

Principios del Derecho Penal Militar y su reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[Principles of Military Criminal Law and its recognition in the jurisprudence of the
InterAmerican Court of Human Rights]

DIEGO MUÑOZ NAVARRETE

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
navarrete.m.diego@gmail.com

RESUMEN

Desde fines de siglo, nuestro sistema jurídico se ha visto envuelto en una constante revisión. Tal como ha ocurrido con la justicia laboral, tributaria, penal y de familia, larga es la tendencia reformista que invade nuestro ordenamiento. Y aunque no tan intenso, pero no por ello inexistente, las voces académicas aisladas, que abogan por una modificación a la justicia militar.

El documento que se presenta intenta determinar los planteamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ ha tenido respecto del Derecho Penal Militar, y cómo estos han influido en los planteamientos desarrollados por el Estado de Chile a la hora de proponer modificaciones a esta área de la Justicia Militar.

El trabajo consiste en detallar cómo la Corte, en conjunto con la legislación nacional e internacional han recogido y desarrollado principios que sirvan de

ABSTRACT

Since the end of the century, our legal system has been constantly revised. As it has occurred in labour, tributary, criminal and family justice, the reforming tendency that has invaded our system is quite extensive. And, although not as intense, but still not in-existent, the isolated academic voices, that defend a modification of the military justice.

The document presented tries to determine the approaches that the Interamerican Court on Human Rights has had about the Military Criminal Law, and how those approaches had influenced in the concept developed by the Chilean State when proposing modifications to this area of the Military Justice.

This work details how the Court, alongside with the national and international legislation, has gathered and developed principles that are base for a reform. Thus, an analysis will be made

¹ En adelante “Corte IDH”, “Corte Interamericana”, o simplemente “la Corte”.

base para una reforma. De este modo se realizará un análisis de algunos de los que se consideran como principios formativos propuestos por la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar² en el año 2008, y que a la fecha, son el trabajo más elaborado en lo que a reforma al sistema de justicia militar se refiere.

PALABRAS CLAVE

Derecho militar, reforma, corte interamericana.

of some principles that are considered as formative principles proposed by the Study Committee for the Military Justice Reform in the year 2008, and that until now is the most elaborate work as far as reform to the military justice system is concerned.

PALABRAS CLAVE

Military law, reform, Interamerican Court.

AVANZANDO HACIA UNA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR

Nuestra actual legislación en la materia data, en líneas generales, de 1925, y es desde esa época que el Código de Justicia Militar se ha mantenido incólume a todos los procesos de modernización desarrollados en la materia, tanto de derecho internacional como nacional³. Es por eso que el asunto es de sumo interés, sobre todo porque el Estado de Chile –al igual que un importante número de Estados de la región– a través de las sentencias de la Corte IDH ha sido obligado a revisar su legislación en este tema. En particular, en el caso chileno, cobra relevante importancia la sentencia del caso Palamara que en el año 2005 condenó al Estado de Chile, y entre otras cosas, le ordenó modificar su legislación militar. De la misma forma esta sentencia, junto a otras, y sumado a las opiniones que la Corte IDH emite en virtud de su competencia consultiva han impulsado a diversos gobiernos e instituciones, desde fines del siglo pasado y comienzos del actual, a proponer instancias que permitan llevar a cabo una reforma del Código de Justicia Militar para adoptarlo a los tiempos actuales.

² En adelante, “la Comisión”, “Comisión para la reforma” o “la Comisión de estudios”.

³ Algunas reformas importantes al Código, anteriores al período de dictadura, corresponden al Decreto Ley nº 650 del 26.09.1932 que consistió en una revisión completa de todo el Código de Justicia Militar e introdujo en el Libro IV del Código, los Títulos I y II donde se trata de los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra y a Carabineros de Chile, la Ley nº 16.639 de 21.07.1967 que introduce reformas al procedimiento penal en tiempos de paz y reforma, en el sentido de ampliar los derechos procesales de los reos, y la Ley nº 17.266 de 06.01.1970, que reforma el Código Penal y el de Justicia Militar en lo que se refiere a la pena de muerte, impidiendo la obligatoriedad de la aplicación de la pena, entre otras reformas a determinados tipos penales.

Desde el retorno a los modelos democráticos de gobierno, nuestro país ha intentado numerosos proyectos legislativos tendientes a reducir paulatinamente la competencia de los tribunales militares, los cuales salvo el avance efectuado por las denominadas “Leyes Cumplido”⁴, no han tenido el éxito esperado en el Congreso Nacional. A excepción, por cierto, de dos leyes, promulgadas en los años 2009 y 2010, que vinieron a dar un nuevo impulso a los deseos de reforma de la Justicia Militar. En primer término, la Ley n° 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, y la Ley n° 20.477, que modifica la competencia de los Tribunales Militares en orden a disminuir sus atribuciones. Esta última, como se señaló, consecuencia directa del proceso de cumplimiento de la condena del Estado de Chile en el caso Palamara, lo que demuestra que esta contingencia tuvo primacía frente a una voluntad política seria y mayoritaria que promueva un ánimo reformista⁵.

1. *La Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar*

Los principios que a continuación se presentan son fruto de la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar, y representan uno de los tantos esfuerzos que se han llevado a cabo en los últimos años para intentar una reforma efectiva en este sector. Esta comisión fue creada por Decreto Supremo el año 2008 con el objetivo de constituir una instancia de reflexión técnica para la generación de un nuevo Código de Justicia Militar. Dentro de las funciones de este órgano consultivo se encuentran el estudio de propuestas para la reforma de la justicia militar y velar por el resultado armónico de una reforma integral del código y demás leyes conexas⁶.

Los principios que elabora esta comisión encuentran su base y fundamento, entre otros, en la jurisprudencia de la Corte IDH, y es por esa razón que en las páginas que siguen se detallarán algunos de tales principios en conjunto con

⁴ La Ley n° 19.047 excluyó de la jurisdicción militar el conocimiento de: 1.- los delitos terroristas cuando el afectado fuere un miembro de las Fuerzas Armadas o de Carabineros, y 2.- Los delitos de amenazas, ofensas o injurias a las Fuerzas Armadas o a Carabineros, o a sus unidades, reparticiones o miembros, cuando estos delitos fueren cometidos por civiles.

⁵ En el mismo sentido, los Informes de Derechos Humanos que anualmente la Universidad Diego Portales publica, desde el año 2005 en adelante han venido formulando críticas y sugiriendo reformas a la justicia militar, pero lamentablemente sin un impacto sustancial en el ámbito académico, y que termine en constituir una colaboración sustancial al debate en la materia. Lo mismo ocurre con las declaraciones formuladas año tras año por las autoridades políticas de la Nación, en las que se comprometen a realizar reformas estructurales al sistema de justicia militar, pero que, sin embargo, no se han realizado.

⁶ CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho Militar: parte general* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2011)⁴ p. 181.

los fundamentos doctrinales y de la jurisprudencia del mencionado tribunal internacional.

En este capítulo se revisarán y comentarán los que se han considerado como más relevantes principios formativos, en atención a la influencia que la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido en el desarrollo de éstos por parte de la Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar y en la importancia que tienen para el desarrollo del derecho penal militar. De la misma forma, junto con estos principios se ha tenido a bien considerar el documento denominado “Proyecto de principios sobre la administración de justicia por los tribunales militares”⁷ elaborado por el profesor Emmanuel DECAUX, y que en el mismo sentido que la iniciativa presentada por el Ministerio de Defensa de Chile, a través de la Comisión para la Reforma, pretende sentar principios y bases sobre las cuales cimentar las reformas a la justicia militar en los diversos ordenamientos jurídicos del planeta.

En efecto, el trabajo pretende mostrar una visión panorámica de cada uno de estos principios, poniendo énfasis en la doctrina y las consideraciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en relación al principio estudiado a través de su jurisprudencia.

2. Principios formativos para el nuevo código de justicia militar

a) Aplicación del Derecho Humanitario

Este principio contemplado por la Comisión de estudios es de suma importancia y relevancia para la configuración de un nuevo Código de Justicia Militar, dado que apunta en el sentido de otorgar protección incluso en aquellas situaciones de conflictos armados, y por cierto, es una obligación que deben respetar todos aquellos órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales, entre ellos, claro está, los tribunales militares.

Por derecho humanitario, el profesor CEA CIENFUEGOS entiende que es aquel que está integrado por los derechos y los deberes de los beligerantes en la conducción de las hostilidades, y se limita su libertad de elección de los métodos y los medios para dañar al enemigo, y a las reglas que tienden a

⁷ DECAUX, Emmanuel, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Derechos Civiles y Políticos, en Particular la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia y la Impunidad. La administración de justicia por los tribunales militares*, Informe presentado en Resolución E/CN.4/2006/58 (Nueva York, 62º período de sesiones, 13 de enero de 2006).

proteger a los militares fuera de combate, como de igual forma a las personas que no participan en las hostilidades⁸.

La novedad en este principio es que la Comisión para la reforma es clara en enfatizar en que “todo tribunal de justicia, incluidos los tribunales militares” deben respetar el Derecho Internacional Humanitario, poniendo entonces hincapié en que los tribunales militares deben necesariamente observar las garantías para los tiempos de guerra que esta rama del derecho promueve, garantías contempladas principalmente en los Convenios de Ginebra, y que dicen relación con estándares mínimos a observar en un procedimiento (tales como independencia, imparcialidad, dignidad, proceso previo legalmente tramitado, entre otros). Todas estas normas encuentran su origen y significado en el concepto de dignidad humana, el cual debe prevalecer en toda circunstancia, más aún en situaciones de conflictos armados, en donde, por las propias normas del Derecho Internacional Humanitario –tanto positivas, como consuetudinarias– los Estados han aceptado someterse a regulaciones que mantengan un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario, y las exigencias militares de los Estados en situaciones de conflictos armados de carácter internacional.

¿Es posible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplique derecho humanitario en sus decisiones?⁹ La pregunta surge porque este tribunal está llamado a aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰, mas no le corresponde interpretar ni conocer violaciones a derechos consagrados en otros instrumentos normativos –menos aún derechos consagrados en forma consuetudinaria–. Es por esta razón que la Corte IDH –al igual que su símil europeo– se ha resistido a realizar una interpretación amplia de sus facultades para aplicar el derecho humanitario abiertamente, y en los casos en los que ha hecho mención del derecho humanitario, no lo ha utilizado para dar fundamento a sus decisiones, sino que lo ha hecho para aplicar de una forma más adecuada el derecho de los DD.HH.¹¹

⁸ CEA CIENFUEGOS, SERGIO, *La Justicia Militar de Chile en Ars Boni et Aequi* n°5 2009. p. 258.

⁹ La discusión que a continuación se presenta aplica también para los principios relacionados con el Derecho Internacional Humanitario.

¹⁰ Artículo 62.3 CADH: La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

¹¹ NÚÑEZ PALACIOS, Susana, *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* en *Revista Alegatos*, n° 77, (2011), p. 23.

En la sentencia del caso Las Palmeras¹², recién en el año 2000, fue la primera ocasión en el que la Corte IDH se pronunció al respecto, y en esta admitió dos excepciones preliminares formuladas por el Estado de Colombia en las que se argumentaba que la Corte no tenía competencia para aplicar el derecho humanitario, esto fundándose en que los Estados partes en la Convención Americana aceptaban la competencia contenciosa de la Corte únicamente en relación con los derechos establecidos en la propia Convención¹³.

Luego, en la sentencia del caso Bámaca Velásquez contra el Estado de Guatemala¹⁴, en noviembre del mismo año, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que estableciera la violación de varios derechos de la CADH vinculados con el artículo 3 de los Convenios de Ginebra, y en este caso, a diferencia del anterior, fue posible utilizar el derecho humanitario puesto que el Estado respecto del cual se alega su incumplimiento lo aceptó en sus alegatos orales, por lo cual la Corte IDH pudo complementar el fundamento de su sentencia con las normas respectivas del derecho humanitario. Al respecto, en el párrafo 208 de la sentencia la Corte IDH señala que “Si bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3”.¹⁵ Al respecto, llama la atención que la Corte, reconociendo primeramente que no tiene competencia, de igual forma se sustente en la violación a los derechos humanos para establecer violaciones a derechos consagrados en otros instrumentos que no le son de su competencia. En definitiva, se puede concluir que bajo la premisa de “violación a los Derechos Humanos” la Corte realizó un análisis panorámico de todos los instrumentos internacionales que contemplaran dicha garantía y lo incluyó en el análisis.

¹² El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejoy y Moisés Ojeda por parte de miembros de la Policía Nacional y el Ejército, así como de la falta de investigación y sanción de responsables de los hechos.

¹³ CORTE IDH. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C nº 90, párrs. 28 a 33.

¹⁴ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

¹⁵ CORTE IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, fondo., Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C nº 70, párr. 208.

Sin embargo, más interesante que lo anterior resulta el voto razonado en este caso pronunciado por el juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, quien da luces en el tema señalando que queda claro que la competencia del tribunal interamericano para dirimir litigios, *ratione materiae*, se circunscribe a las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto aquél se halla expresamente investido de jurisdicción contenciosa para conocer de los casos relativos a “la interpretación o aplicación” de dicha Convención (artículo 62.1 y 62.3), a los que pudieran añadirse los expresamente asignados a la Corte por otros tratados o convenios vigentes en América, como ocurre en la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, hipótesis que también se examina en esta sentencia. Por ello, el tribunal no puede aplicar directamente las normas del Derecho Internacional Humanitario recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949, y resolver bajo su amparo una controversia, decidiendo que hubo violación de las disposiciones de estos instrumentos convencionales¹⁶, y luego sentencia: “No se trataría, en la especie, de aplicar directamente el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, sino de admitir los datos que proporciona el conjunto del orden jurídico –al que ese precepto pertenece– para interpretar el sentido de una norma que el tribunal debe aplicar directamente”¹⁷.

En definitiva, en estas sentencias, sumadas al caso conocido por la Corte como la “Masacre de Mapiripán”¹⁸, aparece de manifiesto que este tribunal se ha nutrido de las normas del derecho humanitario, ya sea bajo la labor de aplicación o interpretación, y que esto le ha permitido cumplir su función judicial de manera más adecuada, esto refuerza el argumento que señala que la protección de los DD.HH. debe tomar en cuenta la situación concreta en la que suceden las posibles violaciones a estos derechos, las características de los sujetos implicados y sus consecuentes obligaciones¹⁹. Todo lo anterior no obsta a que a la Corte no le está permitido aplicar otros instrumentos internacionales no señalados en la Convención Americana.

¹⁶ Voto razonado concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia de fondo del *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 23.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 24.

¹⁸ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la muerte, lesiones y abusos cometidos en contra de pobladores de la localidad de Mapiripán por parte de agentes paramilitares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables. En este caso la Corte avanza e incorpora ella misma en la sentencia varios puntos respecto a violaciones a los Convenios de Ginebra, sin que la Comisión los hubiera señalado, y utilizó esas consideraciones para determinar agravantes de las violaciones a la Convención Americana. Lo anterior se puede apreciar en los párrafos 114 y 115 de la sentencia respectiva.

¹⁹ NÚÑEZ PALACIOS, Susana (Cit. 11), p. 31.

b) Prohibición de tortura, penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles

La prohibición de torturas, penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles se encuentran recogida en una diversidad de *instrumentos* legales a nivel internacional, y que por lo tanto, de acuerdo a las normas respectivas, son vinculantes para el Estado de Chile y deben ser respetadas. Entre otros instrumentos que dan lugar a esta prohibición se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 5.2), los Convenios de Ginebra de 1949 (III Convenio, artículos 3, 17, 87 y 130) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5).

La tortura es definida de una forma muy completa y detallada en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como “...todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigaciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Mientras que por “penas inhumanas o infamantes y otros tratos crueles”, de una interpretación del artículo 16.1 de la misma Convención es posible definirlas en términos generales como: todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, tanto físicos o mentales, pero que no llegue a ser constitutivo de tortura, en los términos del artículo 1.1 de la mencionada Convención²⁰.

El profesor argentino Alberto BINDER, entiende por tortura la “utilización de medios violentos para obtener de una persona cierta información”²¹. Y de la misma forma, para completar la idea, desarrolla un concepto amplio de

²⁰ Artículo 16.1: Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

²¹ BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal* (Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002). p. 193.

violencia, entendiendo por tal todo mecanismo que tienda a la anulación de la voluntad de la persona, sea mediante la aplicación de violencia corporal, violencia psicológica o mediante la adecuación de medios químicos o hipnóticos que produzcan una anulación psíquica de la voluntad²². La Corte IDH, en términos más o menos similares ha adoptado este concepto, como se verá a continuación.

Esta prohibición toma un mayor sentido en la realidad de los conflictos armados, ámbito propio de la función de las Fuerzas Armadas. Por lo mismo, la Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la importancia de prohibir este tipo de comportamientos, velando en todo momento por el respeto a la dignidad de las personas, fundamento absoluto de este principio, y de la misma forma, es interesante apreciar que tanto la Convención contra la tortura como la Corte Interamericana se han encargado de entender dentro de la tortura una gran variedad de comportamientos, de modo que, al contrario de la opinión doctrinal (“medios violentos”), las opiniones tanto del instrumento internacional como del tribunal interamericano van en el sentido de ampliar lo máximo posible el concepto de tortura, para así lograr una mayor protección, pero en definitiva, logran un cometido un poco distinto, pues terminan por confundir y hacer equivalentes los conceptos de “tortura” y de “tratos crueles”, lo cual necesariamente deriva en un entendimiento erróneo respecto de éstos.

Es así como en el caso Loayza Tamayo²³, la Corte IDH en la sentencia del 17 de septiembre de 1997, en el párrafo 58, da ejemplos de situaciones constitutivas de tratos crueles o inhumanos, señalando: “...la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos, como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra, párr. 46c., d., e., k. y l.) constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana”.

El mismo razonamiento es el que utiliza la Corte en el caso Cantoral Benavides²⁴, considerando como penas inhumanas o infamantes el hecho

²² *Ibidem*.

²³ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por los tratos crueles, inhumanos y degradantes en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo, así como la falta de garantías y protección judicial para cuestionar su detención y el proceso en jurisdicción penal militar.

²⁴ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención ilegal y arbitraria de Luis Cantoral Benavides, los actos de tortura durante su encarcelamiento, y la falta de investigación y sanción de los responsables sobre lo sucedido.

de que una persona se encuentre durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinada con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. Lo mismo ocurre respecto de la exhibición del Luis Cantoral Benavides ante los medios de comunicación, vestido con ropas infamantes, junto a otros detenidos, como autor del delito de traición a la patria, sin haber sido aún sujeto de un proceso legalmente tramitado²⁵.

En el caso Castillo Petruzzi y otros contra el Estado del Perú²⁶, la Corte IDH en la sentencia de 30 de mayo de 1999 consideró en el párrafo 192 como contrario al artículo 5.2 de la Convención el hecho que un detenido esté incomunicado por más de 30 días antes de ser llevado ante la autoridad judicial respectiva, así como también que éstos declaren ante la autoridad judicial vendadas o encapuchadas²⁷. Luego, en el párrafo 194 la Corte es clara en mencionar que: “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos”.

Finalmente es importante destacar que la Corte IDH, siguiendo el criterio impuesto por la Corte Europea de Derechos Humanos, pretende seguir la tendencia en orden a ampliar la protección respecto de hechos que antes eran constitutivos de tratos inhumanos o degradantes, para que hoy puedan ser considerados como hechos constitutivos de tortura. Aún más, es posible hoy considerar la comisión de actos de tortura de forma psicológica²⁸ y a través de la comisión de actos de índole sexual respecto de las mujeres. Esto, en consideración de la Corte IDH, por el avance significativo en la protección de los derechos y las libertades fundamentales, lo cual debe corresponder

²⁵ CORTE I.D.H., *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C nº69, párr. 85.

²⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en el proceso ante el fuero militar de Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, así como las afectaciones durante su detención.

²⁷ Párrafo 192: En el presente caso, el ciudadano chileno Jaime Francisco Castillo Petruzzi estuvo incomunicado en poder de la autoridad administrativa durante 36 días, hasta ser puesto a disposición judicial. Por su parte, los señores Pincheira Sáez, Astorga Valdez y Mellado Saavedra, estuvieron 37 días en las mismas condiciones. Este hecho, sumado a lo señalado en los alegatos de la Comisión, no controvertido por el Estado, de acuerdo con los cuales dichas personas eran presentadas a las diligencias de declaración ante las autoridades judiciales –vendadas o encapuchadas, ‘amarrocadas’ o ‘engrilletadas’– constituye per se una violación al artículo 5.2 de la Convención.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. cit. párrs. 100-103.

una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas²⁹.

En definitiva, nunca será excesivo contemplar en un Código especial una normativa de tal naturaleza, por más que la generalidad de la normativa internacional lo consagre. Ergo, un Código de Justicia Militar reformado y acorde a los tiempos que imperan debe contener una norma que consagre el respeto por la dignidad de toda persona, incluido el que se considere enemigo. De la misma forma, es necesario que ante una ampliación en la protección de los derechos por parte de la Corte, la doctrina de la misma sea clara en distinguir y hacer las precisiones necesarias entre “tortura”, “trato cruel”, “trato inhumano” y “trato degradante”, puesto que una clara conceptualización de estas nociones puede contribuir de una enorme manera en la protección de los derechos.

c) Incompetencia de los tribunales militares para juzgar a los menores de 18 años

En consideración a este principio, se estima que los menores de edad adquieren la categoría de “personas vulnerables”, en conformidad con el Derecho Internacional, y en consecuencia, no pueden ser imputados en una investigación criminal dirigida por órganos militares o juzgados por un tribunal militar en caso alguno³⁰. Ahora bien, en el caso –lamentable por cierto– que deban juzgarse menores de edad, deberán ser juzgados con estricta observancia de las garantías establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y las estipuladas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores³¹. Del mismo modo, en caso de conflicto armado, se estará en completa conformidad con la Convención antes señalada, especialmente, los artículos 32, 37, 38 y 39 de la misma. Sin embargo, en tiempos de paz, los tribunales militares nunca podrán juzgar a un menor de edad, más aún, cuando exista una legislación penal especial en la materia³².

La consagración a través de instrumentos internacionales de este principio se encuentra en lo dispuesto por el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que es claro en consagrar que el menor que sea detenido deberá ser conducido prontamente al tribunal ordinario compe-

²⁹ *Ibidem*, párr. 99.

³⁰ *Ibidem*, p. 23.

³¹ Reglas adoptadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 y que son conocidas como “Reglas mínimas de Beijing”.

³² En el caso de Chile, esta legislación especial es la contemplada por la Ley n° 20.084 de 07.12.2005 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

tente para conocer de su causa, esto para resguardar los derechos del menor, y de la misma forma es importante destacar que el principio en cuestión hace hincapié en que debe ser “el tribunal ordinario competente”, con lo que niega competencia a los tribunales militares, por entenderse estos comprendidos dentro de la categoría de “tribunales especiales”.

En el plano regional, la Convención Americana en su artículo 5.5 señala que: “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”. Junto con este reconocimiento normativo explícito, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materia, tanto como parte de su competencia consultiva como en uso de sus facultades jurisdiccionales. En específico la Corte, en la Opinión Consultiva n°17 del año 2002 cuyo tema central fue “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” señaló que los niños: “En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”³³. La Corte agregó, además, que “es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”³⁴.

Conceptos similares han sido reiterados con posterioridad por parte de la Corte a propósito del conocimiento de casos en materias propias de sus facultades jurisdiccionales. Uno de los casos más paradigmáticos ha sido el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”³⁵, cuya sentencia de fondo fue dictada el año 2004. En el párrafo 209 de esta sentencia la Corte, citando la opinión consultiva mencionada en el párrafo anterior, señala que “Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los niños, la adopción de cier-

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (28 de agosto, 2002). párr. 93.

³⁴ *Ibidem*, párr. 96.

³⁵ Este caso no tiene relación con aspectos propios del Derecho Militar. El caso principalmente se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Paraguay por la muerte y lesiones de niños internos en el Instituto de Reeducción del Menor “Coronel Panchito López”, así como a las deficientes condiciones de dicho centro.

tas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”³⁶.

En nuestro ordenamiento, al respecto cobra importancia la legislación especial en la materia, a saber, la Ley n° 20.084 sobre Responsabilidad Penal del Adolescente³⁷, que termina por excluir la competencia de los tribunales militares para juzgar a menores de 18 años, en virtud de los cambios legales introducidos al ordenamiento jurídico nacional³⁸. En definitiva, las causas de adolescentes por delitos tipificados en el Código de Justicia Militar y en otros cuerpos legales similares –como el Código Aeronáutico–, dejaron de ser de conocimiento de los tribunales militares, quedando sujetos exclusivamente a la competencia de los distintos órganos de la Justicia Civil. Por lo tanto, es necesario destacar que en este punto al menos el Estado de Chile ha seguido la tendencia internacional en orden a negar la competencia de los tribunales militares para conocer de delitos cometidos por menores de edad.

Por último, un punto que cobra especial atención es el caso de los menores de edad que son reclutados por las FF.AA. como cadetes o estudiantes de sus escuelas matrices. Este caso está contemplado en el artículo 38 de la Convención de Derechos del Niño, el cual tolera el reclutamiento de menores de edades comprendidas entre los 15 y 18 años, cuando los Estados no han ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Sin embargo, en caso de conflicto armado, el artículo 38 prevé la aplicación de los principios del Derecho Internacional Humanitario. A este respecto, se debería prestar una atención especial a la situación de los niños soldados en caso de crímenes de guerra o de violaciones masivas de los derechos humanos³⁹. De tal modo que, sin negar la competencia de los tribunales militares para estos casos en específico, este principio postula una mayor consideración y respeto por el niño soldado.

d) Derecho a juicio previo, oral y público

Este principio forma parte del derecho al debido proceso, piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos dentro de todo enjuiciamiento criminal moderno. Sus fuentes datan de la Carta Magna inglesa y, contem-

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Cit. 31). Párr. 98.

³⁷ Ley publicada el 7 de diciembre de 2005, entrando en vigencia, conforme al artículo 1 transitorio, el 8 de junio de 2007.

³⁸ Vid. UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, *Justicia Militar y Adolescentes. Un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley N°20.084* (Santiago, 2007). pp. 2-5.

³⁹ DECAUX, Emmanuel (Cit. 7), p. 14.

poráneamente, puede encontrarse en las siguientes fuentes internacionales: los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dentro del ordenamiento positivo a nivel nacional, la garantía del debido proceso se encuentra recogida en el artículo 19, número 3 de la Constitución Política de la República. Si bien todas estas fuentes no se refieren expresamente a un derecho a juicio previo, oral y público, sí lo hacen a propósito de las exigencias que debe satisfacer un proceso penal legítimo. Es la técnica que utiliza nuestra Constitución cuando se refiere a la necesidad de un juicio previo legalmente tramitado, cuestión que se ve profundizada por el artículo 1 del Código Procesal Penal que explicita las condiciones que debe revestir el procedimiento, es decir, que debe ser previo, oral y público⁴⁰.

En definitiva, los instrumentos antes mencionados dan cuenta de la necesidad de que todos los procedimientos deban cumplir con estas premisas básicas, no quedando fuera por cierto la judicatura militar, puesto que no se entiende motivo alguno, independiente de las características propias de las Fuerzas Armadas⁴¹, por las cuales deban abstraerse de estos principios generales de todo procedimiento penal. De la misma forma, como se verá, son diversas y constantes las sentencias de la Corte IDH que instan a los diversos Estados del continente –entre ellos Chile– a adoptar sistemas de justicia militar acorde con estos principios.

¿Qué opina la doctrina autorizada en la materia respecto de estos principios?, es decir ¿son tan importantes y necesarios estos principios para que operen en todo procedimiento, entre ellos, el militar?

En primer término, con respecto a la garantía del juicio previo, el autor argentino Alberto BINDER la desarrolla de manera extensa, y distinguiendo dos dimensiones. Por un lado, entiende que se refiere a una exigencia de sentencia previa, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Mientras que una segunda dimensión de la garantía al juicio previo consiste en la necesaria existencia de un juez al momento de llevarse a cabo el juzgamiento, no pudiendo ser reemplazado por ninguna otra autoridad. El señalado profesor, refiriéndose a esta garantía señala: “que la garantía del

⁴⁰ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, *Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar*. p. 13, pp. 23-24.

⁴¹ FERRO TORRES, José. “Constitución y derecho penal militar” en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* vol. VIII, nº 16 (julio-diciembre 2005), p. 45.

juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una limitación objetiva al poder penal del Estado..., y una limitación subjetiva al ejercicio de este poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio). También es una fórmula sintética en otro sentido: expresa el punto de máxima eficacia de todas las garantías procesales. El juicio previo es el punto de máxima concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, inmediatez, publicidad, etc.⁴².

Por otro lado, hay autores que tienen una opinión sutilmente distinta, en el entendido que consideran como contenido del derecho a juicio previo en un primer término, el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena, pero como un segundo contenido de esta garantía al juicio previo el derecho a un proceso previo legalmente tramitado, bajo el aforismo *nulla poena sine processu*. En este sentido, Julio MAIER señala: "...la reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino mediata a ella, a través y después de un procedimiento regular que verifique el fundamento de una sentencia de condena; ello ha sido traducido afirmando la mediatez de la conminación penal, en el sentido de que el poder penal del Estado no habilita a la coacción directa, sino que la pena instituida por el Derecho penal representa una previsión abstracta, amenazada por el infractor eventual, cuya concreción sólo puede ser el resultado de un procedimiento regulado por ley, que culmine en una decisión formalizada que autoriza al Estado a aplicar la pena"⁴³.

En segundo lugar, sobre el principio de la oralidad, James GOLDSCHMIDT entiende por tal el principio que prescribe que la resolución judicial debe basarse sólo en el material procesal proferido oralmente, constituyendo un mínimo que conduce al principio de contradicción, es decir, que las audiencias se desarrollen a través de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un juicio oral⁴⁴.

Por su parte, Alberto BINDER señala –sin desconocer ni menos aún negar importancia a ésta– que la oralidad no es un principio, sino que es un “mecanismo o instrumento para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal”. En especial, señala el autor, “sirve para preservar el principio de inmediatez, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial”⁴⁵.

⁴² BINDER, Alberto (Cit. 21), pp. 118-119.

⁴³ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos* (Buenos Aires, 2004), p. 488. En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María Inés; LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, p. 64.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James; *Principios generales del proceso* (Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2001), p. 192.

⁴⁵ BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 100.

Por último, respecto de la publicidad, de las palabras de GOLDSCHMIDT se puede extraer una especie de publicidad referente a las audiencias, y una publicidad referida a las partes, esto es, que las audiencias deben ser accesibles para todos, y por otro lado, una publicidad relativa en relación a la accesibilidad al acto judicial que se le concede a las partes que intervienen.

Este principio también es reconocido como fundamental en el documento elaborado por el profesor Emmanuel DECAUX, el cual señala que al igual que en la jurisdicción ordinaria, la regla general es que el juicio debe ser público, y la celebración de vistas a puerta cerrada debería de ser totalmente excepcional y requerir una decisión específica, motivada y recurrible⁴⁶, lo cual es comprensible en materia penal militar, por las consecuencias que podrían derivarse del hecho de hacer pública mucha información que puede ser considerada como vital para las labores de las FF.AA.

Por su parte, si buscamos en las sentencias de la Corte IDH que abordan la materia, podemos observar que ésta sí considera la garantía al juicio previo y la garantía de la publicidad como fundamentales de todo procedimiento, y en reiteradas ocasiones se ha pronunciado a favor de éstas, particularmente en casos referidos a la justicia militar, como lo podemos apreciar en las siguientes sentencias:

Sobre el derecho a un juicio previo. En el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte IDH señala en el párrafo 129: “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’ ”⁴⁷.

De una forma clara y sin dejar espacio a ninguna duda, la Corte en el caso Palamara el año 2005, en su párrafo 125 señala: “El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”. Si bien la Corte luego desarrolla el contenido, con referencias específicas al caso concreto, esta frase de la Corte resume la importancia que la garantía al juicio previo constituye en todo ordenamiento jurídico moderno.

⁴⁶ DECAUX, Emmanuel (Cit. 7), p. 22.

⁴⁷ CORTE IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C nº 69, párr. 99.

Sobre el principio de la publicidad: En el caso Castillo Petruzzi y otros, en su considerando 172 se reconoce el principio como integrante de la CADH, a la vez que hace mención expresa de su importancia, al señalar: “La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”.

En el mismo sentido, sobre el principio de publicidad, en el caso Palamara Iribarne, en su considerando 167 se estima por la Corte IDH que: “el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”. Y en el 168 expresa: “la publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”⁴⁸.

En nuestro ordenamiento militar, ni la oralidad ni la publicidad encuentran reconocimiento, ya que ninguno de los procedimientos contemplados por el Código de Justicia Militar contienen normas al respecto. Por lo mismo, la doctrina es clara en enfatizar que la carencia de publicidad y la inexistencia de un proceso ágil y rápido son dos de los principales obstáculos que tiene esta rama del derecho para adecuarse a los estándares internacionales en materia de debido proceso. Por tanto, establecer que las audiencias sean orales, salvo excepciones, y que la convicción que el juez se forme al momento de dictar sentencia, sea de acuerdo a las pruebas producidas dentro de la audiencia de juicio son estándares que el Código de Justicia Militar debe contemplar en el futuro, para de esta forma evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas a la causa influyan en el tribunal y con ello, en la sentencia, de modo de con-

⁴⁸ En el mismo sentido, CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, cit., párrs. 146 y 147.

tribuir a consolidar la confianza pública en la administración de justicia por parte de los tribunales militares.

En síntesis, se aprecia que la Corte de una forma clara y decidida ha consagrado la garantía al juicio previo y la garantía de la publicidad como centrales dentro de todo procedimiento, sea respecto de tribunales ordinarios como tribunales militares. Respecto de la oralidad, si bien en doctrina hay un consenso en orden a considerar a ésta como un principio básico de todo proceso penal moderno, la Corte no ha asumido una postura clara al respecto, de modo que no considera a la oralidad como un presupuesto para un proceso justo -sin que por ello se le reste importancia-. Lo anterior se comprende aún más al observar que la oralidad no está consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos vitales para el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte y que determinan su ámbito de competencia. En el mismo sentido, la Comisión para la reforma destaca que la oralidad no está desarrollada explícitamente por las fuentes del Derecho Internacional, pero aun así, entiende que ésta se encuentra en estrecha relación con el derecho a un juicio público. Asimismo, señala la importancia que tiene la oralidad como forma para garantizar que la decisión del tribunal sea la consecuencia directa del debate público que la antecedió, y en donde el órgano jurisdiccional pudo examinar la prueba a través de sus percepciones directas y de manera continua y concentrada⁴⁹.

e) Presunción de inocencia

A nivel internacional, este derecho fue un logro obtenido por la reforma liberal al sistema inquisitivo⁵⁰, que se encuentra reconocido en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵¹, mientras que a nivel continental, la principal fuente de reconocimiento de esta garantía de la presunción de inocencia es la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.2 declara que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad⁵². En el ámbito local, la garantía está contemplada en el artículo 4 del Código Procesal Penal, que lo considera como un principio básico, y

⁴⁹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (Cit. 40), p. 25.

⁵⁰ HORVITZ LENNON, María; LOPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), p. 78.

⁵¹ Artículo 11.1.: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

⁵² En consecuencia, por aplicación del artículo 5 inciso II de la Constitución Política se entiende que la presunción de inocencia tiene rango constitucional.

en el artículo 7 del Decreto n° 518 que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en donde se consagra el mismo principio respecto de los internos detenidos y sujetos a prisión preventiva, aunque con un nombre diverso, puesto que no se contempla la voz “presunción”, sino que simplemente lo entiende como “principio de inocencia”⁵³.

La presunción de inocencia es definida de una forma muy clara y detallada por el profesor NOGUEIRA, quien señala que es: “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”⁵⁴.

La Corte IDH entiende que el derecho a la presunción de inocencia es fundamental para asegurar las garantías de un debido proceso, y de hecho considera a esta garantía integrante de una dimensión mayor, el debido proceso, y así lo señala en el caso Loayza Tamayo: “...la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso”⁵⁵.

Para la mayor comprensión de esta garantía, la doctrina está conteste en reconocer “derivaciones”, o “consecuencias” a esta presunción de inocencia. En primer lugar, entienden que la carga de la prueba le corresponde al Estado⁵⁶ o, como lo señala en el mismo sentido el profesor BINDER, que nadie

⁵³ Artículo 7: El principio de inocencia presidirá el régimen penitenciario de todos los internos detenidos y sujetos a prisión preventiva.

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia* en *Ius et Praxis*, vol.11 n°1 (2005).

⁵⁵ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C n°33. Párr. 62.

⁵⁶ Vid. HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 80.

podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal⁵⁷. Mientras que, una segunda consecuencia de esta garantía dice relación con el trato que debe recibir el imputado, el cual debe en todo momento ser tratado como inocente, o como entiende el anteriormente citado profesor: “si el imputado no es culpable mientras no se pruebe su culpabilidad en la sentencia, de ningún modo podría ser tratado como un culpable”⁵⁸, ambas formulaciones son equivalentes y significan lo mismo, es decir, que en todo momento, el Estado, mientras no dicte una sentencia condenatoria, debe tratar a la persona como inocente⁵⁹.

Luego, resulta necesario determinar cuál es la consideración que la Corte IDH tiene respecto de la presunción de inocencia, en la especie, es menester señalar que ésta la reconoce como un elemento a considerar por los tribunales militares, como es posible apreciar, al igual que lo señalado anteriormente, la Corte reconoce la existencia e importancia de este principio. Luego, siguiendo la opinión predominante en doctrina, advierte la existencia de dos sentidos posibles en esta garantía. En un primer sentido, la presunción de inocencia como regla de trato durante el proceso judicial y hasta que una sentencia judicial declare lo contrario, y en un segundo sentido, la presunción de inocencia como regla de juicio, en el sentido de que nadie podrá ser condenado salvo que se pruebe plenamente la responsabilidad penal del imputado⁶⁰.

Respecto al primer sentido antes expuesto, la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne es clara en entender la presunción de inocencia como regla de trato, ya que realiza una serie de críticas al actuar de las autoridades militares en el caso específico, en dónde se decretó prisión preventiva para la víctima, en circunstancias de que no concurría ninguno de los supuestos necesarios para decretar dicha medida⁶¹. En ese sentido, la Corte IDH en el párrafo 197 menciona que “las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad

⁵⁷ Vid. BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 126.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 129.

⁵⁹ Lo que no se contradice con la aplicación de medidas cautelares de carácter personal, puesto que estas encuentran su fundamento en los fines del procedimiento, por lo que no tienen como objetivo anticipar los efectos de la sentencia condenatoria.

⁶⁰ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza, *El debido proceso penal: un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009). p. 106.

⁶¹ Párrafo 207: “En la referida orden de prisión preventiva de 12 de julio de 1993, el Fiscal no hizo referencia alguna a los elementos que la ley interna exigía para que procediera la privación de la libertad del señor Palamara Iribarne y no acreditó la obstaculización de la investigación por su parte. El Fiscal fundamentó una orden de prisión preventiva solamente con base en los elementos para emitir un auto de procesamiento y, como consecuencia de ello, el señor Palamara Iribarne permaneció privado de libertad

personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia”. Aún más, en el párrafo siguiente⁶², la Corte realiza una sistematización de los requisitos necesarios para decretar la prisión preventiva, y es sumamente precisa al considerar que la presunción de inocencia sólo se puede vulnerar mediante la dictación de la prisión preventiva en casos muy específicos, y siempre contando con una justificación y argumentación suficiente para acreditar la concurrencia de todos los requisitos exigidos.

En segundo lugar, respecto de la presunción de inocencia como regla de juicio, es menester revisar el caso Cantoral Benavides. En este caso la Corte reconoce esta segunda dimensión de la presunción de inocencia, y en el párrafo 120 señala que “El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁶³, ello a raíz de que en el caso en comento se condenó a una persona a la que posteriormente se indultó, basándose en que la causa se había dado en base a “elementos probatorios insuficientes”, como lo consigna el párrafo 121 de la sentencia⁶⁴.

Un punto en el que la Corte va más allá es el mencionado por TORO JUSTINIANO⁶⁵, quien advierte que la Corte Interamericana considera como una vulneración a la garantía de la presunción de inocencia el hecho contemplado en la sentencia del caso Cantoral Benavides, consistente en la exhibición de la víctima ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, y siendo acusado públicamente como autor del delito de traición a la patria por

cuatro días, del 12 al 15 de julio de 1993 (supra párr. 63.83). Fue liberado en virtud de la resolución emitida por la Corte Marcial (supra párr. 63.82).

⁶² Párrafo 198: En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

⁶³ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 108.

⁶⁴ Párrafo 121. En las actuaciones penales que se adelantaron en el Estado contra Luis Alberto Cantoral Benavides no se reunió prueba plena de su responsabilidad, no obstante lo cual, los jueces del fuero ordinario lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad.

⁶⁵ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 107-108.

la Dirección Nacional contra el Terrorismo, organismo que no tiene funciones jurisdiccionales, aun cuando no había sido ni procesado ni condenado⁶⁶. Esto presenta una doble particularidad en cuanto al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia: en primer lugar, la hace aplicable aun antes del inicio del proceso propiamente tal, por lo que la presunción de inocencia comenzaría a regir desde el momento en que la persona entra en contacto con las autoridades del Estado, aun cuando todavía no adquiriera el carácter de imputado de acuerdo con la legislación nacional. En segundo lugar, clarifica el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia en relación a quienes son los obligados a respetarla, ya que en este caso no fue el Poder Judicial quien exhibió a la víctima a los medios de comunicación calificándolo como “culpable” del delito de traición a la patria, sino el Gobierno del Perú, a través de su Dirección Nacional contra el Terrorismo, por lo que concluye, de forma acertada la Corte, que la presunción de inocencia resulta obligatoria también para el resto de las autoridades públicas⁶⁷. En definitiva, de lo anterior se colige que la Corte va más allá de lo que tradicionalmente se entiende como presunción de inocencia y añade contenido a la garantía, en el sentido de que no sólo se presume la inocencia desde el inicio del proceso, y en segundo lugar, que no sólo los órganos encargados de juzgar deben tratar a los imputados como inocentes, sino que todos los organismos del Estado son los obligados a respetar esta garantía.

En nuestro país el panorama es más que lamentable, puesto que la garantía de la presunción de inocencia no está contemplada en el procedimiento militar en tiempo de paz, ni en el procedimiento aplicable al tiempo de guerra, al contrario, la regla general en este sentido es la privación de libertad a través de la prisión preventiva luego de la dictación del auto de procesamiento, lo cual es preocupante, porque como se vio anteriormente, la presunción de inocencia es central en todo sistema de justicia que se precie de moderno y adecuado a los tiempos, de modo que la única opción es ajustar el sistema de justicia militar a las reglas generales que imperan en nuestro ordenamiento, con un pleno respeto a la presunción de inocencia, que en modo alguno haría más lento el proceso de juzgar por los tribunales militares, tal como lo estiman quienes están en contra de reformar la justicia militar conforme a los estándares garantistas contemporáneos⁶⁸.

⁶⁶ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párrs. 118-122.

⁶⁷ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 107-108.

⁶⁸ Vid. VAN DE WYNGARD, Jorge, *La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso* (Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2008).

f) Derecho de defensa jurídica

El derecho de defensa jurídica del imputado es considerado central dentro de todo procedimiento dada su importancia en la protección de los derechos fundamentales del imputado. Es así como algunos definen a tal derecho como “la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes”⁶⁹, ergo, se entienden contemplados dentro de este derecho de defensa una serie de posibilidades de actuación que tengan como objetivo resguardar los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico.

Los profesores HORVITZ y LÓPEZ entienden este derecho de defensa como la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe⁷⁰. Otros, sin embargo, no extienden tanto las facultades que otorga la garantía, sino que entienden que el sentido propio de la garantía del derecho de defensa se reduce en el derecho del imputado a ser oído y a que lo que diga, si decide hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez al adoptar su resolución, aunque estas alegaciones sean completamente rechazadas⁷¹. El profesor BINDER por su parte, va más allá y, sin elaborar una definición, entiende que el derecho a defensa es tan fundamental y básico que, si no se le da cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o dejan de cumplir su función específica⁷². En definitiva, se concuerda con este último en que el derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, sea civil o militar, porque es el que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal⁷³.

El derecho a defensa se puede ejercer en cualquier sistema procesal, ya sea inquisitivo, como corresponde a la actual justicia militar, o acusatorio, entendiendo por tal el sistema actual producto de la reforma procesal penal de principios de este siglo. En todo caso, se reconoce que el modelo inquisitivo disminuye las facultades del derecho a defensa⁷⁴, particularmente, en el caso

⁶⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (LegalPublishing, Santiago, 2010), p. 129.

⁷⁰ HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 226.

⁷¹ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal en Nuevo proceso penal* (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000), p. 61.

⁷² BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 155.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ CEA CIENFUEGOS, Sergio (Cit. 6), p. 131.

de la judicatura militar, debido a que ésta, a través del Código del ramo no reconoce garantías ni derechos que posibiliten una defensa efectiva y real por parte del militar imputado. En el mismo sentido, y complementando el argumento anterior, en Chile, en el procedimiento inquisitivo, nos encontramos con un modelo unilateral, en que la defensa no tiene derecho a participar e incluso, a acceder a la información mínima que le permita preparar su caso razonablemente. Esto es propio de un sistema de justicia decimonónico y por tanto resulta tremendamente preocupante que aún se mantenga vigente en nuestros días.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, este principio de defensa jurídica se encuentra reconocido de forma dispersa a través de una serie de sentencias, esto por la multiplicidad de dimensiones, derechos y acciones que se entienden pertenecer a esta garantía, pero en general se puede advertir, que tal como la doctrina mayoritaria, la Corte distingue dentro del derecho de defensa: derechos de información del inculcado de un delito y derechos de defensa propiamente tales. Es así como el Tribunal Interamericano en el caso *Palamara Iribarne* contra el Estado de Chile reconoce el derecho a la información de los hechos por los cuales una persona es detenida y de los cargos que se le formulen en su contra, señalando que el artículo 7.4 de la CADH exige que toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados en su contra. A su vez, también reconoce, siguiendo lo dispuesto por el artículo 8.2. b), que exige que la comunicación al inculcado de la acusación formulada en su contra sea “previa y detallada”⁷⁵.

Sobre los derechos de defensa propiamente tales, estos se encaminan a asegurar adecuados medios de defensa en el proceso, y en general, la Corte pone hincapié en la garantía del defensor por sobre las dimensiones del derecho de defensa, esto por la importancia que reviste una persona cuya misión específica sea la de resguardar los intereses del inculcado.

En consecuencia, al considerar la indispensable concurrencia del defensor, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que van mucho más allá de la mera designación de un abogado defensor. En este orden, la Corte en la sentencia del caso *Lori Berenson Mejía*⁷⁶

⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Palamara Iribarne vs Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C nº 135. Párr. 135. En el mismo sentido, CORTE IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párr. 187.

⁷⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la deten-

recuerda que “el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”⁷⁷.

Se desprenden, en efecto, diversos datos de la defensa efectiva o material, los cuales corresponden a la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre el defensor y el defendido, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo, entre otras.

La previsión de defensa abarca tanto el derecho del justiciable a defenderse por sí mismo como a designar un defensor de su confianza o a recibir, a falta de éste, la asistencia profesional de un defensor provisto por el Estado: “el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”⁷⁸. En este sentido, la Corte sostuvo que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas para cumplirlo, no permitiéndose los defensores de oficio nombrados con el solo objetivo de cumplir la formalidad procesal⁷⁹.

De la misma forma, en el caso Tibi⁸⁰ la Corte IDH estimó necesario garantizar que la asistencia letrada debe ser también oportuna; de lo contrario no podría ser útil y menos podría satisfacer las exigencias del debido proceso. La falta de asistencia oportuna impide disponer de una defensa adecuada⁸¹ y constituye violación del artículo 8.2. e) de la CADH, en perjuicio del justicia-

ción arbitraria y condena sin un debido proceso en perjuicio de Lori Berenson, así como por las condiciones del centro penitenciario donde estuvo.

⁷⁷ CORTE IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C n° 119, párr. 166.

⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros*, cit., párrs. 146-149.

⁷⁹ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en TAVOLARI RIVEROS, Raúl (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I (Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2010), pp. 38-41.

⁸⁰ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la privación de libertad ilegal y arbitraria de Daniel David Tibi, así como por los maltratos recibidos y las condiciones de su detención.

⁸¹ CORTE IDH. *Caso Tibi*, cit., párr. 194; CORTE IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros*, cit., párrs. 146-149

ble. En efecto, la Corte estableció en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*⁸² que “el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso”⁸³. En ese sentido, la Corte consideró en la misma sentencia que “impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”⁸⁴.

Mientras tanto, en nuestra legislación militar, el código del ramo sólo se preocupa de esta materia al tratar de la acusación y su notificación al procesado. Por lo tanto, en la etapa de sumario –la más importante del procedimiento–, no existe una designación de abogado patrocinante que permita una defensa eficaz de los derechos del reo. Aunque el Código no niega la posibilidad de que éste designe un defensor, de modo que si desea designar abogado defensor, podrá hacerlo⁸⁵, empero, el código no se preocupa de la defensa del reo ni de este principio de la bilateralidad sino hasta la acusación, en consecuencia, el panorama es nefasto, por cuanto ni siquiera está contemplada la figura del defensor sino hasta una etapa posterior, lográndose así una completa vulneración de las garantías contempladas por la Corte Interamericana, al no existir un legítimo contradictor durante la realización de todas las diligencias de investigación en la etapa del sumario⁸⁶, ni menos aún, considerar posibilidades de actuación, o “derechos de defensa material” por parte del inculpado. Una solución a esta manifiesta vulneración al derecho de defensa pasa necesariamente por otorgar derechos de defensa al militar sometido a proceso, desde el momento en que comienza la persecución penal en su contra, a través de la figura de un defensor, que sea autónomo, pudiendo ser un civil o un militar, pero en este último caso, no debiendo responder en caso alguno a la línea de

⁸² El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de México por la detención arbitraria y tratos crueles y degradantes a los que fueron sometidos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables: miembros del Ejército Mexicano.

⁸³ CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C nº 220, párr. 154.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ En este sentido, tal facultad podría considerarse como un derecho poco operativo en beneficio del reo porque, si bien nada le impide nombrar a un defensor en la etapa del sumario, éste no tiene ninguna facultad legal de actuación en beneficio de su patrocinado sino hasta la etapa señalada.

⁸⁶ NOZIGLIA REYES, Pablo; SILVA MATUS, Sergio, *Análisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora*, Tesis de Grado (Universidad de Chile, Santiago, 2008), pp. 13-14.

mando de las Fuerzas Armadas, para así resguardar su completa autonomía al momento de actuar.

g) Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley

El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial en todas las fases de un proceso penal es un derecho fundamental de amplio reconocimiento, tanto a nivel internacional como a nivel interno. En el primer caso, este derecho se encuentra recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁷, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁸ y en la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁹, mientras que a nivel interno se consagra, de forma indirecta, en el art.76 de la Constitución Política de la República⁹⁰.

Como se verá a continuación en los párrafos siguientes, este principio es, sin lugar a dudas, el que más desarrollo ha tenido, tanto en la jurisprudencia de la Corte como en la doctrina a nivel latinoamericano, pues como lo señala Federico ANDREU-GUZMÁN: “no son solamente derechos humanos [la independencia y la imparcialidad] sino también principios esenciales y característicos de una recta administración de justicia”⁹¹.

⁸⁷ Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

⁸⁸ Artículo 14.1.: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

⁸⁹ Artículo 8.1.: 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.

⁹⁰ Como lo entiende la Comisión para la reforma, esta consagración indirecta se extrae a partir del artículo 76, artículo que reserva exclusivamente la facultad de ejercer la jurisdicción a los tribunales establecidos por la ley, excluyendo de acuerdo al principio de separación de poderes, la intervención de los otros poderes del Estado.

⁹¹ GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Editor), *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Comisión Internacional de Juristas, Ciudad de México, 2014), pp. 14-15.

Respecto de este derecho, el ex juez (1998-2009) y ex Presidente (2004-2008) de la Corte Interamericana Sergio GARCÍA RAMÍREZ, siguiendo con lo expresado en el párrafo anterior, destaca que este derecho constituye un presupuesto del debido proceso, más no solo un elemento de éste, y sentencia que “la exigencia del juez natural adquiere el mayor rango y determina la suerte del proceso en su conjunto, más allá de la observancia o inobservancia de otros datos del debido proceso, cuya eficacia se condiciona a la intervención del juez independiente, imparcial y competente”⁹². En efecto, de sus palabras es posible concluir que este derecho es de tal importancia, que en caso de presentarse vulneraciones a éste se vuelve innecesario realizar un examen de la violación específica de otros derechos consagrados por la Convención. Lo anterior si bien es acertado no es compartido del todo, puesto que limitar el examen principalmente a si existe o no una vulneración a la garantía del juez natural, impide desarrollar una doctrina referente al resto de derechos que pueden resultar vulnerados, en consideración a las especiales características que pueda revestir la justicia militar. Es así como, en general, los pocos autores que abordan el tema de la justicia militar suelen hacerlo desde la vulneración a la garantía del juez natural, pasando por alto el análisis del resto de garantías, entendiendo, como se señala más arriba, que éstas resultan “innecesarias” ante una vulneración a la garantía del juez natural. Esto resulta al menos curioso y disminuye la posibilidad de crear doctrina.

A continuación, es necesario determinar cuál es la noción que tiene la doctrina y la Corte Interamericana respecto del concepto “tribunal”, y luego, cuál es el entendimiento que se le otorga a la idea de “competente, independiente e imparcial y establecido con anterioridad por la ley”.

En primer término, es necesario destacar que la Corte no limita la noción de tribunal bajo el concepto de ser éste todo órgano que ejerce jurisdicción dentro del Poder Judicial⁹³, sino que lo amplía a toda autoridad pública del Estado, sea esta integrante tanto del poder ejecutivo, legislativo o judicial. Es así como en la sentencia del caso del Tribunal Constitucional señala que: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación

⁹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Cit. 78), p. 19.

⁹³ “Los tribunales son un servicio público integrado al Poder Judicial, independiente de toda injerencia de otros poderes u organismos estatales, que no puede ser confundido con los servicios que desarrollan la actividad administrativa”. En ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Derecho Procesal Orgánico* (Ed. LexisNexis, Santiago, 2006), p. 138.

de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁹⁴. En consecuencia, es posible concluir que la Corte reconoce la existencia de tribunales militares -que en nuestro caso no son integrantes del Poder Judicial-, pero a su vez insiste en que deben adoptar sus resoluciones con plena observancia de las garantías referentes al debido proceso según consagra el artículo 8 de la Convención Americana⁹⁵.

En segundo término, respecto a la noción de tribunal "competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad por la ley", la doctrina en general asume que estos son requisitos que deben estar presentes en todo Estado de Derecho para el ejercicio exitoso de la facultad jurisdiccional. En el mismo sentido, BINDER señala que estas exigencias se han establecido "como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a los dictados de ninguno de los otros poderes del Estado"⁹⁶. En definitiva, antes de analizar el contenido de la garantía, es necesario recalcar el carácter de presupuesto del debido proceso, y no sólo de componente o elemento de éste⁹⁷.

Respecto de la competencia del tribunal, es menester adherir a lo señalado por TORO JUSTINIANO⁹⁸, quien destaca que "la competencia del tribunal apunta al ámbito espacial, temporal, material y personal dentro del cual el tribunal puede ejercer sus atribuciones, y está íntimamente ligado a lo que la doctrina conoce como el derecho a un "juez natural" o prohibición de todo de comisiones especiales o comisiones *ad hoc*"⁹⁹.

PALOMO VÉLEZ menciona que la noción de independencia de la justicia implica necesariamente que todo tribunal o juez debe ser independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, lo cual supone que ni la judicatura ni los jueces que la componen pueden estar subordinados a otros poderes del

⁹⁴ CORTE IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de fondo de 31 de enero de 2001, párr. 71.

⁹⁵ Vid. TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), pp. 95-96.

⁹⁶ BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 149.

⁹⁷ Voto concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el *Caso Palamara*, 22 de noviembre de 2005, párrs. 5 y 7.

⁹⁸ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 97.

⁹⁹ Vid. LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria, *El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia* en *Revista de Estudios de la Justicia*, n°15, 2011, pp. 87-107.

Estado y deben permanecer libres de influencias o presiones de cualquiera de las demás ramas del poder público u otro sector¹⁰⁰. Asimismo, continúa diciendo que uno de los aspectos esenciales de la independencia de los tribunales es que sus magistrados y jueces sean funcionarios judiciales y no tengan ningún tipo de subordinación o dependencia jerárquica o funcional respecto a los demás poderes, en particular el Ejecutivo¹⁰¹.

Respecto de la noción de independencia, cabe hacer la prevención que este concepto de independencia es, como lo señala TORO JUSTINIANO, un concepto de “independencia a secas”, esto debido a que existen autores que otorgan un alcance más amplio al término “independencia”, y al respecto suelen incluir dentro de ésta la imparcialidad y otras condiciones de autonomía del órgano juzgador¹⁰².

La noción de imparcialidad está referida a la ausencia de prejuicio, de animadversión o de simpatía por una de las partes¹⁰³, o como lo señala TORO JUSTINIANO, es la necesidad de que quien juzga no tenga relación alguna con las partes, de modo de evitar prejuicios, sesgos o cualquier tipo de trato privilegiado hacia alguna de las partes¹⁰⁴.

Por último, respecto del establecimiento del tribunal por una ley anterior previa a la comisión del hecho, como asimismo la necesidad de que una ley determine las atribuciones y la organización de los tribunales, esta responde a la necesidad de entregar al órgano legislativo esta tarea y así evitar así alteraciones *ad hoc* a las cualidades necesarias para ejercer jurisdicción. Es consecuente concluir entonces que a través de esta norma se pretende que materias de este tipo se reserven para una deliberación democrática, teniendo de igual forma como objetivo evitar la figura de las “comisiones especiales”, tribunales *ad hoc* creados para juzgar un caso concreto o a una determinada persona o grupo de personas en particular¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PALOMO VÉLEZ, Diego, *Aportación de la convención americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela Judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi en Ius et Praxis*, vol.8, nº2, 2002, pp. 261-298

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Ejemplo de lo anterior: BINDER, Alberto (Cit. 21), p. 149 y HORVITZ LENNON; LOPEZ MASLE, (Cit. 50), p. 53.

¹⁰³ PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106)

¹⁰⁴ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 98.

¹⁰⁵ En ese mismo sentido está la norma del artículo 19 nº3 inciso quinto de la Constitución Política.

¿Cuál es la consideración que tiene la Corte Interamericana respecto de esta garantía? Respecto de la garantía del juez competente, es posible señalar que esto se relaciona directamente con la atribución de competencias a la justicia militar respecto de casos que deben ser conocidos y resueltos por la justicia ordinaria. Es redundante señalarlo, pero no es indiferente si quien juzga es un tribunal civil o un tribunal militar, de ahí la importancia del caso. En definitiva, cada vez que un tribunal militar, aún amparado en la ley, asume el conocimiento y fallo de un asunto que de acuerdo a sus características debió ser materia de un tribunal ordinario, las garantías procesales que reconoce la Convención resultan seriamente violentadas¹⁰⁶. Es así como la Corte lo estima en el caso *Castillo Petruzzi*, en donde señala que: “El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”.

En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso¹⁰⁷, asimismo, en el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte IDH señaló: “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción 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. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹⁰⁸.

Respecto de las garantías de independencia e imparcialidad, la Corte igualmente se ha referido, pero cabe hacer la prevención que la Corte en general no distingue ambas garantías, por lo que en los casos que a continuación se presentan, este tribunal realiza un tratamiento conjunto de ambos¹⁰⁹.

¹⁰⁶ PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106).

¹⁰⁷ CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Cit., párr. 128.

¹⁰⁸ CORTE IDH. *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 142; *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 113 y *Caso Durand Ugarte*, cit., párr. 117. En igual sentido, *Caso 19 Comerciantes*, cit., párr. 165, *Caso Las Palmeras*, cit., párr. 51, *Caso Escué Zapata*, cit., párr. 105.

¹⁰⁹ Hago hincapié en que este es el único punto en que la Corte directamente hace alusión a la justicia militar. Por la misma razón, ésta se ha pronunciado respecto de esta garantía en similar sentido en las siguientes sentencias: caso *Loayza Tamayo*, cit., párr. 61; caso *Cantoral Benavides*, cit., párr. 112; caso *Las Palmeras*, cit., párr. 51; caso *Palamara*, cit., párrs. 133 y 134.

En general, y en lo que dice relación con la jurisdicción militar, la Corte ha hecho notar que ésta tiene deficiencias en ambos sentidos, por un lado, por el hecho de estar los tribunales militares conformados por miembros activos de las FF.AA., y por otro lado, por el hecho de encontrarse directamente involucradas en muchos de los casos que posteriormente debe juzgar. En ese sentido, la Corte en el caso Durand Ugarte¹¹⁰ señala: “los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos ‘constituyen un alto organismo de los Institutos Armados’ y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial”¹¹¹, y en el segundo de los supuestos, es decir, respecto de aquellos casos en que las FF.AA. han estado involucradas directamente en los casos que luego conocen los tribunales militares, la Corte se ha pronunciado en el caso Castillo Petrucci, en donde se pretende juzgar ante la jurisdicción militar delitos terroristas, siendo que una de las funciones de éstas es precisamente la lucha antiterrorista, lo mismo se puede apreciar que ocurre en el caso Palamara y en el caso Cesti Hurtado, en donde incluso la atribución de competencias por parte de los tribunales militares es mayor, porque además de juzgar la eventual comisión de un delito terrorista, lo hace, en ambos casos, respecto de civiles que en el pasado habían desarrollado actividades como miembros de las FF.AA., pero que a la hora de ser juzgados, tenían la condición de “militares en retiro”.

Luego, como conclusión de esta garantía, es necesario señalar que lo pretendido a través del reconocimiento del juez competente, independiente e imparcial como uno de los principios a considerar en una futura reforma al sector, no es abogar ni argumentar sobre una eliminación total de los tribunales militares, ni menos aún cuestionar su conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (de hecho, los pactos internacionales sobre Derechos Humanos no proscriben la justicia militar), el punto radica en otro asunto, que tal cual como lo señala PALOMO VÉLEZ, se refiere a que es necesario “delimitar su campo de actuación a los casos que realmente les corresponde operar, esto es, la mantención del orden y disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y de Seguridad”¹¹², esto se manifiesta en nuestra legislación con la dictación de la Ley nº 20.477, la que pretende lograr este cometido,

¹¹⁰ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y desaparición de Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera en el penal de El Frontón.

¹¹¹ En el mismo sentido, *Caso Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 145. En igual sentido, *Caso Las Palmeras*, cit., párr. 53, y *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 114.

¹¹² PALOMO VÉLEZ, Diego (Cit. 106).

esto es, limitar el conocimiento de los tribunales militares exclusivamente al conocimiento de delitos militares cometidos por militares en servicio activo.

Finalmente, como una forma de superar este inconveniente, es posible asegurar la independencia e imparcialidad de los tribunales militares a través de una “civilización” de éstos. Con esto se pretende que los tribunales estén conformados por civiles que cuenten con una especialización en materias propias del derecho militar, para así salvaguardar la constante crítica que niega el conocimiento de la jurisdicción militar por la jurisdicción ordinaria, por carecer esta de conocimiento respecto del “mundo militar” y de las especiales características que posee esta rama. De esa forma, serían civiles no sujetos a la cadena de mando, pero con un conocimiento acabado tanto del mundo civil como del militar quienes lleven a cabo la labor de juzgar.

h) Prohibición de persecución penal múltiple o *non bis in idem*

Esta garantía se encuentra regulada en el artículo 8.4 de la Convención Americana, el cual dispone que “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Protege por lo tanto del doble enjuiciamiento basado en unos mismos hechos, es decir, a lo que nos hemos referido como principio *non bis in idem*.

El *non bis in idem* encuentra su fundamento en la necesidad de contar con certeza y seguridad jurídica de que un hecho sólo puede generar una reacción penal, y encuentra su fundamento procesal y material en lo que se conoce como efecto de cosa juzgada de la sentencia, es decir, en la inmutabilidad e irrevocabilidad del mandato que nace de la sentencia¹¹³.

La doctrina procesal penal moderna reconoce en el *non bis in idem* dos perspectivas o “fórmulas” diferentes: una sustantiva (o material) y otra de índole procesal. En sentido material, el principio prohíbe la doble -o múltiple- imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción o delito. Mientras que, desde una perspectiva procesal, el principio impide reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento con base en los hechos respecto de los cuales ha recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre¹¹⁴, por ello, como señala MAIER, se extiende como garantía de seguridad para el imputado, al terreno del procedimiento penal; por esta razón, tiene también sentido procesal

¹¹³ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 122.

¹¹⁴ ACEVEDO, Domingo, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (non bis in idem) en el caso Loayza Tamayo* en Liber Amicorum Héctor FIX ZAMUDIO, Secretaría de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (San José, 1998), p. 287.

y cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite. La fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesal, declarando inadmisibles tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada, en el sentido del aforismo *res iudicata pro veritate habetur*, como la persecución penal simultánea ante distintas autoridades, y no tan solo por razones meramente formales relativas a cuestiones de competencia¹¹⁵.

De los diversos sentidos entre los cuales se puede entender esta garantía, en este caso seguiremos específicamente el que ha reconocido la CADH, por ser éste el instrumento sobre el cual basa sus criterios la Corte, el cual entiende esta garantía como la prohibición de un doble enjuiciamiento con base en unos mismos hechos. Y al respecto, para efectos de este trabajo, son tres los casos relacionados con la justicia militar en los cuales se ha pronunciado, reconociendo dicha garantía. A saber, el caso Loayza Tamayo, el caso La Cantuta¹¹⁶, y el caso Cantoral Benavides.

En el primero de los casos, la Corte IDH estimó que se vulneraba el artículo 8.4 al haberse absuelto en sede militar a la inculpada del delito de traición a la patria, para luego ser condenada posteriormente en sede civil por iguales hechos, pero en este caso bajo la acusación del delito de terrorismo¹¹⁷.

Luego, en el caso Cantoral Benavides, se presenta un caso similar, esto es, una persona que es absuelta por la justicia militar por el delito de traición a la patria, pero que luego, cuando los mismos hechos fueron conocidos por la jurisdicción civil ordinaria, la misma persona fue condenada a 20 años por los mismos hechos, pero bajo la calificación jurídica de delito de terrorismo.

Respecto de este segundo caso, es lamentable ver cómo la Corte desaprovecha la oportunidad para realizar un estudio ordenado y acabado de la vulneración a la garantía del *non bis in idem*, y al contrario, no aclara las dudas que se presentaron en el caso anterior, y sumado a ello, nuevamente, como ya hemos visto en varias sentencias relacionadas con la justicia militar, termina por limitarse solo a analizar la vulneración de la garantía del juez independiente e imparcial, es así como la Corte señala que: “En esta misma sentencia (*supra* párr. 114) se ha pronunciado la Corte en el sentido de que la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez

¹¹⁵ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos* (Buenos Aires, 1996), pp. 599-600.

¹¹⁶ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de diez personas por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

¹¹⁷ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo*, cit., párr. 66.

competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención Americana). Eso es suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no configuran el tipo de proceso que correspondería a los presupuestos del artículo 8.4 de la Convención”¹¹⁸. Luego, prosigue en el párrafo 140 de la misma sentencia expresando que: “Con base en lo anterior, la Corte considera que, en las circunstancias del presente caso, la presunta infracción del artículo 8.4 de la Convención resulta subsumida en la violación del artículo 8.1 de la misma. En consecuencia, el tribunal se remite a lo ya resuelto en relación con la violación, por parte del Estado, del artículo 8.1 de la Convención”. En consecuencia, nuevamente la Corte en vez de realizar un estudio respecto de la vulneración de la garantía, opta por entenderla como parte de la garantía del juez independiente e imparcial.

El razonamiento de la Corte en este caso, tal como señala TORO JUSTINIANO, resulta al menos sorprendente, ya que el Tribunal no sólo no examina cada violación por separado como lo exigiría el diseño normativo de la Convención Americana, sino que en este caso el razonamiento lógico deductivo es, además de improcedente, incorrecto. En definitiva, tal como lo señala el autor antes citado, si la Corte considera que dadas las exigencias de la Convención Americana el proceso ante el fuero militar no califica como proceso propiamente tal, entonces el proceso posterior en sede civil no vulneraría la garantía contra el doble enjuiciamiento¹¹⁹.

En el tercero de los casos que la Corte ha conocido en relación con la garantía de la prohibición del doble enjuiciamiento, ésta realizó la siguiente precisión: “el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’”¹²⁰. En definitiva, de este aporte de la Corte surge la problemática en orden a determinar cuándo se está frente a una cosa juzgada seria y válida, y cuándo frente a una cosa juzgada fraudulenta, cosa que la Corte IDH no desarrolla, de modo que no despeja las dudas que puedan surgir al respecto. De todos modos, se reconoce el aporte al resguardo a los Derechos Humanos

¹¹⁸ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides*, cit., párr. 138.

¹¹⁹ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 125.

¹²⁰ CORTE IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n° 162. Párr. 153.

a través de esta excepción de la aplicación del principio en cuestión, aunque nuevamente es posible considerar que el aporte es insuficiente y termina por confundir.

En conclusión, de lo anterior es posible advertir el contrasentido que deja en evidencia la Corte en estas sentencias porque, de aplicar el criterio establecido en el fallo del caso La Cantuta, sería perfectamente viable objetar las decisiones anteriores, como por ejemplo, la dictada con ocasión del caso Cantoral Benavides, por emanar las primeras resoluciones de procesos que no cumplieran con los mandatos del debido proceso. Bajo esta premisa entonces, dichos juicios no pudieron generar una verdadera cosa juzgada, y por lo tanto los procesos posteriores en sede civil nunca vulneraron la garantía del *non bis in idem*, por lo que dichas condenas deberían haber mantenido su vigor¹²¹.

En resumen, el *non bis in idem* es un principio que está presente en la jurisprudencia de la Corte, pero desafortunadamente no quedan claros ciertos aspectos del mismo que permitan entender a cabalidad el desarrollo que este Tribunal pretende darle a esta garantía.

CONCLUSIONES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta agosto de 2015 había conocido 21 casos sobre jurisdicción militar en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, lo cual representa poco más del 11% del total de casos en materia de justicia penal que ha conocido a la fecha este Tribunal Interamericano. El primer caso en el que la materia fue tratada por el Tribunal Interamericano fue Loaiza Tamayo vs. Perú en 1997, siendo la más reciente sentencia en la materia la del caso Chavín de Huantar vs. Perú en el año 2015. Por la aplicación de la jurisdicción militar en violación al Pacto de San José han sido condenados siete países: Perú (7), México (4), Colombia (3), Chile (2), Venezuela (2), Ecuador (1), Nicaragua (1) y República Dominicana (1)¹²². De la estadística anterior es posible concluir que la justicia militar verdaderamente ocupa un espacio importante en el quehacer diario de la Corte, y no es un área del derecho que sea próxima a desaparecer, como se suele leer en doctrina.

¹²¹ TORO JUSTINIANO, Constanza (Cit. 60), p. 126.

¹²² FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal* en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol.59 (Enero-Junio, 2014), p. 59. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>>. [última consulta: 19 octubre de 2016].

A través de las páginas que componen este trabajo ha sido posible observar cómo este Tribunal Interamericano ha ido conociendo casos relacionados con aspectos importantes para la justicia militar, de tal manera que le ha otorgado un reconocimiento que muchas veces le ha sido negado en el ámbito doctrinal. En este sentido, la Corte, aunque con vacilaciones, ha considerado que la justicia militar no es *per se* contraria al debido proceso, a contrario sensu, ha estimado que una justicia que se someta a los requerimientos de un Estado Moderno y respetuoso de las garantías de los individuos, puede perfectamente coexistir con la justicia civil ordinaria.

Lo anterior se ve reforzado por la tendencia en materia militar a “civilizar”¹²³ la justicia militar, esto es, dotarla de elementos pertenecientes a la justicia civil ordinaria que garanticen un trato justo, independiente e imparcial al militar que está siendo juzgado. En efecto, la existencia de un juez civil especializado en materia militar, garantizaría la independencia e imparcialidad tan cuestionada en estos tribunales, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Esta falta de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional es la gran deficiencia que presenta nuestro sistema cuando se lo analiza con un prisma constitucional. Desde el nombramiento del Juez Militar hasta la limitación en la interposición de ciertos recursos, pasando por toda una gama de garantías propias del procedimiento, la orgánica de la justicia castrense peca de, al menos teóricamente, parcialidad y dependencia, cuestión que en un órgano jurisdiccional son imperdonables, pues la imparcialidad e independencia del órgano jurisdiccional son de la esencia del debido proceso.

Por esta razón, la intención de este trabajo fue demostrar que existen iniciativas destinadas a regular los tribunales militares, para así adecuarlos a los criterios procesales imperantes en la doctrina contemporánea. En específico, la propuesta realizada por la Comisión de Estudios para la Reforma del Código de Justicia Militar, y el documento denominado “La administración de justicia por los tribunales militares” propuesto por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Ambos con el mismo objetivo: pensar en unos tribunales militares reformados, respetuosos de las normas del debido proceso.

En ese aspecto también colabora la Corte Interamericana, la que a través de sus sentencias y opiniones ha contribuido indirectamente en la creación de

¹²³ DAHL, Arne. “*International trends in military justice*”, presentación realizada en la Conferencia de Garmisch, Alemania (Enero, 2008), disponible en <http://www.ismllw.org/PDF/2008-01-International%20Trends%20in%20Military%20Justice-UK.pdf> . Traducción libre.

estos principios. Específicamente, es necesario en esta conclusión señalar que la Corte ha tenido aciertos y desaciertos a través de su historia, y tal como se vio en su momento, en ocasiones ha logrado dotar de contenido a las garantías contempladas en la CADH, logrando de esa forma dar un paso más en la protección de los derechos de las personas en el continente. Pero de la misma forma, es posible apreciar que en muchos casos de los que ha conocido, la Corte simplemente se limita, bajo premisas sumamente acotadas, a dar por vulnerada una garantía, sin entrar a analizar la garantía como tal, o lo que es peor, entendiendo a garantías como integrantes de otras garantías, logrando de una forma muy eficaz confundir el contenido propio de cada una de ellas.

De todos modos, independiente de las falencias destacadas en el párrafo anterior, el Tribunal Interamericano en el último tiempo ha advertido que los sistemas de administración de justicia militar presentan retos en la protección al derecho al debido proceso. Por esta razón ha desarrollado una serie de estándares que, aun cuando no se encuentren expresamente establecidos en la Convención Americana, reflejan una interpretación en favor de la persona de las garantías del debido proceso. Estos estándares establecen, en esencia, que el alcance de la jurisdicción militar, al tener un carácter especial o excepcional, tiene igualmente un alcance restrictivo, por lo que “debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹²⁴.

Por cierto, se extraña que la Corte realice un análisis más profundo. En específico, los autores que tratan el asunto concuerdan en que la justicia militar debe reducir su competencia en orden a excluir de su jurisdicción a los civiles, y junto con ello, destacan y hacen hincapié en cómo la justicia militar vulnera los principios de independencia e imparcialidad del proceso llevado ante un militar. Pero más allá de aquello, el análisis se detiene, y en ese mismo sentido, son variadas las sentencias de la Corte en donde ésta se limita a reconocer la falta de independencia e imparcialidad del tribunal militar, pero no ahonda en las vulneraciones al resto de las garantías que conforman el debido proceso y que en los diversos casos son alegadas. Es cierto, la independencia e imparcialidad son esenciales, y la vulneración a ellas convierte muchas veces en innecesario el análisis del resto de las garantías afectadas en cada caso en concreto, pero en definitiva, no por ello la Corte puede desaprovechar la oportunidad para establecer y desarrollar una doctrina clara y ordenada referente a la forma en cómo la jurisdicción militar debe operar en los Estados del continente.

¹²⁴ CORTE IDH. *Caso 19 Comerciantes*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, nº 109, parr. 165.

Muestra de ello es la propuesta de Emmanuel DECAUX, que va más allá de la independencia e imparcialidad de estos tribunales.

Los estándares internacionales y comparados de derechos humanos han irrumpido en los cuarteles y las barracas militares, especialmente en la esfera de la justicia penal castrense. El desarrollo jurisprudencial de los organismos internacionales de derechos humanos en la consolidación de sistemas judiciales independientes e imparciales ha conducido eficazmente, por un lado, a una reducción de la competencia de los tribunales militares y, por el otro, a la exigencia de garantías que favorezcan un debido proceso incluso para el personal militar que es sancionado por conductas militares en sentido estricto¹²⁵.

Lamentablemente el panorama en nuestro país es contraproducente, debido a que principalmente, por un lado, hay una voluntad académica clara en sostener una reforma integral al sistema, la que se ve apoyada por una sociedad civil que clama modificaciones sustanciales a la justicia militar como una forma de “extirpar y sanar heridas del pasado”. Pero, por otro lado, existe un escenario político que, desde el retorno a la democracia, y más aún en los últimos veinte años, ha venido anunciando una gran reforma integral al sistema, la que inexplicablemente no se ha realizado.

Es de esperar que las voluntades políticas asuman con seriedad el desafío, para que de esta forma se pueda llegar a tener unos tribunales militares renovados y acordes al siglo XXI. El panorama es más auspicioso que nunca, y el desafío es modificar las reglas del juego, para que así los militares que sean juzgados por la comisión de delitos estrictamente militares, en definitiva, no tengan que someterse a una “justicia de guerra” en un procedimiento militar ordinario en tiempo de paz.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, Domingo, *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (non bis in idem) en el caso Loayza Tamayo* en Liber Amicorum Héctor FIX ZAMUDIO (Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, 1998), pp. 279-300.
- ANDREU-GUZMÁN, Federico, “*Tribunales militares y graves violaciones a derechos humanos*” (Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2011).
- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Derecho Procesal Orgánico* (Editorial LexisNexis, Santiago, 2006).

¹²⁵ CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados* en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, n°2, (2011), p. 242.

- ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho Penal Militar* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974).
- BAZÁN CHACÓN, Iván, *El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una evaluación preliminar en Ars Boni et Aequi*, 7 (2011), 2, pp. 283-317.
- BERMEO LARA, Dolores *et al.*, *Radiografía del Sistema de Justicia Militar en América Latina*, en RIAL, Juan (Compilador), *La Justicia Militar: entre la reforma y la permanencia* (RESDAL, Buenos Aires, 2010).
- BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho Procesal* (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002).
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal en Nuevo proceso penal* (Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000).
- CEA CIENFUEGOS, SERGIO, *La Justicia Militar de Chile en Ars Boni et Aequi*, nº5, 2009, pp.251-252. Disponible en <www.ubo.cl/icsyc/...ars-boni-et-aequi/revista-ano-2009-numero-5/>, [última consulta: 24 de agosto de 2015].
- CEA CIENFUEGOS, Sergio; CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho Militar: parte general*^h (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2011).
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados en Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, nº2, 2011, pp. 191-248, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200006&script=sci_arttext>, [última consulta: 24 de agosto de 2015].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002, solicitada por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (28 de agosto, 2002).
- CRESPÓ, Ismael; FILGUEIRA, Fernando, *La intervención de las Fuerzas Armadas en la política latinoamericana en Revista de Estudios Políticos*, nº80, abril-junio 1993, pp. 297-310, disponible en <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27211.pdf>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- DAHL, Arne. “*International trends in military justice*”, presentación realizada en la Conferencia de Garmisch, Alemania (enero, 2008), disponible en <http://www.ismllw.org/PDF/2008-01-International%20Trends%20in%20Military%20Justice-UK.pdf> . Traducción libre.
- DECAUX, Emmanuel, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Derechos Civiles y Políticos, en Particular la Independencia del Poder Judicial, la Administración de Justicia y la Impunidad. La administración de justicia por los tribunales militares*, Informe presentado en Resolución E/CN.4/2006/58 (Nueva York, 62º período de sesiones, 13 de Enero de 2006).
- DOIG DÍAZ, Yolanda, *La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción en Anuario de Derecho Penal* (2001-2002), pp. 27-64. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2001_05.pdf>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás; LEIVA GARCÍA, Carla, *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: enero de 1984 - febrero de 2012* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2012).
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)* en *Estudios constitucionales*, año 11, nº2, 2013, pp. 641-694, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017&lng=es&nrm=iso>, [última consulta: 24 agosto de 2015].
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la*

- Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol.59 (enero-junio, 2014). Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>>. [última consulta: 19 octubre de 2016].
- FERRO TORRES, José. “Constitución y derecho penal militar” en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* vol. VIII, n° 16, julio-diciembre 2005, pp. 37-54, disponible en <<http://www.umng.edu.co/documents/63968/72402/ConstDerPenalM.pdf>>. [última consulta: 06 de agosto de 2015].
- GAMBOA SERAZZI, Fernando; FERNÁNDEZ UNDURRAGA, Macarena, *Tratado de derecho internacional público y migración* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2013)³.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en TAVOLARI RIVEROS, Raúl (Coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo I (Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2010).
- GOLDSCHMIDT, James; *Principios generales del proceso* (Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2001).
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Editor), *La incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Comisión Internacional de Juristas, Ciudad de México, 2014).
- HERENCIA CARRASCO, Salvador, *El Derecho de Defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en ELSNER, Gisela (Editora), *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional* (Editorial Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010). pp. 359-378.
- HORVITZ LENNON, María; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002).
- LÜBBERT ÁLVAREZ, Valeria, *El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia* en *Revista de Estudios de la Justicia*, n°15, 2011. pp. 87-107. Disponible en <<http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/LUBBERT.pdf>>, [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos* (Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2004).
- MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010).
- MERA FIGUEROA, Jorge. “La parte especial del Código Penal Militar Chileno. Bases programáticas para su reforma integral” en *Cuadernos de Análisis jurídicos n°13* (Universidad Diego Portales, Santiago, 2002).
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. *Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar* (Santiago, 2008).
- MORALES GONZÁLEZ, Pedro, *La reforma integral a la justicia militar Chile, un desafío pendiente*, Tesis de Grado (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2010).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia* en *Ius et Praxis* vol.11, n°1, 2005, pp. 221-241. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008>. [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- NOZIGLIA REYES, Pablo; SILVA MATUS, Sergio, *Análisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora* (Tesis de grado, Santiago, 2008).
- NÚÑEZ PALACIOS, Susana, *Interpretación y aplicación del derecho humanitario en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* en *Revista Alegatos*, n° 77, 2011, pp. 15-32, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26785.pdf>>. [última consulta: 06 de agosto de 2015].

- PALOMO VÉLEZ, Diego, *Aportación de la convención americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela Judicial. Un apoyo en dos fallos: casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi* en *Iu et Praxis*, vol.8, nº2, 2002, pp. 261-298, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200009>. [última consulta: 25 de agosto de 2015].
- STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 2014).
- TIRADO LETELIER, Ana, *Introducción al estudio del derecho penal militar*, Tesis de Grado (Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1972).
- TORO JUSTINIANO, Constanza, *El debido proceso penal: un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009).
- UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL, *Justicia Militar y Adolescentes. Un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley N° 20.084* (Defensoría Penal Pública, Santiago, 2007).
- VAN DE WYNGARD, Jorge, *La jurisdicción militar y el derecho constitucional a un debido proceso* (Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, 2008).
- ZALAQUETT, José, *Equilibrar Imperativos Éticos y Restricciones Políticas. El dilema de las democracias nuevas que encaran violaciones de los derechos humanos ocurridas en el pasado*, dictada en Conferencia Mathew O. Tobriner, publicada en *Hastings Law Journal* (University of California/Hastings College of the Law, California, agosto 1992), Vol. 43, Nº6, pp. 1425-1438.