

LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA MILITAR A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Hi-leng Ng Magaña¹

hileng.ngmagana@gmail.com

Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Francisco Ignacio Henríquez Mella²

francisco.henriquez.m@ug.uchile.cl

Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública en Chile se encuentran reguladas en el Código de Justicia Militar, el cual desde su origen en 1925 no ha sufrido grandes modificaciones, encontrándose aún ligado a los principios y normas del antiguo proceso penal. Lo anterior se refleja en la regulación de la víctima en sede militar que se diferencia de lo que ocurre en el caso de la víctima civil, por lo que es importante preguntarse si dicho trato diferenciado se encuentra justificado. Al analizar esto a través del principio de igualdad constitucional, queda de manifiesto que existe una discriminación arbitraria entre ambas víctimas, al no respetarse el debido proceso en la justicia militar.

Palabras claves: *Justicia militar, debido proceso, principio de igualdad, víctima.*

THE VICTIM IN MILITARY JUSTICE UNDER CONSTITUTIONAL EQUALITY

The Armed Forces and the Police in Chile are regulated in the Military Justice Code, which since its origins in 1925 has not undergone major modifications, being attached to norms and principles of the previous penal process. This regulation is reflected in the military jurisdiction victim, which differs from the civil victim case. It is important to ask whether such differentiated treatment is legally justified. Analyzing this through the constitutional equality principle, it is shown that an arbitrary discrimination exists between the victims, not respecting the due process of military justice.

Keywords: *Military justice, the due process, equality principle, victim.*

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Egresada de Derecho, Universidad de Chile.

² Egresado de Derecho, Universidad de Chile.

Introducción

En Chile el Código de Justicia Militar que data de la primera mitad del siglo XX regula, entre otras cosas, la justicia penal militar. La justificación de la existencia de una jurisdicción penal especial en tiempos de guerra no genera mayor discusión. Sin embargo, el cuestionamiento de su existencia en tiempos de paz es un tema que sigue vigente.

Pese a las modificaciones y reformas legislativas realizadas a este código, en la actualidad es posible identificar ciertas diferencias en relación a las garantías y derechos de la víctima en el procedimiento penal militar en tiempos de paz en comparación con los derechos y garantías que tiene la víctima en el derecho penal civil. Cabe preguntarse si dicha diferencia de trato se puede justificar actualmente respetando con ello el principio de igualdad constitucional y el debido proceso.

Para responder a esta pregunta, en la presente investigación primero se examina qué es la jurisdicción militar y la Justicia Militar, a fin de entender cómo se justifica la existencia de esta justicia especial.

En segundo lugar, se estudia la jurisdicción penal militar en el Código de Justicia Militar, el delito militar y los bienes jurídicos protegidos, lo que permite conocer cómo es la justicia penal militar en tiempos de paz.

Por último, con la finalidad de realizar el análisis de los derechos y garantías de la víctima militar a luz del principio de igualdad y el debido proceso, se describen los derechos y garantías de la víctima en el procedimiento penal civil, y se define el concepto de principio de igualdad constitucional, y para así determinar bajo qué parámetros se realizará la comparación entre ambas víctimas lo que permitirá concluir si existe o no una infracción al principio de igualdad constitucional al tratarlas diferenciadamente.

1. Jurisdicción militar y Justicia Militar

1.1. Jurisdicción militar

Para poder definir lo que significa jurisdicción militar es necesario primero comprender qué se entiende por jurisdicción en términos generales. El término jurisdicción viene del latín *iurisdictio*, que significa declarar el derecho, sin embargo, ese concepto no es suficiente, ya que la jurisdicción está relacionada con una función pública, es decir, la potestad que tiene un órgano determinado para declarar el derecho.

Desde una perspectiva constitucional, el concepto de jurisdicción se desprende del artículo 76 de la Constitución que señala que: “La facultad de conocer de las

causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

Lo que ha sido entendido doctrinariamente como:

“El poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir” (Colombo, 2004: 45).

La jurisdicción militar, por lo tanto, puede entenderse como la potestad que tienen los tribunales militares para conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica militar. Esta competencia es entregada a dichos tribunales por la Constitución Política de la República a través del artículo 83 inciso cuarto.

1.2. Justicia Militar

Es posible entender el concepto de justicia militar como el orden jurídico que regula a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública³, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además, de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar:

“Suele hablarse de orden jurídico militar cuando las norma dictadas por el Estado tienen por finalidad la tutela de la especial sociedad militar que en él está constituida; esto es, a asegurar los especiales fines para los cuales han sido creadas las instituciones armadas” (Núñez, 1971: 714).

Para consecución de estos fines, “el orden jurídico militar contiene límites, condiciones o restricciones determinadas en sus diversas y específicas normas” (Cea y Coronado, 2011: 7).

El orden jurídico militar contiene normas jurisdiccionales las cuales se pueden dividir en dos, el derecho disciplinario militar y el derecho penal militar. En esta investigación uno de los objetos de estudio será este último, entendiéndolo como el orden jurídico militar constituido por:

“Aquellos preceptos que, provistos de las correspondientes sanciones penales, prohíban determinadas conductas atentatorias a los intereses militares tutelados por los primeros.

³ Las siglas FAS serán utilizadas para referirse a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública indistintamente.

“A la vista de nuestro derecho positivo podríamos afirmar que el derecho penal militar sustantivo será el constituido por aquellas normas que establecen los delitos y faltas militares, determinando sus penas y demás consecuencias jurídicas” (Núñez, 1971: 714).

El derecho penal militar no es un derecho autónomo al ordenamiento jurídico, al contrario:

“Se vincula al derecho penal, sus normas las aplican los tribunales castrenses y tiene por objeto preservar los bienes jurídicos necesarios para el logro de la misión constitucional de las FAS, consistente en la seguridad interior y exterior del país y su soberanía nacional [sic]” (Sodi Cuéllar, 2011: 199).

Dadas las definiciones anteriores es posible arribar al siguiente concepto de derecho penal militar: corresponde al orden jurídico compuesto por las normas que sancionan los delitos militares que configuran una infracción a los bienes jurídicos protegidos por éste, y los fines propios de la institución regulados constitucionalmente, que se encuentra en estricta relación con el derecho penal ordinario. Para que sea efectivo este derecho penal, requiere del funcionamiento administrativo de la justicia, es decir, de órganos jurisdiccionales encargados de esta tarea.

1.3. Justificación de la Justicia Militar

En Chile, según el ministerio de Defensa, la Justicia Militar es una justicia especial⁴ en relación con la justicia ordinaria. Una de las razones dadas para justificar lo anterior es:

“Debido a la misión particular que la Constitución les atribuye, consistente en la seguridad interior y exterior, así como la defensa nacional. También es una institución de última instancia en la defensa de la existencia misma del Estado, por lo que su actuar debe ser oportuno, eficiente, efectivo y suficiente. Para el logro de este fin, el derecho castrense debe tutelar diversos bienes jurídicos tales como la disciplina, la obediencia jerárquica, el servicio militar, el respeto a los derechos humanos de la población civil, la eficacia y eficiencia en su actuar, la preservación de los recursos que se le confían para su misión, entre otros” (Sodi Cuéllar, 2011: 196).

⁴ En el sitio web del Ministerio de Defensa, se señala que “la Justicia Militar se puede distinguir de la justicia ordinaria por tres grandes ejes: la orgánica, el procedimiento, y los delitos. A su vez, se debe distinguir si los delitos fueron cometidos en tiempos de paz o en tiempos de guerra, ya que su tratamiento es diferente en cada uno de sus ejes en atención a esas circunstancias”. www.defensa.cl

Entonces, que la Justicia Militar sea considerada especial, se debería en primera instancia, a los fines que le atribuye la carta magna a las FAS. Los que, para ser satisfechos, requieren de un orden jurídico especial que regule las conductas de los militares, su organización, fines y facultades, lo que no podría ser alcanzado por las ramas ordinarias del derecho público (Cea y Coronado, 2011: 5):

“El establecimiento de una jurisdicción militar distinta del sistema civil tiene su razón sustancial en permitir a las Fuerzas Armadas robustecer directamente valores de trascendencia jurídica en el desempeño de sus funciones. Ellos son la disciplina, la seguridad militar y la eficiencia operacional” (Cea, 2017: 251–252).

Sin embargo, esas no son las únicas razones por las que la Justicia Militar se considera especial. En primer lugar, es un orden especial, ya que apunta a una categoría de personas especial (Núñez, 1971: 718) –los militares–; una manifestación de esto de la legislación actual es el artículo 6 del Código de Justicia Militar, que establece quienes revisten la calidad de “militar” para los efectos de la competencia de los tribunales castrenses y, además, expresa en su inciso final, la importancia de que al momento de cometer el delito el acusado sea militar.

La segunda razón es que busca proteger bienes jurídicos diferentes a los protegidos por los cuerpos normativos tradicionales (Núñez, 1971: 718) como, por ejemplo, el Título VI del Código de Justicia Militar, donde se tratan los delitos contra los deberes y el honor militar.

2. La jurisdicción penal militar en tiempos de paz

2.1. La jurisdicción penal militar en el Código de Justicia Militar

El Código de Justicia Militar chileno fue aprobado en el año 1925 y ha tenido diversas modificaciones hasta la fecha que, sin embargo, no han significado cambios sustanciales al mismo. Este código rige a las FFAA. desde que entró en vigencia el primero de marzo de 1926 y a Carabineros de Chile como policía militarizada desde 1933.

Desde su origen ha mantenido su identidad y no ha sufrido cambios sustanciales en la parte orgánica ni en el procedimiento, que aún se encuentra bajo normas y principios ligados al antiguo procedimiento penal. Como consecuencia, ha sido objeto de críticas y de observaciones de órganos internacionales respecto de la amplia competencia y la inobservancia a los principios del debido proceso⁵, que el legislador

⁵ Las críticas consisten en que antes de sus últimas modificaciones (Ley 20.477 y Ley 20.968) la competencia de la justicia militar alcanzaba a los civiles. Además de criticar su inobservancia a los principios del debido proceso como lo son la falta de un juez natural, lo que se manifiesta en el

chileno ha intentado responder en los últimos años mediante la ley 20.477 del año 2010 y la ley 20.968 del año 2016.

Con estas reformas la competencia de esta Justicia quedó establecida en el Código de Justicia Militar en su artículo 5, el cual dice que los tribunales castrenses tienen competencia sobre: los delitos militares; los casos de delitos ocurridos fuera del territorio nacional (extraterritorialidad de la jurisdicción) detallados en este cuerpo normativo⁶; los delitos comunes cometidos por militares pero ocurridos en situación de guerra, en actos de servicio militar o con ocasión de él, ocurridos en establecimientos de las instituciones armadas; y por último, las acciones civiles derivadas de los delitos anteriormente nombrados.

Según Jorge Mera las circunstancias en que la ley determina el fuero militar en el artículo 5 resultan inaceptables en un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los derechos humanos. El autor determina dos factores que establecen el fuero militar, los que son el *ratione materiae* y el *ratione personae*. El primero lo conforman aquellos delitos militares o considerados como tales. El segundo factor corresponde a aquellos delitos comunes cometidos por militares, en algunas de las tres circunstancias que señala la ley: *ratione temporis* (en estado de guerra o estando en campaña), *ratione legis* (cometer el delito en acto de servicio militar o con ocasión de él), y *ratione loci* (cometer el delito en un recinto castrense o policial) (Mera, 1998: 65).

Además del artículo 5, el Código de Justicia Militar establece la jurisdicción de los tribunales militares en su artículo 11, señalando que: los tribunales militares también tendrán competencia para juzgar a los encubridores y cómplices –que revistan la calidad de militares– involucrados en el delito en cuestión, además, de juzgar los delitos que sean conexos, es decir, un delito que es medio para perpetrar otro, para facilitar su ejecución o para procurar su impunidad, y delitos cometidos simultáneamente por dos o más militares reunidos, o por dos o más militares en diferentes lugares y tiempo, si hubiere precedido concierto entre ellos (Mera, 1998: 76-77).

Del análisis de los artículos anteriores se puede desprender que la competencia de los tribunales militares se define de manera formal a través de un concepto de delito militar que no deriva de la naturaleza castrense de los delitos, en donde tampoco

caso Palamara Iribarne vs Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para mayor información sobre el caso anterior revisar Díaz Tolosa (2007).

⁶ En el artículo 3 del Código de Justicia Militar se detallan los casos de extraterritorialidad que son los siguientes: “1° Cuando acontezcan dentro de un territorio ocupado militarmente por las armas chilenas; 2° Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio; 3° Cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código. 4° Cuando se trate de los mismos delitos previstos en el número anterior, contemplados en otros Códigos y leyes especiales, cometidos exclusivamente por militares, o bien por civiles y militares conjuntamente”.

se establece el bien jurídico protegido ni sus requisitos o elementos, por lo que el Código de Justicia Militar cae en una evidente ficción jurídica que se refleja en su artículo 215 al señalar que: “Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares, según la naturaleza del delito”, lo que provoca que existan delitos comunes tratados como delitos militares que serán conocidos por la jurisdicción militar por el sólo hecho de estar tipificados en el código como tales (Noziglia y Silva, 2008: 80).

La ausencia de una definición de delito militar en el código ha provocado que la competencia de los tribunales castrenses no se encuentre justificada de forma suficiente, por lo que como consecuencia existen casos que por su naturaleza deberían ser resueltos por la justicia ordinaria, en donde las garantías y derechos de las partes involucradas en el proceso son diferentes a las de la justicia castrense.

2.2. El delito militar y los bienes jurídicos protegidos

Si bien como se mencionó antes no existe una definición de lo que significa delito militar en el Código de Justicia Militar, es posible llegar a una definición doctrinal de lo que se entiende por delito militar dentro y fuera del código.

Dentro del código se adopta expresamente la doctrina de los delitos ficticiamente militares, impropios o militarizados, es decir, la ley entrega los factores que determinan el fuero militar que consisten en circunstancias⁷ que pueden ser independientes de la naturaleza de los delitos (Mera, 1998: 65). Esta falta de correspondencia con la naturaleza del delito, dada por su definición formal, podría deberse a razones políticas-criminales del Estado para establecer que ciertos hechos es más conveniente que sean juzgados por la Justicia Militar, bajo el supuesto que entregaría una respuesta más eficaz y expedita (Mera, 1998: 68). Sin embargo, esta justificación no tiene suficiencia jurídica por lo que resulta apropiado revisar lo que se ha entendido por delito militar fuera del código, donde la respuesta aparece ligada a los bienes jurídicos que protege.

Una definición de delito militar relacionada con la naturaleza castrense, fuera de lo meramente formal, es la que relaciona al delito militar con el bien jurídico al que debe proteger y la correspondiente pena. El derecho penal militar existe para proteger los bienes jurídicos militares que surgen a partir de los fines que orientan a las FAS.

Parte mayoritaria de la doctrina señala que el delito militar es un delito especial conformado por dos requisitos copulativos: el sujeto activo que tenga la calidad de

⁷ Dentro de las circunstancias que se encuentran contenidas en el artículo 5 del Código de Justicia Militar se puede mencionar: que el código o alguna ley especial sometan el conocimiento de sus infracciones a los tribunales militares; y que los delitos comunes se cometan por militares en acto de servicio militar, con ocasión de éste o en recintos castrenses.

militar y el bien jurídico protegido. El primer requisito es fundamental para darle el carácter militar al delito. La razón de esto es que sólo los militares (entendiendo por militares a todos los integrantes de las FFAA. y de Orden y Seguridad Pública) son los únicos que se encuentran obligados a cumplir con los deberes militares, los cuales a su vez están ligados a los fines de dichas instituciones. Mientras que, el segundo requisito es esencial ya que el delito militar busca proteger a los bienes jurídicos de carácter militar que existen en función a los fines y deberes militares, lo que manifiesta que ambos requisitos unidos son necesarios para la configuración de un delito militar (Noziglia y Silva, 2008: 81).

Con lo anterior queda de manifiesto que la necesidad de la existencia de delitos militares y su tipificación emana de los bienes jurídicos de carácter militar de relevancia para la sociedad que requieren protección penal, siendo insuficientes las sanciones disciplinarias y administrativas:

“Los más graves atentados en contra de la eficacia de los institutos armados, como órganos técnicos de combate especializados en la protección de la seguridad exterior del Estado, cometidos por militares, tienen la suficiente relevancia para merecer sanción penal, siendo lógico que integren un catálogo especial de delitos, a saber: los delitos militares. Por otra parte, la especialidad de estas infracciones –derivada tanto de la naturaleza militar del bien jurídico protegido como de la calidad de los infractores, esto es, uniformados que infringen sus deberes militares– justifica su tipificación separada” (Centro de Derechos Humanos UDP, 2008: 420-421).

Entonces los delitos militares son aquellos que, según el principio de lesividad del derecho penal, lesionan o ponen en peligro un auténtico bien jurídico (Mera, 1998: 52). Sin embargo, éste no es el único contenido del delito militar como injusto, ya que se integra por dos elementos que encuentran en una relación de medio a fin.

El primero de estos elementos es la infracción de un deber militar que es aquel que emana del servicio militar, siendo principalmente los de la disciplina y la obediencia, de modo tal que la tipificación de los delitos militares se estructure en función de la naturaleza del deber infringido.⁸ Y el segundo, consiste en la afectación significativa de las funciones de las FFAA. que consiste esencialmente en la protección de la seguridad exterior del Estado (Mera, 1998: 54). Por lo tanto:

“Lo que caracteriza al delito militar es el hecho de que a través de la infracción del deber militar se compromete la función esencial de las instituciones armadas, porque se afecta su eficacia como órgano

⁸ Son diferentes los deberes militares que existen dependiendo de la jerarquía del militar y de las funciones que deben cumplir según lo establecido en la ley. Pero principalmente están relacionados con la obediencia y la disciplina.

encargado y especializado en la defensa nacional mediante el empleo de las armas” (Mera, 1998: 68).

El bien jurídico protegido por el delito militar, a través de la jurisdicción penal militar, es el interés general que consiste en la protección de la seguridad exterior del Estado, que es la función esencial de las FF.AA. y de Orden y Seguridad Pública (Mera, 1998: 68).

Por ende, se puede señalar que el delito militar consiste en la lesión del bien jurídico militar protegido (generalmente la seguridad exterior) a través de la infracción de los deberes militares, todo esto realizado por un sujeto activo que revista la calidad de militar. Siendo, en definitiva, la lesión de este bien jurídico el que justifica la existencia de un delito penal militar y, la especial naturaleza de la infracción, la que lo convierte en un delito especial que pertenece a la jurisdicción militar.

3. Derechos y garantías de las víctimas a la luz del principio de igualdad constitucional

3.1. Derechos y garantías de las víctimas en el procedimiento penal

3.1.1. La víctima

El Código Procesal Penal define a la víctima en el artículo 108 como “el ofendido por el delito” y establece que se considerará como víctima, en orden de prelación: al cónyuge y a los hijos, a los ascendientes, al conviviente, a los hermanos y al adoptado o adoptante, para los casos en que el ofendido haya muerto –como consecuencia del delito– o que se encuentre impedido de ejercer los derechos que la ley le otorga. Por su parte, el artículo 12 considera que ésta es un interviniente del proceso “desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”.

Por otra parte, la ONU entrega un concepto de víctima en la Resolución 40/34 del año 1985, que consiste en que:

“Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

Asimismo, han sido desarrollados otros conceptos amplios de víctimas, considerándose:

“A toda persona o conjunto de personas a las que el delito cause un daño o perjuicio, y cuyos intereses pueden perfectamente ser representados por el Estado sin que sea necesario considerar a este último como una víctima de delito” (Hernández de Lamotte, 2009: 17).

A partir de las definiciones señaladas es posible determinar, para el objeto de esta investigación, que víctima es aquel sujeto procesal que se ve perjudicado o menoscabado de diferentes maneras (psicológica, física, patrimonial, emocionalmente, etc.) producto de un delito.

3.1.2. Derechos y garantías

La víctima al ser considerada como el ofendido por el delito requiere tener una serie de derechos y garantías que aseguren que tendrá la protección necesaria durante el proceso correspondiente, cuestión que buscó resolver la reforma procesal penal, donde se modificó la situación de las víctimas respecto a los derechos y garantías que el Código Procesal Penal les otorga. Lo anterior se confirma en el mensaje del Ejecutivo del proyecto de ley de la reforma, que expresa que el objetivo global de la modernización de la justicia está “definido por el Gobierno como la maximización de las garantías” (Frei Ruiz-Tagle, 1995), tanto del imputado como de la víctima y, más adelante continúa el mensaje señalando que:

“Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación” (Frei Ruiz-Tagle, 1995).

Los derechos y garantías de la víctima se encuentran consagrados en diferentes preceptos legales y cuerpos normativos. Aquellos regulan a la víctima en su calidad de tal y en cuanto interviniente, y encuentran su base en el principio del debido proceso (Castro Jofré, 2004: 130), establecido en el artículo 19 n°3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha definido debido proceso como:

“Aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento” (STC 619/2007).

El debido proceso no es mencionado de forma expresa en la Constitución, pero se entiende la exigencia de éste al momento de mencionar que el procedimiento y la investigación deben ser racionales y justas. Así lo confirma el Tribunal Constitucional al señalar que la Constitución contiene dos elementos configurativos del debido proceso: “en primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo” (STC 821-07INA/2008). En consecuencia, aunque la carta fundamental no define el concepto de debido proceso de manera explícita, sí está presente su contenido y la correspondiente exigencia de éste.

Esta garantía constitucional tiene dos vertientes: una formal, que se relaciona con el proceso por el cual se toma la decisión, de modo tal que la decisión del órgano jurisdiccional sea “el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal” (STC 2137/2013); y otra sustantiva, relacionada con la decisión jurisdiccional, es decir, que ésta sea “racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, que no en criterios arbitrarios” [sic] (STC 2137/2013):

“La importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetere no quede en un estado objetivo de indefensión” (STC 2371/2014).

Entonces, para cumplir dicho objetivo y que la víctima como interviniente dentro del proceso no sea impedido de ejercer los derechos que la ley le otorga, en función del cumplimiento del debido proceso, es necesario que dentro del procedimiento sean efectivas las siguientes garantías:

“La publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores” (STC 478/2006).

Además de la garantía del debido proceso, existen otras garantías constitucionales que se le reconocen a la víctima en su calidad de interviniente del proceso penal como son: el derecho a la igualdad ante la ley; el derecho a un tribunal imparcial; el derecho a un juicio sin retrasos indebidos y el derecho a la defensa (Hernández de Lamotte, 2009: 74-84).

Por otra parte, el Código Procesal Penal establece los derechos y garantías que tiene en particular la víctima, todo esto conforme al principio del debido proceso consagrado en la Constitución, los que están presentes principalmente en su artículo 109, entre los que se encuentran el derecho a solicitar medidas de protección y el de querrellarse.

Sin embargo, la doctrina nacional también ha tratado este tema, estableciendo que el debido proceso es la base para la existencia del resto de los derechos que son los siguientes:⁹

- a. Derecho de protección: El Ministerio Público, la policía y los tribunales son los encargados de proteger, auxiliar y decretar las medidas necesarias, respectivamente, para cuando la víctima vuelva a estar en situación de riesgo o de convertirse en objeto de atentado, ya sea contra su vida, integridad física y/o psíquica, honor o intimidad. El artículo 83 inciso primero de la Constitución y el artículo 6 del Código Procesal Penal establecen la obligación para el Ministerio Público de velar por la protección de la víctima. El artículo 109 letra a, establece el derecho de las víctimas para solicitar medidas de protección. Mientras que el artículo 78 letra b, prescribe que es deber de los fiscales “ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados”.
- b. Derecho al trato digno: el actual sistema procesal penal que considera a las víctimas como personas (sujetos de derechos), tiene como finalidad evitar que exista un nuevo perjuicio patrimonial, físico, psicológico o moral en contra de éstas producto de su intervención en el procedimiento (victimización secundaria). Lo que se manifiesta, por ejemplo, en el deber de los fiscales de “evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir” del artículo 78 del Código Procesal Penal, y del deber de la policía y los demás organismos

⁹ La clasificación desarrollada en este trabajo es la realizada por Javier Castro Jofré (2004: 130-137).

auxiliares de otorgarle un trato a la víctima según su condición, procurando facilitar al máximo su participación en el proceso (artículo 6, inciso final del Código Procesal Penal).

- c. Derecho a la información: este derecho es esencial para que la víctima pueda ejercer eficientemente sus derechos en el proceso. Consiste en la entrega de información acerca del curso y resultado de procedimientos, de sus derechos, y de las actividades que debe realizar para ejercerlos, según lo establecido en el artículo 78 del Código Procesal Penal respecto al deber de los fiscales y, del artículo 25 número 2 del Código Orgánico de Tribunales que le atribuye a los juzgados de garantía y a los tribunales de juicio oral en lo penal el deber de “otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima”.
- d. Derecho a la acción: es un derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 83, inciso 2do, que establece que “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”. Las acciones penales están reguladas en los artículos 53 y siguientes del Código Procesal Penal, siendo facultad exclusiva de la víctima la acción penal privada (artículo 55) y la acción penal pública previa instancia particular (artículo 54). Cabe destacar que frente a esta última la facultad que tiene la víctima no es la de la acción penal misma, sino que la de denunciar, lo que es una instancia previa a aquella.

Además, dentro de este derecho a la acción, se encuentra la querrela¹⁰, que según el Tribunal Constitucional ésta “...y el ejercicio de la acción por parte de la víctima han de ser entendida como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho¹¹ al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado por el aparato estatal” (STC 815/2008). La querrela está contemplada en el artículo 109 b el Código Procesal Penal, y se regula en los artículos 111 a 121 del mismo código.

Constituye una manifestación escrita y solemne de la voluntad de la víctima del delito, su representante legal o su heredero testamentario, o cualquiera capaz de parecer en juicio, en casos especiales, destinada a promover la acción penal, poniendo en conocimiento del juez de garantía el delito de que se trata, asumiendo la cualidad de parte acusadora en el proceso criminal (Núñez Vásquez, 2003: 73).

¹⁰ La adición de la querrela a este derecho no corresponde a la clasificación original de Castro Jofré (2004), sin embargo, según el Tribunal Constitucional y en consonancia con esta investigación es pertinente agregarla.

¹¹ A “dicho derecho” se refiere con el derecho a la acción o también denominado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual según el Tribunal Constitucional también emana del derecho al debido proceso.

- e. Derecho de participación y control:¹² éste consiste en las diversas facultades de actuación, que le otorgan mayor participación a la víctima en el procedimiento penal y que también le permiten ejercer un cierto control sobre el Ministerio Público y los tribunales. Respecto al control se puede decir que, a través de las actuaciones que tenga la víctima durante el proceso, éstas pueden funcionar como contrapeso y control a las diligencias que desarrolla el Ministerio Público. El artículo 167 del Código Procesal Penal señala que “la víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación” y a su vez el artículo 78 letra d del mismo Código, expresa que el Ministerio Público está obligado a “escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación”. Acerca del control que puede ejercer sobre los tribunales se refiere el artículo 109 letra f, indicando que la víctima podrá “impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento”.
- f. Derecho a la reparación del daño causado por el delito: éste se encuentra regulado en el artículo 6, inciso segundo del Código Procesal Penal en donde se establece que “el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima”. Según prescribe el artículo 59, inciso segundo del mismo código “asimismo durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible”. Finalmente, a este derecho se refiere el artículo 78 letra c, señalando que los fiscales estarán obligados a “informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles”.¹³

Del análisis de este apartado se puede observar que el ordenamiento jurídico chileno le entrega a la víctima –siendo parte o no del proceso– una serie de derechos y garantías, que encuentran su base en la Constitución y su consagración en el Código Procesal Penal, esto para llevar a cabo un proceso que respete el debido proceso.

Sin embargo, en el caso de la víctima en Justicia Penal Militar en tiempos de paz, sus derechos y garantías se encuentran regulados en el Código de Justicia Militar, específicamente en el artículo 133 A, cuerpo legal que como se mencionó antes

¹² En la clasificación original del autor, el “derecho a participación” y “derecho a participación y control” se tratan separadamente.

¹³ El artículo 78 letra c del Código Procesal Penal también está relacionado con el derecho a información de la víctima.

sigue los principios del procedimiento penal antiguo, lo que se refleja en su procedimiento, el cual consta de dos etapas –el sumario y el plenario–.

3.2. El principio de igualdad constitucional

La Constitución no entrega una definición determinada en su contenido de qué es la igualdad como valor o principio. Esta indeterminación permite que se configure como un concepto abierto, lo que favorece al debate respecto a cómo debe ser entendida, sus criterios y límites (Gómez, 2001: 166):

“Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado” (Carbonell, 2011: 58).

“La igualdad es un concepto que puede ser abordado desde distintas perspectivas, ya sea como una noción descriptiva de la realidad, o como una idea prescriptiva acerca de lo que la realidad debiera ser; como un principio/valor o como un derecho; en términos absolutos o relativos; con un contenido formal o material, etc. Sin embargo, existen ciertos elementos comunes a las distintas formas de entender la igualdad” (Díaz de Valdés, 2015: 154).

Los elementos comunes que se encuentran al momento de estudiar este concepto son que la igualdad es relacional y normativa. El primer elemento “quiere decir que la igualdad es siempre un juicio de valor que recae sobre al menos dos objetos, personas o situaciones” (Gómez, 2001: 166), lo que jurídicamente significa que “la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí” (Díaz García, 2012: 38). En definitiva, si no existe comparación la igualdad no se ve involucrada, y para efectuar ésta, se requiere de un *tertium comparationis*, es decir, una determinada perspectiva que sirva de base para percibir si algo es igual o desigual (Gómez, 2001: 167).

El segundo elemento caracteriza a la igualdad como un concepto que “no describe un estado de cosas, no alude a la realidad, a cómo se presentan los hechos en el mundo. Lejos de ello, se trata de una exigencia, de una prescripción, una afirmación que se mueve en el plano del deber ser” (Díaz García, 2012: 38), es decir, “el principio de igualdad será sostenido siempre desde un cierto modelo y a partir de unas categorías que se estiman correctas o justas” (Gómez, 2001: 167). Se puede señalar entonces que lo normativo apunta a crear un escenario de igualdad, o sea, pretende establecer un orden deseable, justo o bueno más allá de la realidad.

En síntesis, la igualdad consiste en la comparación de dos o más elementos a partir de un *tertium comparationis*, para establecer si éstos debieran ser tratados como iguales o no. Sin embargo, se debe entender qué significa el concepto igual, para saber cuándo dos personas, objetos o situaciones pueden ser tratadas bajo el principio de igualdad:

“Lo igual se refiere a elementos en comparación que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes y que lo desigual alude a elementos en comparación que divergen en al menos una de sus propiedades relevantes. En el primer caso se dice que son iguales y en el segundo caso se dice que son desiguales” (Díaz García, 2012: 44).

Dentro de la Constitución chilena el principio de igualdad ha sido consagrado como derecho subjetivo constitucional en el artículo 19 en varios de sus numerales (Gómez, 2001: 177), siendo atingente a este trabajo, el correspondiente al numeral 2 que señala lo siguiente:

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

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

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Este artículo consagra el principio de igualdad ante la ley que consiste en que:

“Las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad” (STC 784/2007).

Además, éste cubre tres dimensiones o esferas del principio de igualdad:

“En primer lugar, abarca la idea clásica de igualdad, según la cual, la ley debe ser general para todos y no debe establecer privilegios en función de la raza, posición económica u otros criterios semejantes (...).

En segundo lugar, en este artículo 19, número 2, además se protege la aplicación uniforme de la ley por parte de los órganos públicos a las distintas situaciones y personas. Tal exigencia, en particular afecta a los órganos subordinados al principio de legalidad. Se trata esta dimensión

de la igualdad, de una derivación de la exigencia de trato igualitario y justo que la subordinación de estos órganos a la ley exige en un estado de derecho (...).

Por último, en la esfera del derecho de igualdad se garantiza, también, la protección constitucional de la igualdad en la ley, prohibiendo que el legislador, en uso de su poder normativo, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que resulten arbitrarias. No debiendo olvidarse que, como consecuencia de los anterior, sólo hay una desigualdad que está prohibida por el constituyente: la discriminatoria” (Gómez, 2001: 179-180).

La última distinción de igualdad en la ley nace porque no es suficiente con la obligación de trato equivalente y no discriminatorio dirigida a los poderes públicos, ya que no existe una real revisión del respeto al principio de igualdad en las categorías o distinciones que el legislador efectúa “en” la ley, es decir, al analizar la consistencia de los criterios mencionados se busca garantizar una completa eficacia al principio de igualdad consagrado en la Constitución. Como consecuencia se refuerza el control de racionalidad y la exigencia de justificación de las distinciones efectuadas por el órgano legislativo y contenidas “en la ley” (Gómez, 2001: 170-171). Cabe agregar que esta dimensión se manifiesta en la prohibición de establecer diferencias arbitrarias del final del artículo 19 número dos:

“Este principio garantiza la protección constitucional de la igualdad ‘en la ley’ prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria” (STC 986/2008).

En términos prácticos el principio de igualdad se manifiesta como:

“Una protección ante el ordenamiento jurídico y ante la autoridad, para que una persona no se vea afectada por diferencias irracionales y de trato que los poderes públicos dan, en especial el legislador. Ello no implica, como ya se señaló, un tratamiento igual para todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; así como tampoco se prohíbe un trato distinto ante situaciones razonablemente desiguales. Lo que sí se sanciona y prohíbe es el establecimiento de distinciones manifiestamente irracionales y arbitrarias. Si el legislador o la autoridad se ven enfrentados a la necesaria diferenciación, ello debe basarse en un criterio de justicia y bien común. De esta forma, todo tratamiento legal diferenciado debe contar con una

fundamentación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados” (Arnold y Zúñiga, 2012: 210).

“La igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, queda sujeto a la posibilidad de diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentra en una misma condición. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas” (STC 1469/2010).

Por lo tanto, el problema que surge desde el principio de igualdad en la ley es “establecer cuándo la desigualdad puede o debe ser equiparable y cuando diferenciable” (Gómez, 2001: 172), es decir, cuando está permitido tratar de modo igual lo que es igual, cuyas diferencias son irrelevantes, y de tratar de modo desigual a lo que es desigual cuando sus diferencias son relevantes. Dicha ponderación no debe hacerse de forma general ni abstracta, al contrario, deben tomarse en cuenta las particularidades de cada caso. En el derecho comparado, el análisis de la justificación de la diferenciación o equiparación, según corresponda, considera comúnmente: a) la finalidad perseguida por la norma, es decir, se toma como criterio orientador respecto de la relevancia de las diferencias fácticas; b) la proporcionalidad entre el medio empleado para efectuar la diferenciación o equiparación y el tipo de fin perseguido; y c) la admisibilidad del criterio empleado respecto a si está prohibido o permitido constitucionalmente (Gómez, 2001: 172).

Mientras que, el Tribunal Constitucional establece que para conocer cuando se produce una infracción al derecho de igualdad ante la ley es necesario determinar:

“En primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos” (STC 784/2007).

Por lo tanto, queda de manifiesto que para determinar si existe una infracción al principio de igualdad en la ley, primero debe constatarse una diferencia de trato entre personas en situación similar, y luego analizar si esta diferencia es una discriminación arbitraria o una diferencia de trato indebida, lo cual se produce cuando existe: una

falta de razonabilidad (justificación) y de proporcionalidad (idoneidad) respecto a los fines perseguidos. Estos dos parámetros se describen a continuación.

- a. Razonabilidad: consiste en una exigencia al legislador para que la decisión que tome sea la más razonable, es decir, que esté dentro de las posibilidades que puedan sustentarse por medio de una argumentación racional (STC 2664/2015). Por lo tanto, se configura una irracionalidad cuando el legislador establece una diferencia inconstitucional (arbitraria), considerando, en conjunto, los siguientes elementos, en primer lugar, la finalidad de la diferencia (qué propósito o bien jurídico se busca mediante ésta); en segundo lugar, identificar en qué consiste la distinción de trato que contiene la norma; y, en tercer lugar, identificar el factor o criterio que sirve de base a la distinción (STC 2664/2015).
- b. Proporcionalidad: “[es] el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-)” (Barnes, 1994: 500). El Tribunal Constitucional ha establecido que los actos públicos son proporcionales cuando persiguen fines lícitos y cuando la limitación es el medio idóneo para alcanzar dicho fin y el beneficio que esto trae aparejado sea proporcional al menoscabo provocado (STC 1182-08/2008). Por lo tanto, la proporcionalidad es una “herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional” (STC 3177/2017).

Los criterios mencionados anteriormente sirven para determinar cuándo una diferencia de trato es o no arbitraria, y en consecuencia si existe una infracción al principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 19, número 2.

3.3. Análisis comparado entre las víctimas en justicia penal civil y en justicia penal militar en tiempos de paz en relación con el principio de igualdad

El análisis se realiza de forma metodológica según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la doctrina sobre la materia. En primer lugar, se analizan los elementos básicos de la igualdad (relacional, normativo y *tertium comparationis*) y las condiciones básicas de cada víctima que permite tratarlas como iguales; en segundo lugar, se analiza si existe un trato desigual entre ambas víctimas; y, en tercer lugar, si se configura una discriminación arbitraria en base a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para así poder concluir si se respeta el principio de igualdad.

- a. Elementos básicos de la igualdad: la comparación exige que se determine si las víctimas son comparables o no (si son iguales), establecer la normatividad y el *tertium comparationis*.

- ¿A quiénes se compara?: los sujetos que se comparan son la víctima penal civil y la víctima penal militar, las cuales deben ser consideradas como iguales porque ambas en primer lugar son personas naturales, teniendo los mismos derechos que establece la Constitución y las leyes¹⁴; y, en segundo lugar, tienen la calidad de víctima, es decir, son los ofendidos por el delito y son sujetos procesales. Por otra parte, se diferencian en que la víctima en justicia militar debe ostentar la calidad de militar y que el delito que lo perjudicó sea un delito militar¹⁵. Para este artículo, los aspectos relevantes de cada sujeto a comparar son los mencionados, siendo las diferencias un aspecto irrelevante al momento de regular jurídicamente a éstas. En consecuencia, es posible comparar a ambas y generar el elemento relacional de la igualdad.
 - ¿Cómo debería ser el trato que le entregue el ordenamiento jurídico a ambas víctimas?: ambos sujetos deben tener derechos y garantías amparados en el debido proceso, también consagrado en la Constitución como un procedimiento e investigación racional y justo, independiente de sus diferencias en lo concreto, ya que la normatividad nos exige un deber ser como se desarrolló en el apartado anterior. Siendo el *tertium comparationis* los derechos y garantías que tiene la víctima en el proceso penal civil, puesto que éste será la base para saber si las víctimas de la justicia penal militar están siendo tratadas de forma igual al resto de las víctimas.
- b. ¿Existe un trato desigual entre ambas víctimas?: En justicia penal civil, el Código Procesal Penal establece en varios artículos los derechos y garantías que tiene la víctima, los cuales se pueden clasificar según la doctrina en derecho a la protección, al trato digno, a la información, a la acción, a la participación y control, y el de reparación por el daño causado por el delito.

En cambio, en la justicia penal militar, la víctima no cuenta con la mayoría de los derechos mencionados, porque en general el tratamiento que se le da no es el de sujeto procesal, sino más bien el de objeto ya que se rige por el procedimiento penal antiguo. Así no cuenta con el derecho de protección, ya que no existen medidas tendientes a proteger a la víctima de nuevas amenazas, ni tampoco existe el deber para el fiscal militar de hacerlo, como sí ocurre en el artículo 6 del Código Procesal Penal.

¹⁴ La Constitución establece en su artículo primero que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

¹⁵ En la justicia penal civil también pueden ser víctima las personas que revisten la calidad de militar, siempre y cuando el delito en el que se ven perjudicados no sea un delito militar.

Asimismo, respecto al derecho al trato digno la víctima militar al no tener mayor participación dentro del proceso no cuenta con la regulación que la proteja de una revictimización al momento de intervenir dentro de éste.

Tampoco existe un real derecho a la información para la víctima militar, la que se enfrenta a un procedimiento sumario que se caracteriza por ser secreto y del cual sólo puede solicitar su publicidad, de acuerdo al artículo 133A, número 2, que se remite al artículo 130, inciso segundo, ambos del Código de Justicia Militar, en virtud de los cuales podrá solicitar la publicidad de éste cuando se extendiera más de sesenta días “en cuanto no fuere perjudicial al éxito de la investigación, y todo aquel que tenga interés directo por su terminación podrá intervenir para instar en este sentido”. Queda de manifiesto que la publicidad del sumario ocurre sólo en casos excepcionales, siempre y cuando no sea considerado perjudicial para la investigación. Mientras que en la justicia penal civil se contempla como un derecho esencial para que la víctima pueda ejercer sus derechos eficientemente en el proceso, incluso siendo un deber para los tribunales y el fiscal entregar información a la víctima.

Uno de los derechos en los que se vislumbra con mayor claridad el trato desigual es respecto al derecho a la acción, el que está consagrado constitucionalmente y regulado por la justicia penal civil en los artículos 53 y siguientes y en el artículo 109 letra b del Código Procesal Penal, este último le entrega la opción a la víctima de querellarse en el proceso. Mientras que, en justicia militar se establece expresamente que no se admitirá querellante particular, quitándole el derecho de acción a la víctima en el artículo 133 del Código de Justicia Militar, además de tampoco consagrar en el artículo 133 A ningún derecho para el perjudicado por el delito que le permita ejercer su derecho a la acción.

De la misma manera, frente al derecho de participación y control, es posible constatar que existen variadas diferencias respecto a lo que las víctimas pueden hacer dentro de los respectivos procedimientos. Por una parte, el Código Procesal Penal le entrega a la víctima en varios de sus artículos, la posibilidad de intervenir en las distintas etapas del proceso, de ser oída por el ministerio público y los tribunales, de impugnar resoluciones judiciales, de presentar pruebas, etc. En cambio, el Código de Justicia Militar restringe su participación de forma considerable, por ejemplo, el caso del recurso de nulidad, que no está contemplado en la justicia militar y que busca en materia penal declarar nula una sentencia cuando se hayan infringido sustancialmente derechos y garantías -consagrados constitucionalmente o por tratados internacionales ratificados por Chile- o cuando en el pronunciamiento de la sentencia se haya hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere afectado de forma sustancial lo

dispositivo del fallo¹⁶. Respecto a la rendición de prueba, a diferencia de la víctima penal civil, a la víctima penal militar no se le reconoce el derecho a rendir pruebas y sólo se le da la posibilidad de pedir diligencias probatorias durante el sumario mientras esto no entorpezca las diligencias de éste. Por otra parte, en la justicia militar la víctima no tiene el derecho a ser oída, no como en materia penal civil, donde en el artículo 109, letra d, y 167 del Código Procesal Penal, por dar algunos ejemplos, sí se establece tal derecho.

Por último, el derecho a la reparación del daño causado por el delito no se encuentra establecido en el Código de Justicia Militar, sólo se puede vislumbrar en el inciso segundo del artículo 133, en donde se establece que el o los perjudicados por el delito podrán impetrar las medidas de protección que sean precedentes, sobre todo las relativas a asegurar las acciones civiles que nazcan del delito, siempre y cuando éstas no entorpezcan las diligencias del sumario. Ocurriendo todo lo contrario en el caso del Código Procesal Penal, donde establece en más de un artículo este derecho como, por ejemplo, en su artículo 6 inciso segundo que establece que el fiscal durante el procedimiento deberá promover los acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos tendientes a reparar el daño causado.

Según el análisis comparado realizado de los derechos y garantías de cada víctima, se observa que existe un trato desigual puesto que el Código de Justicia Militar le entrega una menor cantidad de derechos a la víctima y más restringidos que los regulados por el Código Procesal Penal.

- c. ¿Constituye el trato diferenciado una discriminación arbitraria?: luego de determinar que existe un trato diferenciado, se debe responder a esta pregunta, para lo que es necesario desarrollar un análisis en base a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
- Razonabilidad: en este punto se analizará si la menor cantidad de derechos y garantías que le entrega el Código de Justicia Militar a la víctima se encuentra en conformidad a lo establecido por la Constitución, dicho análisis se hará desde la base del debido proceso. Para que se respete el debido proceso es necesario que exista publicidad de los actos jurisdiccionales, derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores. De lo anterior, se puede señalar que en la

¹⁶ Lo anterior está establecido en el artículo 373 del Código Procesal Penal, si bien no es un recurso exclusivo de la víctima, se debe señalar que la no existencia de éste afecta al perjudicado por el delito en justicia militar.

Justicia Militar no se cumple con el debido proceso al no contar con la publicidad de los actos jurisdiccionales, adecuada defensa, el derecho a la acción, la producción libre de pruebas, el examen ni objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, ni la facultad de interponer todos los recursos que existen en Derecho Penal.

- Proporcionalidad: para determinar si se cumple con ésta, se debe analizar si la desigualdad que se produce entre ambas víctimas, donde la víctima de justicia militar tiene una menor cantidad de derechos, tiene justificación.

La existencia de la Justicia Militar se justifica por los fines que la Constitución le entrega a las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los que son la seguridad nacional, defensa de la patria, dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior; también porque regula una categoría especial de personas (los militares); y por último, por los bienes jurídicos que busca proteger¹⁷ (que en general es la seguridad exterior). Los fines buscados a través de esta regulación especial no se condicen con la limitación de derechos de la víctima, no es posible identificar la idoneidad en la limitación de los derechos y garantías de las víctimas en justicia militar como un medio para alcanzar aquellos, sobre todo si al analizar la competencia de los tribunales castrenses, existen delitos que no protegen bienes jurídicos militares en sí. Además, el respeto al debido proceso no debiese ser considerado como un obstáculo para la Justicia Militar, por lo mismo no resulta proporcional someter a las víctimas a un proceso en el que verán disminuidos sus derechos.

Después de realizar el análisis de los elementos necesarios para determinar si se respeta o no el principio de igualdad en la regulación de los derechos y garantías de la víctima en la Justicia Militar, se puede concluir que éste se vulnera, debido a que no se le entregan los mismos derechos y garantías que a la víctima en la justicia penal civil, sin existir diferencias relevantes entre ambas para ser tratadas de forma diferenciada.

Además, dicha diferencia es arbitraria, puesto que es irracional y desproporcional, al ir contra los principios del debido proceso consagrado constitucionalmente y al no existir una relación de medio a fin entre la regulación diferenciada para las víctimas militares y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada a las FF.AA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, y los respectivos bienes jurídicos protegidos

¹⁷ Respecto a justificación de la existencia de la Justicia Militar por los bienes jurídicos que protege, en este caso la disciplina, se puede señalar que: “mal podría servir para justificar una jurisdicción militar que, como la penal, tiene por objeto no el de ejercer la función disciplinaria, sino el de atribuir responsabilidades penales por la afcción de auténticos bienes jurídicos” (Mera, 1998: 34).

por la Justicia Militar. Es decir, la limitación en los derechos y garantías de la víctima militar no sirve como instrumento para fin constitucional alguno ni tampoco para proteger un bien jurídico protegido en el Código de Justicia Militar.

Pese a que el artículo 133 A del Código de Justicia Militar le concede a la parte perjudicada por el delito, es decir, la víctima, una serie de derechos, éstos no son asimilables a los derechos que le entrega el Código Procesal Penal a la víctima penal civil. Más bien, le restringe la autonomía en el ejercicio de sus derechos teniendo que depender del Fiscal a cargo del caso y tampoco se le reconoce un derecho esencial: el de ejercer la acción penal (STC 2902/2016).

Además “los nuevos estándares en materia de jurisdicción militar exigen que ésta tenga un carácter excepcional, pues los derechos procesales que regula impiden a la víctima el derecho a un proceso público y un adecuado derecho a defensa” (STC 2492-13/2014), ambas privaciones que, como se ha mencionado antes, van en contra del debido proceso.

Para finalizar, el Tribunal Constitucional ha señalado en esta misma línea que:

“La diferenciación entre uno y otro procedimiento establecido por ley debe estar fuertemente justificada. Las matizaciones y atenuaciones respecto de las exigencias procesales que podrían tener justificación en consideración a las condiciones particularísimas propias del ámbito militar, carecen de razonabilidad si se tiene presente que se trata de impartir justicia en tiempos de paz, respecto de delitos que no son de naturaleza propiamente militar, sino común” (STC 2902/2016).

Queda de manifiesto que la Justicia Militar tiene pendiente la reforma de su código, el cual debe ajustar sus procedimientos al debido proceso, de modo tal que se respeten principios vertebradores del ordenamiento jurídico, como lo es el principio de igualdad, para que las víctimas militares sean tratadas como tal y no sufran una revictimización al ser sometidas a un proceso discriminatorio que vulnera sus derechos, cuando se supone debe protegerlas y otorgarles un procedimiento e investigación racional y justo.

Conclusiones

Las FFAA. y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están consagradas constitucionalmente en el artículo 101, en el cual se establecen sus características, es decir, que son: obedientes y no deliberantes, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas; y se establecen también sus fines, que son la seguridad nacional, la defensa de la patria, la eficacia del derecho, el orden público y la seguridad interior.

Los fines y características de dichas instituciones son relevantes porque han sido la justificación que se ha dado para la existencia de una Justicia Militar, la que es considerada una justicia especial, no sólo por lo anterior, sino que también por los sujetos que regula -los militares- y por los bienes jurídicos que busca proteger.

La Justicia Militar corresponde al orden jurídico que regula a las FFAA. y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, compuesto por sus reglamentos, estatutos, disposiciones legales en general, y principalmente el Código de Justicia Militar y, además de sus tribunales y todo el sistema administrativo que permite ejercer la jurisdicción militar.

La jurisdicción militar por su parte puede entenderse como la potestad que tienen los tribunales militares para conocer y resolver los conflictos de relevancia jurídica militar, que encuentra su asidero en la Constitución Política de la República, específicamente, en el artículo 83 inciso cuarto.

El Código de Justicia Militar chileno fue aprobado en el año 1925 y entró en vigencia el primero de marzo del año siguiente, ha sufrido diversas modificaciones hasta la fecha, sin embargo, no han significado cambios sustanciales al mismo. Consta de cuatro libros en los que se trata, respectivamente, la orgánica de la jurisdicción militar, los procedimientos, la penalidad y las disposiciones generales.

En lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción penal militar, este Código regula el derecho penal militar en tiempos de paz, el cual consiste en el orden jurídico compuesto por las normas que sancionan los delitos militares. No obstante, no existe una definición de lo que es delito militar dentro del Código, lo que ha provocado que la competencia de los tribunales castrenses no se encuentre justificada de forma suficiente, puesto que existen casos que por su naturaleza deberían ser resueltos por la justicia ordinaria. Esto se debe a que dentro del Código se adopta expresamente la doctrina de los delitos ficticiamente militares, es decir, la ley entrega los factores que determinan el fuero militar que consisten en circunstancias que pueden ser independientes de la naturaleza de los delitos.

Sin embargo, en base a un análisis doctrinario, es posible construir una definición de lo que debiera ser un delito militar, el cual consistiría en la lesión del bien jurídico militar protegido (generalmente la defensa nacional) a través de la infracción de los deberes militares, lo que tiene que ser realizado por un sujeto activo que revista la

calidad de militar. Siendo en definitiva la lesión de este bien jurídico el que justificaría la existencia de un delito penal militar y, la especial naturaleza de la infracción, la que lo convierte en un delito especial que pertenece a la jurisdicción militar.

Los delitos militares que se encuentran enmarcados dentro del procedimiento penal militar en tiempos de paz deben ser conocidos por los tribunales castrenses a través del procedimiento específico regulado en el código, el que consta de dos etapas, la primera es el sumario y la segunda el plenario, y que mantiene la esencia del antiguo proceso penal regulado en el código de Procedimiento Penal, manteniéndose ajeno a la reforma procesal penal de la justicia ordinaria.

La víctima militar, en tanto perjudicada por el delito militar, se ve enfrentada a un contexto de justicia militar como el que se ha descrito, en el que sus derechos y garantías se ven mermados de forma notoria en comparación a lo que sucede con la víctima penal civil. Esta diferencia en las respectivas regulaciones atenta contra el principio de igualdad constitucional, específicamente el de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19, número 2, debido a que no existe una justificación para un trato desigual entre sujetos que son iguales y porque los fines y bienes jurídicos militares no son suficiente justificación para dicha diferencia, por lo que se convierte en una discriminación arbitraria.

La discriminación arbitraria se produce en este caso cuando el legislador realiza un trato diferenciado sin tener una justificación racional ni proporcional, que son los parámetros mínimos que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para que exista un respeto al principio de igualdad constitucional.

Existe una infracción a este principio porque, en primer lugar, el legislador trata a ambas víctimas de forma diferenciada, sin reconocerle a la víctima militar una cantidad variada de derechos que emanan del principio del debido proceso consagrado en la Constitución en el artículo 19 número 3, como son: el derecho a la protección, al trato digno, a la información, a la acción, a la participación y control, y el de reparación por el daño causado por el delito; y en segundo lugar, porque dicha limitación no es razonable al no respetar el debido proceso y, porque tampoco existe una relación idónea de medio a fin entre ésta y los bienes jurídicos que busca proteger el derecho penal militar en tiempos de paz, es decir, los motivos que justifican la existencia de esta justicia especial no son suficientes para que exista tal diferenciación entre la regulación de ambas víctimas, por lo tanto no es proporcional.

Las soluciones que algunos países han implementado para superar los problemas que genera la Justicia Militar han sido desde limitar su aplicación sólo en tiempos de guerra a incluso la derogación de sus códigos de justicia militar. En el último caso se encuentra Argentina que con la promulgación en el año 2008 de la Ley 26.394 derogó su Código de Justicia Militar, modificó el Código Penal y el Código Procesal Penal para ajustar su aplicación a los militares, aprobó el Procedimiento Penal Militar en tiempos de guerra y otros conflictos armados y también aprobó

el Código de Disciplina de las FF.AA. Dejando de esta forma a los militares bajo la jurisdicción de los tribunales ordinarios, terminando con el trato diferenciado que existía en este ámbito entre civiles y militares.

En el caso de Chile y el trato desigual que se produce entre las víctimas de ambos procesos, habrá que comenzar a pensar cómo superar esa discriminación arbitraria, ya sea siguiendo el ejemplo del país vecino o modificando el Código de Justicia Militar para que respete los derechos y garantías de las víctimas.

Referencias

- Barnes, Javier (1994). "Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario". *Revista de Administración Pública*, n°135, pp. 495-522.
- Carbonell, Miguel (2011). "Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo". *Revista de Derecho Público*, vol. 74, pp. 57-86.
- Castro Jofré, Javier (2004). "La víctima y el querellante en la reforma procesal penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n°25, pp. 127-141.
- Cea, Sergio y Coronado, Ricardo (2011). *Derecho Militar*. Parte General. Tomo I. Santiago, Chile: Thomson Reuters-Abeledo Perrot. Legal Publishing.
- Centro Derechos Humanos UDP (2008). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Santiago de Chile: Eds Universidad Diego Portales.
- Colombo, Juan (2004). *La competencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Díaz de Valdés, José Manuel (2015). "La igualdad constitucional: múltiple y compleja". *Revista chilena de derecho*, vol. 42 n°1, pp.153-187.
- Díaz García, Iván (2012). "Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias". *Ius et Praxis*, vol. 18, n°2.
- Díaz Tolosa, Regina (2007). "Reforma de la Justicia Militar chilena a la luz de las consideraciones del fallo Palamara: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos Palamara Iribarne vs. Chile, 22 de noviembre de 2005". *Revista chilena de derecho*, vol.34, n°1, pp. 139-151.
- Frei Ruiz-Tagle, Eduardo, citado en Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Mensaje N° 110-331. Santiago, Chile.
- Gómez, Gastón (2001). El principio de igualdad constitucional. En E. Navarro Beltrán, 20 años de la Constitución chilena 1981-2001 (pp. 165-188). Santiago, Chile: Lexis Nexis Chile.

- Hernández, Diego (2009). La participación de la víctima y del querellante particular en la persecución de delitos: dogmática, normativa y estadísticas (Tesis de pregrado). Santiago de Chile.
- Martínez, José Ignacio y Zúñiga, Francisco (2011). “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Estudios Constitucionales*, vol. 9, n° 1. pp. 199-226.
- Mera, J. (1998). Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz. En J. Mera (Ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho* (pp. 15-78). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Ministerio de Defensa Nacional (2017). *Libro de la Defensa nacional de Chile*. Santiago de Chile.
- Noziglia, Pablo y Silva, Sergio (2008). Análisis crítico del actual procedimiento de justicia militar y propuesta superadora (Tesis de pregrado). Santiago de Chile.
- Núñez, Roberto (1971). “Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol.24, n°3, pp.713-768
- Núñez, Cristóbal (2003). *Tratado del proceso penal y del juicio oral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Resolución 40/34 de la Asamblea General “Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (29 de noviembre de 1985).
- Sastré Villacorta, Carlos (2002). *Las Fuerzas Armadas Mexicanas, Fuero de Guerra Disciplinario y Derecho Administrativo Militar*. 1° edición. México: Editorial Sista.
- Sodi Cuéllar, R. (2011). “La jurisdicción penal militar en tiempos de paz”. En J. Benalcázar Guerrón, J. Borjón Nieto, A. De la Fuente Alonso, C. Delpiazzo, A. Espinosa, J. Fernández Ruiz, J. Vargas Morgado y J. Fernández-Ruiz (Ed.), *Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas* (pp. 169-207). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Jurisprudencia nacional

- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 478, de fecha 8 de agosto de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 619, de fecha 17 de mayo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 784, de fecha 20 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 986, de fecha 30 de enero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N°821, de fecha 1 de abril de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 815, de fecha 19 de agosto de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1182, de fecha 18 de noviembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 1469, de fecha 4 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2137, de fecha 6 de agosto de 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2492, de fecha 17 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2371, de fecha 4 de noviembre de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2664, de fecha 28 de mayo de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2902, de fecha 27 de diciembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 3177, de fecha 27 de marzo de 2017.

