivo legítimo e imperioso, la conducencia de la medida, la necesidad y la proporcionalidad. Lo anterior es en la misma línea de la jurisprudencia de Corte Interamericana<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (Fondo), 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 10.

<sup>34</sup> DULITZKY, Ariel *“El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”* En: CDH. Anuario de Derechos Humanos 2007, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 20. Énfasis agregado.

<sup>35</sup> Ver. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93.

## 2. Análisis de la diferenciación

### *Objetivo legítimo*

La justificación de la existencia de la justicia militar, como todas las jurisdicciones especiales, como la laboral o la de familia, implica el conocimiento especializado de una materia compleja de decisión, que hace poco aconsejable que tal decisión se radique en un tribunal común. La jurisdicción especial se fundaría así en un objetivo de defensa de los derechos de las personas involucradas en asuntos judiciales complejos.

Sin embargo, en el caso de la jurisdicción laboral o de familia, el criterio para decidir su competencia radica **exclusivamente** en su materia, no en la calidad de sus personas. La Justicia Militar, en cambio, sigue la especialidad de los delitos militares pero también a la persona.

Ante esta situación, el único objetivo legítimo de la justicia militar es la especialidad, no el fuero. No se puede dilucidar cuál es el objetivo legítimo que ante un ilícito penal del orden civil cometido por una persona funcionaria de Carabineros de Chile, **conozca una justicia especializada en materias militares**. El único objetivo identificado, que no es constitucionalmente legítimo, sería establecer que los/as uniformados/as, solo por dicha calidad, son una clase ajena al sistema de justicia ordinaria.

En el mismo sentido, cabe preguntarnos cuál es la razón de someter a una menor civil –como ocurre en este caso- ofendida por un delito civil, a una justicia que no le corresponde. No existe razón alguna para que en la búsqueda de reparación, se le aplique una justicia paralela sin garantía y no la justicia ordinaria que si tiene un verdadero debido proceso.

Por esta razón, la distinción es arbitraria y, por tanto, la aplicación del artículo 5 N°3 del Código de Justicia Militar en la gestión pendiente no obedece a un objetivo legítimo, siendo esto una discriminación arbitraria.

### *Conducencia*

Si se estima que podría existir algún objetivo legítimo que sustente el régimen de justicia militar, esta medida es abiertamente inconducente, o sea, no consigue la finalidad que persigue.

Si el objetivo es cautelar los derechos de las personas, único objetivo medianamente legítimo, esto no se logra estableciendo una justicia de fuero por delitos del orden civil.

Todo lo contrario, la cautela de los derechos de las personas, en este caso los derechos del debido proceso, se incumple flagrantemente cuando se radica en sede militar, tanto para la víctima –como se expuso latamente- como para el/la ofensor/a.

Es el Juzgado de Garantía quien más está en la posibilidad de conocer especializadamente de las infracciones del artículo 150-A, cautelando así los derechos de las personas en cuanto a una resolución adecuada del fondo.

Por tanto, la distinción y la aplicación del artículo 5 N°3 del Código de Justicia Militar en la gestión pendiente es arbitrariamente discriminatoria, por inconductente.

#### *Necesariedad*

Siguiendo la hipótesis del objetivo legítimo como “la defensa de los derechos de las personas”, la medida de mantener la Justicia Militar para conocer delitos civiles de militares es poco recomendable, ya que de todos modos hay alternativas menos lesivas posibles. Una de las medidas menos lesivas, que esta parte busca con esta inaplicabilidad, es que los antecedentes que motivaron la presentación de la querrela que dio lugar a la gestión pendiente sean conocidos por la jurisdicción ordinaria.

Por lo tanto, este sistema de justicia paralelo sigue siendo arbitrario y la aplicación del artículo 5 N°3 del Código de Justicia Militar en la gestión pendiente es arbitrariamente discriminatoria, por innecesaria.

#### *Proporcionalidad*

La mantención de la justicia militar, para causas ajenas a las estrictamente vinculadas a los bienes jurídicos militares, es desproporcionada. Ya que, incluso por cualquier razón que se pueda presumir legítima, contempla un espacio de juzgamiento ambiguo, sin las debidas garantías y que viola flagrantemente los valores de una sociedad democrática. De esta forma, y tal como se ha estado

repetiendo a lo largo de este escrito, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y diversos Ministros de la Corte Suprema, no es posible en un **Estado democrático de Derecho** la presente regulación de la Justicia Militar en Chile.

Se debe precisar que la vulneración a los valores democráticos, se ve reflejado en una violación al artículo 1° inciso 4° de la Constitución, que sitúa al Estado al servicio de la persona humana. Además, el artículo 4° establece explícitamente la condición de Democracia de nuestro país, por tanto, adhiriendo a sus valores.

Por lo tanto, la aplicación del artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar en la gestión pendiente es arbitrariamente discriminatoria por desproporcionada ya que afecta los valores básicos del Estado democrático.

### 3. Violaciones a la igualdad

Por todo lo explicado en este apartado, no se puede sino concluir que, el sometimiento de la niña Francisca Jorquera Correa como víctima de un delito de tortura a una justicia diversa a la suya, sin razones de peso, constituye una discriminación en el goce de sus derechos al debido proceso.

**Por lo tanto**, por lo expuesto podemos constar la siguiente violación, sin perjuicio de las otras ya explicadas en páginas anteriores, por la posible aplicación de la jurisdicción militar, y en específico el artículo 5 numeral 3° del Código de Justicia Militar:

- (1) Se viola el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 1°, 4° y 19 N° 2 de la Constitución y los artículos 1.1 y 24 CADH por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución, en el goce de los derechos de la víctima contenidos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y 8 y 25.1 CADH por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.

**D. La falta de acceso a la justicia con las debidas garantías vulnera el derecho a la integridad personal (Violación del artículo 19 N° 1 en relación con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución)**

El artículo 19 N° 1 de la Constitución Política establece:

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

1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo;

(...)

Por su parte, resulta relevante tener presente los artículos 1.1<sup>36</sup> y 5<sup>37</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>36</sup> **Artículo 1.1**

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>37</sup> **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

## 1. Regulación de la Tortura, Tratos o Penas Inhumanas, Crueles o Degradantes

La aplicación de tormentos o tortura, además de constituir un delito en Chile, constituye una violación grave a los derechos humanos reconocidos por tratados internacionales vigentes en Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, junto con la incorporación expresa de la prohibición de tortura en tratados generales de derechos humanos, la comunidad internacional decidió avanzar en fórmulas específicas para la prohibición de esta práctica. El año 1975 fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas la "*Declaración Sobre Protección a Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* (Resolución 3452 de 9.12.75) y años más tarde se aprobó la *Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes* (Res. Asamblea General 39/46, de 10 de diciembre de 1984)<sup>38</sup>.

En cuanto a la definición de tortura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes señala que es tortura "*todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores y sufrimientos graves, ya sea físico o mental, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido o de intimidar o coaccionar a una persona o a otras o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores sean ocasionados por funcionarios públicos u otras personas en ejercicio de funciones públicas a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o sean inherentes o incidentales a éstas*".

---

<sup>38</sup> La Convención Internacional contra la tortura fue suscrita por Chile el 23 de septiembre de 1987 y ratificada el 30 de septiembre de 1988.

En el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el artículo 1º establece que “los Estados partes se obligan a prevenir y a **sancionar** la tortura en los términos de la presente Convención” (énfasis agregado) y el art. 2º señala que *“se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*.

Consciente de estas obligaciones internacionales, y como se ha expresado, el Estado de Chile adecuó su normativa interna estableciendo el tipo penal de tormento o apremios ilegítimos en el artículo 150-A del Código Penal, con el fin de investigar y sancionar las conductas ilícitas que afecten la integridad física y psíquica de las personas objeto de tortura o apremios ilegítimos.

Cabe señalar que la evidente e íntima relación entre la prohibición de la tortura y la protección de la integridad personal, se ve reflejada en el artículo 5 CADH, el cual, al cautelar la integridad personal, prohíbe los apremios ilegítimos. Así, los apremios ilegítimos son una forma especial, deliberada y grave de vulnerar la integridad personal, derecho consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 1.

## 2. La Investigación efectiva garantiza derechos

Cuando un agente estatal, o un particular, vulnera los Derechos Fundamentales de una persona, el Estado está obligado a investigar dicha situación como una de las medidas de garantía de ese derecho, así *“[e]l Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos*

de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”<sup>39</sup>.

La obligación de garantía de los derechos, obligación contenida en el artículo 1.1 de la CADH, de donde se desprende la obligación de investigar, fue definida por la Corte IDH en su primera sentencia contenciosa sobre el fondo, en estos términos:

*“La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>40</sup>.*

De esta forma, existe un vínculo estrecho entre la persecución penal de los y las responsables y la vigencia del derecho conculcado en primer término. En el caso concreto, la falta de tutela judicial efectiva, a través de la investigación del delito de torturas, cuando este caso se radique en jurisdicción militar, mantendrá la violación al derecho a la integridad física y psíquica de la niña víctima en la investigación penal.

### 3. Violación de la integridad física y psíquica

Por todo lo explicado en este apartado, la falta de tutela efectiva pone en riesgo la reparación de la violación al derecho a la integridad física y psíquica de la víctima.

---

<sup>39</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 176.

<sup>40</sup> Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

**Por lo tanto**, por lo expuesto podemos constatar la siguiente violación, sin perjuicio de las otras ya explicadas en páginas anteriores, por la aplicación en la gestión pendiente de la jurisdicción militar, y en específico el artículo 5 numeral 3° del Código de Justicia Militar:

- (1) Se viola el derecho a la integridad personal contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, y artículos 1.1 y 5 CADH por remisión del artículo 5° inciso 2 de la Constitución.

#### **E. Rol de la Justicia Constitucional ante violaciones de derechos humanos**

Una interpretación armónica y respetuosa de la Constitución y de los tratados internacionales sobre la competencia de los tribunales militares, implicaría afirmar que el artículo 5 número 3° del Código de Justicia Militar es inconstitucional en la aplicación del caso concreto que se ha descrito, por todos los argumentos detallados en esta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Una correcta interpretación, declarando inaplicable el artículo 5 numeral 3° del Código de Justicia Militar, adecuaría en este caso lo que se espera de una jurisdicción militar en un Estado democrático. O sea, que la justicia militar solo debe operar cuando:

- 1) El/la ofensor/a y la víctima tienen la calidad de militares activos.
- 2) Se afectan bienes jurídicos propios del orden militar.

Ante estas exigencias desde la Constitución y los tratados internacionales, este Tribunal Constitucional tiene un rol ineludible en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

En general los/las jueces/juezas constitucionales tienen el deber de interpretar las disposiciones pertinentes de acuerdo a la Constitución y los tratados, incluso en materia de justicia militar. Así lo ha establecido la Corte IDH sosteniendo que *“las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar (...), se adecuen*

a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso”<sup>41</sup>.

La interpretación de la competencia castrense que se sugiere en este caso, sigue los estándares internacionales y, por tanto, es normativamente y perfectamente posible.

Incluso, la Corte Interamericana, en otro caso condenatorio contra Chile, ha sostenido que “(...) es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”<sup>42</sup>.

Lo que la Corte Interamericana establece, es que los tribunales nacionales deben adoptar una postura activa en la defensa de los derechos humanos y realizar un control de las normas que aplican: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>43</sup>.

Cobra extrema relevancia el “control de convencionalidad”, cuando el Poder Legislativo ha fallado en delimitar inequívocamente la competencia de la jurisdicción castrense, de acuerdo a la Convención Americana y a la Constitución Política de la República de Chile, “cuando el Legislativo falla en su

---

<sup>41</sup> Corte IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 233.

<sup>42</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

<sup>43</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

*tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*<sup>44</sup>.

Este Excmo. Tribunal Constitucional, en el ejercicio de una facultad legal que es la inaplicabilidad por inconstitucional, puede directamente, aparte de cautelar la supremacía constitucional, ejercer un Control de Convencionalidad que es reforzado por lo prescrito en el artículo 5° inciso 2 de la Constitución. El límite a la soberanía y a la potestad del legislador es el respeto a los derechos esenciales que todas las personas poseen.

Una experiencia comparada interesante en relación a este punto, fue lo vivido el año 2011 por el Estado Mexicano. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México conociendo de un Código de Justicia Militar con falencias similares al de Chile, y que también tiene una sentencia internacional condenatoria<sup>45</sup>; se planteó la interrogante si, a propósito del control constitucional de la judicatura, se puede ejercer un control de convencionalidad.

De esta forma la SCJN comenzó, en su resolución<sup>46</sup>, refiriéndose a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana que ha rechazado la justicia militar, declarando que “*las resoluciones*

---

<sup>44</sup> Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 123.

<sup>45</sup> Sistema de Justicia Militar declarado contrario a la Convención en él la sentencia de la Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. Cabe señalar que la sentencia sigue la línea del caso Palamara condenatorio a Chile en 2006, y que todavía no se cumple por parte del Estado.

<sup>46</sup> Sentencia disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011)

*pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.” (Considerando 19) y “Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos (...)” (Considerando 20).*

Considerando la obligatoriedad directa de la Convención y de las resoluciones contra México, y la obligatoriedad “interpretativa” de la jurisprudencia en general, la SCJN resuelve: “De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1o. y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial” (Considerando 30) (Énfasis agregado).

Cabe señalar que el artículo 1°<sup>47</sup> y 133<sup>48</sup> de la Constitución Mexicana<sup>49</sup> que se citan, son similares en lo esencial al artículo 1°, además del artículo 5° inciso 2° y la jurisprudencia interpretativa de este

---

<sup>47</sup> **Artículo 1° Constitución Mexicana.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier

Excmo. Tribunal Constitucional, en el sentido de establecer en Chile que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, y el Estado debe preferir el más amplio goce de estos derechos, por estar este al servicio de la persona humana.

Por lo tanto, y por las razones constitucionales expuestas, es preciso que este Excmo. Tribunal aborde también un control de convencionalidad, en el marco de sus mecanismos de control constitucional –en este caso concreto- sobre la norma objeto de esta acción: el artículo 5 numeral 3° del Código de Justicia Militar.

## F. Peticiones Concretas

### POR TANTO,

y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 n° 6 de la Constitución Política de la República, y las demás disposiciones constitucionales y legales citadas, SOLICITO A SU SEÑORÍA EXCELENTÍSIMA: se sirva tener por interpuesto el presente recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con el recurso de apelación Rol N° 3278-2012-RPP que se está tramitando ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, por la declaración de incompetencia del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en investigación RUC N° 1210032844-3, RIT 11115 – 2012 por Tormentos y Apremios Ilegítimos, en tanto el artículo 5 N° 3 del Código de Justicia Militar vulneraría los artículos 1°, 4°, 5° inciso segundo y 19 N° 1, 2, 3 de la Constitución Política de la República.

---

otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

<sup>48</sup> **Artículo 133. Constitución Mexicana.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

<sup>49</sup> Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

**PRIMER OTROSÍ:** Solicito tener por acompañado los siguientes documentos con el apercibimiento legal que corresponda:

1. Fotocopia de la querrela criminal, presentada por el INDH ante el 14° Juzgado de Garantía de Santiago.
2. Copia de la resolución del 14° Juzgado de Garantía de Santiago que declaró la incompetencia.
3. Certificado extendido por la Secretaría de la Ilustre Corte de Apelaciones donde consta que está en tramitación el recurso de apelación, autos Rol de Ingreso 3278-2012-RPP, se encuentra actualmente pendiente y se individualizan a sus partes.

**POR TANTO**, solicito a Us. Excelentísima los tenga por acompañados con el apercibimiento que corresponda.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Para efectos de que el acogimiento de esta acción de control de constitucionalidad pueda tener los efectos para lo cual la estableció el constituyente y en conformidad al artículo 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solicito a Vuestra Excelencia que ordene a la brevedad la suspensión del conocimiento del recurso de apelación ya individualizado que motiva esta acción hasta la completa resolución del presente procedimiento. Así mismo, solicito que comunique esta suspensión de la forma más expedita posible a la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.

Esto debido a que la gestión pendiente es un recurso de apelación ya ingresado en la I. Corte de Apelaciones de Santiago y es de rápida tramitación, no existiendo recursos judiciales que permitan impugnar la eventual decisión de dicho tribunal.

**POR TANTO**, solicito a Us. Excelentísima acceder a los solicitado.

**TERCER OTROSÍ:** El artículo 2° de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, dispone que *“El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos*

*humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional".* Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas en el artículo 3° de la ley:

Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,

Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;

Asimismo según lo estipulado en el Artículo 3° N° 5.- Le corresponderá especialmente al Instituto:

Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de **deducir querrela** respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, **tortura**, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

Al ser el Instituto, parte del procedimiento penal, tiene interés directo en que este se desarrolle con las debidas garantías y ante un juez competente.

Por lo tanto, se quiere reafirmar que la **legitimación activa** para comparecer en calidad de interviniente en la causa judicial que ha dado lugar a la gestión pendiente, está dada por la ley 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos que tiene por objeto la promoción y

protección de los Derechos Humanos, y que en su artículo 3 N° 5 la faculta para deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia.

**POR TANTO:** solicito a Us. Excelentísima tenerlo presente.

**CUARTO OTROSÍ:** Sírvase US. Excelentísima tener presente que mi parte propone que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas vía correo electrónico a las casillas de correo electrónico de rbustos@indh.cl por ser ésta suficientemente eficaz y no causar indefensión.

**POR TANTO:** solicito a US. Excelentísima tenerlo presente.

**QUINTO OTROSÍ:** Que por este acto acompaño copia simple de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 30 de julio de 2010, nombró directora a doña Lorena Fries Monleón.

**POR TANTO:** solicito a Us. Excelentísima tenerlo presente.

**SEXTO OTROSÍ:** Ruego a US. se sirva tener presente que designo como abogados patrocinantes y confiero poder para representarme en esta causa al profesional del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Rodrigo Bustos Bottai, cédula de identidad N° 14.231.343-6, de mi mismo domicilio, confiriéndole expresamente y mediante este acto, todas las facultades de actuación establecidas en el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, las cuales se tienen por reproducidas para todos los efectos legales, el cual suscribe el presente libelo en señal de aceptación del mandato judicial otorgado. Para efectos de acreditar la calidad de abogados, solicitamos se tenga presente lo contenido en el Autoacordado AD 754-2008, decretado por la Excma. Corte Suprema con fecha 08 de agosto de 2008.

**POR TANTO:** solicito a Us. Excelentísima tenerlo presente.