

PROCESOS CONTRA MILITARES: ¿UN PROBLEMA SIN SOLUCIÓN?

ADOLFO PAÚL LATORRE¹

“Mire, Patricio: los extremistas nos iban a matar a todos. Ante esta realidad, dejemos que los militares hagan la parte sucia, después llegará la hora del derecho”.

Declaración de Rafael Retamal a Patricio Aylwin

“Pero, claro, después los heroicos hombres de derecho vinieron al rescate, cuando ya estaban seguros de que no los iban a matar a todos: condenaron públicamente a los militares que estaban peleando, los enjuiciaron y los metieron a la cárcel. Hoy los acusan de violencia innecesaria hasta por no esperar que los terroristas dispararan primero. Como broche de oro, liberaron e indultaron a todos los terroristas”.

Hermógenes Pérez de Arce

“A Dios y al soldado todos los hombres adoran en tiempos de guerra, y sólo entonces. Pero cuando la guerra termina, y todo vuelve a su cauce, Dios es olvidado y el soldado vituperado”.

Marcial

“Constituye una grave desviación del ejercicio de la jurisdicción recurrir a pretextos, argucias o efugios para burlar el mandato legal y reemplazarlo por aquello que el sentenciador en su fuero interno estima más justo y conveniente. Por ese camino se precipita al derecho hacia un despeñadero y la tarea judicial se transforma en una parodia grotesca y sin sentido”.

Pablo Rodríguez Grez

INTRODUCCIÓN

Vemos con profunda preocupación la situación que afecta a numerosos militares y carabineros en retiro que han sido querellados, procesados, humillados o condenados en las causas denominadas “de derechos humanos”. Asimismo, vemos con preocupación nuestra actual realidad judicial, especialmente la relacionada con la aplicación de algunas instituciones jurídicas fundamentales que han sido instrumentalizadas ilegítimamente para conseguir fines políticos.

Con la excusa de hacer justicia y de sancionar a los presuntos responsables se ha violado frecuentemente la juridicidad y se han producido —y continúan produciéndose— aberraciones e iniquidades judiciales que vulneran gravemente los derechos y garantías que nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas.

Sobre la base de lo anterior se formula un análisis crítico de algunas interpretaciones y resoluciones judiciales absolutamente sesgadas en contra de los militares², lo que constituye una

¹ El autor es capitán de navío de la Armada de Chile, ingeniero naval en armas, oficial de Estado Mayor, profesor de academia, magíster en ciencias navales y marítimas con mención en estrategia por la Academia de Guerra Naval, magíster en ciencia política con mención en teoría política por la Universidad de Chile y abogado Universidad Católica del Norte sede Coquimbo. Es autor del libro *POLÍTICA Y FUERZAS ARMADAS. Características y misiones constitucionales de las FF.AA.*, Revista de Marina, Valparaíso, 1999.

² En el presente artículo utilizamos la palabra “militares” en un sentido genérico, abarcando en ella a todos los miembros de las FF.AA. y de Orden y demás personas procesadas en casos de derechos humanos.

deslegitimación constante de una institución clave en el Estado de Derecho, como es el Poder Judicial, lo que lejos de fortalecerla produce graves efectos sobre su credibilidad que son de costosa y difícil reparación.

1. RESOLUCIONES JUDICIALES SESGADAS

En conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el Poder Judicial es el encargado de administrar la justicia en la sociedad. Los jueces o los tribunales obtienen su legitimidad cuando resuelven los casos sometidos a su conocimiento aplicando el derecho preexistente, única forma de lograr el imperio de la ley. Sin embargo, en las causas de derechos humanos muchas de las resoluciones judiciales son antijurídicas y han sido dictadas en fraude de ley, eludiendo las normas aplicables y procurando la aplicación de otras no procedentes.

Por ejemplo, se admiten a tramitación —hasta el día de hoy— querellas por hechos ocurridos hace cuatro décadas, en circunstancias de que la responsabilidad penal se halla largamente extinguida por la prescripción de la acción penal y, por lo tanto, al juez no le cabe otra opción que la de dictar el sobreseimiento definitivo, según lo ordena la ley.

Desde hace ya muchos años se ha venido configurando la práctica sistemática de estigmatizar, prejuzgar y condenar anticipadamente a los militares por el solo hecho de serlo, con absoluta inobservancia del principio de igualdad ante la ley, de la legislación vigente, de las normas del debido proceso y de los preceptos legales que los favorecen. Muchas personas que pertenecieron a las Fuerzas Armadas y de Orden se encuentran procesadas o condenadas por delitos que no cometieron, que no estaban tipificados en la época en que habrían sido cometidos, que estaban prescritos o amnistiados, o que ya habían sido juzgados en procesos que habían terminado por sentencia ejecutoriada o por sobreseimiento definitivo.

Hay jueces que tramitan procesos no obstante estar afectados por clarísimas causales de implicancia, fallan a sabiendas contra texto legal expreso y vigente, abusando de sus facultades jurisdiccionales y cometiendo el delito de prevaricación, imponiendo su voluntad y tratando de satisfacer intenciones propias por sobre el mandato explícito de la norma. Y, en reiteradas oportunidades, han excluido medios de prueba que exculpaban a los imputados y se han valido de otros claramente instrumentalizados —sin el más mínimo valor probatorio— y han condenado a personas inocentes.

La actual situación en que se encuentran cientos de antiguos integrantes de las FF.AA. y Carabineros es producto de la discriminación e inequidad con que han actuado los tribunales de justicia contra ellos, en medio de una enorme presión ideológica. Muchos de los fallos en contra de los uniformados solo resultan explicables en un contexto político marcadamente hostil a los imputados y regidos por el lema “ni perdón ni olvido”, acuñado por organizaciones políticas de izquierda y agrupaciones de derechos humanos.

En las resoluciones judiciales se aprecia falta de ponderación, ecuanimidad y de sujeción al ordenamiento jurídico, prevaleciendo, en no pocos casos, la ideología del juez y sus afecciones partidistas; las que a veces quedan claramente reflejadas en sus sentencias, en las que se emiten juicios de valor acerca del gobierno militar y que tienen un carácter marcadamente político. Algunas de ellas, por ejemplo, se refieren a las FF.AA. y de Orden como “*sublevados que se levantaron en armas y destituyeron al gobierno constitucional y legítimamente instalado, produciendo el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces*”; es decir, atribuyéndole a éstas el quebrantamiento de la institucionalidad y calificando como ilegítimo al gobierno militar (sentencias de casación y de reemplazo dictadas por la Corte Suprema con fecha 24 de mayo de 2012, recaídas en los autos N° 24.776, denominados “Episodio Rudy Cárcamo Ruiz”).

2. LOS MILITARES SABEN

En relación con esto último cabría hacer una digresión: fue el gobierno de la Unidad Popular —y no las Fuerzas Armadas y Carabineros— el que produjo “*el grave quebrantamiento del orden constitucional y legal de la República*” como lo dice, textualmente, el acuerdo de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973. Ese mismo documento (que según Erich Schnake fue simplemente una autorización al golpe de Estado) dice: “*es un hecho que el actual Gobierno de la República, desde sus inicios, se ha ido empeñando en conquistar el poder total, con el evidente propósito de someter a todas las personas al más estricto control económico y político por parte del Estado y lograr de ese modo la instauración de un sistema totalitario absolutamente opuesto al sistema democrático representativo que la Constitución establece*”.

La Corte Suprema ya se había pronunciado al respecto, en un oficio que le enviara al Presidente de la República con fecha 26 de mayo de 1973 y en el que le representaba “*por enésima vez, la actitud ilegal de la autoridad administrativa en la ilícita intromisión en asuntos judiciales, así como la obstrucción de Carabineros en el cumplimiento de órdenes emanadas de un Juzgado del Crimen, que de acuerdo con la ley, deben ser ejecutadas por dicho cuerpo sin obstáculo alguno; todo lo cual significa una abierta pertinacia en rebelarse contra las resoluciones judiciales, despreciando la alteración que tales actitudes u omisiones producen en el orden jurídico, lo que —además— significa, no ya una crisis del estado de derecho, como se le representó a S.E. en el oficio anterior, sino una perentoria o inminente quiebra de la juridicidad del país*”.

Por otra parte, hubo numerosas declaraciones del Episcopado, en mensajes que “fotografiaban” el momento político-social que vivía nuestro país y de las cuales hemos extractado algunas frases, tales como las siguientes: “*No nos hundamos en el caos, el odio y la miseria. La hora es grave, y no puede estirarse mucho más el hilo que aún une a las dos partes del país, sin consecuencias irremediables*”; “*rostro de Chile... martirizado por grandes temores, luchas que desangran la patria, prensa diaria que con grandes titulares invita a la violencia, a la desconfianza, a la enemistad, lucha de clases cargada de odios y de violencia, juventud utilizada y lanzada a la misma lucha que viven los adultos... desabastecimiento y mercado negro*”; “*Chile parece un país azotado por la guerra*”; “*Nos urge liberar a Chile cuanto antes de este torbellino fratricida*”; “*sugerimos una tregua para que no asesinemos la Nación*”.

Finalmente, en relación con esta materia, transcribiremos dos citas de quien era, a la sazón, presidente del Partido Demócrata Cristiano, senador Patricio Aylwin Azócar:

a) Declaración en el diario *La Prensa*, Santiago, el 19 de octubre de 1973: “*La verdad es que la acción de las fuerzas Armadas y del Cuerpo de Carabineros no vino a ser sino una medida preventiva que se anticipó a un autogolpe de Estado que, con la ayuda de las milicias armadas con enorme poder militar de que disponía el Gobierno y con la colaboración de no menos de 10.000 extranjeros que había en este país, pretendía o habrían consumado una dictadura comunista*”.

b) Intervención en el Senado, el día 11 de julio de 1973:

“*La Democracia Cristiana, en cuyo nombre hablo, tiene la conciencia de que estamos viviendo uno de los momentos más graves y trascendentales de nuestra vida republicana... Los acontecimientos de los últimos días han puesto de relieve, con brutal crudeza, a qué extremos angustiosos ha llegado la crisis integral de Chile. Pareciera que Chile ha perdido su personalidad como nación... En nombre de la lucha de clases, convertida en dogma y motor únicos de toda acción política y social, se ha envenenado a los chilenos por el odio y desencadenado toda clase de violencias... Aunque a menudo se invoque el nombre de la patria y se abuse grotescamente de su bandera, el sentido de nuestra nacionalidad sufre la mella de la abrupta división entre los chilenos. El recelo y la desconfianza recíproca, cuando no el odio desembozado prevalecen sobre toda solidaridad, y una creciente degradación moral rompe las jerarquías de valores, suelta los apetitos egoístas y sacrifica el bien*”.

común... Por dolorosos que sean, nadie puede negar la verdad de estos hechos. Constituyen una realidad que ha llevado a los obispos católicos a decir que Chile parece un país azotado por la guerra. Una realidad que está destruyendo a Chile y poniendo en peligro su seguridad. Una realidad que tiene quebrantada nuestra institucionalidad democrática. Una realidad que parece amenazar al país con el terrible dilema de dejarse avasallar por la imposición totalitaria o dejarse arrastrar a un enfrentamiento sangriento entre chilenos... La población civil de nuestra Patria no puede seguir viviendo a merced de grupos minoritarios, armados con la complicidad y tolerancia de las autoridades, que tratan de imponer por la fuerza su voluntad al resto de los chilenos, se apoderan de las fuentes de trabajo y amenazan la propia vida de quienes no se les someten. Esto significa el establecimiento del terror y corresponde al Gobierno, a las Fuerzas Armadas y al Cuerpo de Carabineros el deber de poner término inmediato a esta situación”.

Dada la situación que hemos descrito con estas breves pinceladas, la ciudadanía demandó la intervención de las Fuerzas Armadas y de Orden, las que se hicieron cargo del poder porque no había otro remedio, ante un fracaso de los políticos civiles que ponían en peligro intereses vitales de la patria. Y fueron llamadas porque ellas —dígallo o no la Constitución— son las garantes, en última instancia, del orden institucional de la República, y porque eran las únicas instituciones capaces de restablecer la democracia que había sido destruida; tarea que llevaron a cabo con pleno éxito, entregando a las nuevas autoridades civiles en 1990 un país en pleno auge, cuyo estado floreciente nadie discutía. Esos “sublevados” —como los calificó la precitada sentencia— fueron los que “salvaron a Chile”, según expresiones del ex presidente Eduardo Frei Montalva.

Los militares fueron convocados por los políticos de todos los grupos democráticos a combatir al soterrado ejército marxista que había en 1973, y éstos sabían que tal trabajo no podía ser indoloro y jurídicamente impecable, dados el poder y la clandestinidad del enemigo. Pero después se horrorizaron de los métodos utilizados para reprimir a quienes estaban llevando a cabo una guerra irregular, la que se caracteriza por la utilización de diversos medios violentos para impulsar la lucha política por la toma del poder (mediante sabotajes, atentados con explosivos, acciones de propaganda armada, asesinatos y otras acciones de carácter terrorista).

Claro que, pasado el peligro y la gravedad de la presencia en el territorio de más de diez mil efectivos irregulares armados, nada había que agradecer a los militares; se comenzó a criticar la severidad de la represión y de la labor antisubversiva y éstos pasaron a ser “la dictadura”. Conjurado el peligro, nada más fácil que lanzar al basurero de la historia a quienes, en su momento, arriesgaron su vida para salvar al país.

Los autores materiales e intelectuales de la violencia han eludido todas sus responsabilidades y hoy se yerguen en acusadores de quienes salvaron a Chile de su intentona totalitaria.

Si bien la finalidad de las instituciones militares es de índole política —puesto que los militares siempre cumplen una función política, solo varía la forma en que ésta se manifiesta—, los miembros de las Fuerzas Armadas no buscan ni desean intervenir en la política contingente. Sin embargo, cuando está en peligro la subsistencia misma del Estado-nación, están obligadas a hacerlo en cumplimiento de su misión de garantizar el orden institucional de la República, la seguridad nacional y la defensa de la patria.

Los militares saben que en tales casos su obligación moral es intervenir y actuar. Y saben también que después que hayan salvado a la nación, después que hayan impuesto el orden y arreglado los problemas que aquejaban a una sociedad enferma —con los costos que tal cirugía trae consigo—, los responsables del caos aparecerán, descaradamente, como los restablecedores de la democracia; sin reconocer responsabilidad alguna en los hechos que condujeron al país a tal situación, negando los éxitos

del gobierno que tuvo que asumir para superar esa emergencia, atribuyéndose sus logros, contradiciendo las declaraciones que habían hecho cuando el país iba rumbo al despeñadero y criticando a los militares por los abusos y excesos cometidos.

Pero esto no es nada nuevo. El poeta Marcial escribía en el siglo I de nuestra era: “*A Dios y al soldado todos los hombres adoran en tiempos de guerra, y sólo entonces. Pero cuando la guerra termina, y todo vuelve a su cauce, Dios es olvidado y el soldado vituperado*”.

3. CONTEXTO SOCIAL HISTÓRICO

La ley no se aplica atendiendo al contexto social histórico absolutamente anormal que se vivía en la época en que se habrían cometido los supuestos delitos, sino que considerando una plena normalidad constitucional; normalidad que conquistaron, precisamente, las personas que ahora son juzgadas. Lamentablemente, para alcanzar tal normalidad fue necesario aplicar la fuerza, lo que obviamente acarrea como consecuencia personas muertas, heridas o desaparecidas. Sin embargo, curiosamente, los diez mil hombres en armas —extremistas, violentistas, guerrilleros, terroristas o como quiera llamárseles— que había en el país se transformaron, por arte de magia, en “víctimas de atropellos a los derechos humanos”. Y así se considera, de partida, a los militares como “victimarios” y a los detenidos, fallecidos o desaparecidos como “víctimas”; sin considerar en absoluto el contexto político, social e histórico en el que ocurrieron los hechos investigados y omitiendo medios probatorios, leyes o circunstancias que favorecen a los procesados; incluso en situaciones en que éstos actuaron en defensa propia.

La mayoría de los jueces se resiste a aplicar la ley en el contexto en que ocurrieron los hechos y los juzgan como si hubieren acaecido en la actualidad, olvidando el entorno de odio político, de violencia, de polarización y de división entre los chilenos, que sirvió de marco a los delitos que se están juzgando; cuando Chile vivió la peor crisis de su historia; cuando se estaba al borde de la guerra civil y de la desintegración nacional; cuando desde el propio gobierno y sus partidarios se validaba la violencia política y la vía armada para alcanzar el poder total, y se exacerbaba la lucha de clases. No es justo evaluar con los criterios de hoy delitos que son condenables, pero que se gestaron en un ambiente de odios extremos, que dividieron al país en dos bandos irreconciliables y lo llevaron al borde de la “*guerra civil con un millón de muertos*” que pronosticaba el presidente Allende.

Tampoco consideran la situación de confrontación ideológica, política y de poder propios de la denominada “guerra fría” entre las dos grandes potencias que se vivía en el mundo, con sus secuelas de enfrentamientos violentos al interior de la mayoría de las naciones centro y sudamericanas.

Con respecto a la situación que se vivía en aquella época, el historiador Mario Góngora ha expresado: “*La perspectiva general de esos años, sobre todo la del último, 1972-1973, es la de una guerra civil todavía no armada, pero catastrófica, análoga a los últimos meses de la República Española, antes de julio de 1936*”.

Lamentablemente es imposible, y hasta ingenuo, creer que una guerra civil larvada o en preparación y a punto de estallar, se pueda contrarrestar sin acciones violentas que permitan anular la fuerza del adversario, las que resultaban inevitables en el contexto de un trastorno de todo orden que no tenía precedente en la vida de Chile. En todo caso, el hecho cierto es que las FF.AA. y Carabineros lograron evitar una guerra civil y rescatar a la nación de las garras del comunismo con una escasa pérdida de vidas humanas, considerando el contexto histórico que se vivía y lo ocurrido en otros países que, como España, vivieron experiencias similares.

Como ha expresado Adolfo Zaldívar: *“lo que vivimos en Chile, previo al 73, se quiera o no admitir, fue el preludio de una guerra civil que son las más crueles de todas, por los odios y pasiones que desatan previo a que estallen. Lo concreto es que se jugó con fuego y muchos salieron quemados”*.

El clima imperante en esa época no justifica, pero sí explica los excesos y delitos cometidos por algunos miembros de las instituciones armadas y el contexto violento e irracional en que tales hechos ocurrieron. No debemos olvidar que los denominados “violadores de los derechos humanos” estaban enfrentando una cruenta guerra irregular, contra grupos subversivos armados que asesinaban a mansalva —especialmente a carabineros—, que destruían bienes materiales públicos y privados, que atentaban contra los derechos humanos de todos los chilenos, y que socavaban la convivencia nacional y al propio Estado; cuyas acciones terroristas no cesaron ni siquiera después de 1990 (al respecto, bastaría mencionar el asesinato del senador Jaime Guzmán Errázuriz).

Hay hechos que ciertamente nadie puede dejar de condenar, pero que no son más que la consecuencia inevitable de la violencia, de los odios, los abusos y los enfrentamientos que desató un movimiento que quiso apoderarse del poder para instaurar en Chile un régimen socialista totalitario al estilo cubano.

El contexto social histórico fue circunstancia decisiva de los hechos delictivos. No fue ajeno a ellos, como puede serlo en un delito común perpetrado en condiciones de plena vigencia del orden jurídico y de paz social.

No se juzga con verdad y justicia el comportamiento de un agresor si se omite toda referencia a la indebida e ilegítima provocación o agresión que él ha sufrido antes de parte de su víctima. Pero, con la ideología del odio contra los uniformados prevaleciente en los estrados, aun cuando haya sido un terrorista el agresor se dirá: si un militar mató a un terrorista, fue un crimen horrendo; si un terrorista mató a un militar, constituyó un paso adelante hacia la democracia.

No es equitativo un país en que la justicia parece tener solo un ojo para juzgar severamente a un sector, mientras los responsables de la crisis institucional se afanan por perseguir y encarcelar a los integrantes de las Fuerzas Armadas. Nada justifica que solo un sector de la sociedad chilena siga siendo juzgado y condenado por los tribunales de justicia por hechos ocurridos hace treinta y cinco o más años y que quienes cometieron delitos o crímenes en el sector opuesto disfruten de la impunidad, ya sea por la vía de la aplicación de la amnistía, de la prescripción o de los indultos —que les son negados a los militares—, de la rebaja de las penas u otros mecanismos.

La falta de imparcialidad con que actúan algunos de los magistrados que conocen casos de derechos humanos los hace indignos del honroso tratamiento de jueces, pues son solo verdugos de una venganza que tiene por escondido propósito aplicar la ley del talión.

Hoy abundan las quejas por los abusos y “violaciones a los derechos humanos” que algunos miembros de las FF.AA. y de Orden habrían cometido. Por cierto que siempre, aun en las peores circunstancias, puede hablarse de abusos o delitos, pero nunca es lícito tratar de tender una cortina de olvido sobre los hechos que obligaron a nuestras FF.AA. a pronunciarse, a pesar de su renuencia y de los riesgos que implicaba sacar miles de hombres fuertemente armados a la calle. Corregir la situación de enorme emergencia que vivió Chile exigía medidas extremas cuya aplicación, por desgracia, abría amplias posibilidades al abuso. Por eso no está de más subrayar que los responsables de esos abusos también hay que ir a buscarlos entre aquellos que provocaron la emergencia, haciendo inevitable las dolorosas medidas que comentamos. Y quienes que ahora rasgan vestiduras, harían mejor en meditar acerca de su responsabilidad en los hechos que hicieron necesaria la intervención de la Fuerzas Armadas.

Por último, citando a Jaime Guzmán, no debemos olvidar que “*la responsabilidad principal del grueso de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la etapa posterior al 11 de septiembre del 73 corresponde a quienes desataron la situación de guerra civil, más que a aquellos militares que cometieron esos actos como parte de la difícil tarea de conjurar la guerra civil. No estoy señalando que esos uniformados que hayan transgredido los derechos humanos no tengan responsabilidad en los hechos. Lo que estoy señalando es que los máximos dirigentes de la Unidad Popular tienen una responsabilidad todavía mucho mayor en los dolores que sufrieron sus seguidores, como resultado del cuadro de guerra civil al cual los arrastraron*”.

4. RESOLUCIONES JUDICIALES ARBITRARIAS E ILEGÍTIMAS

Las sentencias dictadas en las causas de DD.HH., en la generalidad de los casos, no aplican el derecho preexistente o lo aplican torcidamente y son, por lo tanto, arbitrarias e ilegítimas y se encuentran descalificadas como actos judiciales válidos. Tales sentencias son solo situaciones de hecho y no verdaderas sentencias judiciales.

Y ello es así, por cuanto son impuestas sin respetar principios jurídicos básicos o garantías fundamentales de un Estado de Derecho, tales como los siguientes:

- a) **Igualdad ante la ley.** Todas las personas del sector político de izquierda proclives al gobierno de la Unidad Popular que observaron una conducta penal reprochable —incluyendo asesinatos y actos de carácter terrorista— fueron liberadas de responsabilidad penal (ya sea por aplicación del D.L 2191 de 1978 sobre amnistía, por leyes de indultos generales o por indultos particulares; incluso por delitos cometidos con posterioridad al 11 de marzo de 1990); en cambio, aquellos militares y carabineros que también habrían observado una conducta reprochable no han sido beneficiados por tales normas. Por otra parte, los militares son los únicos chilenos a quienes les es aplicado un procedimiento penal diferente y más desfavorable que el que se le aplica al común de los ciudadanos.
- b) **Legalidad.** Solo las leyes, no la voluntad del gobernante o del juez pueden crear los delitos y sus penas. Este principio —también denominado como de reserva legal— exige que tanto la conducta sancionada como la pena a ella asociada, estén determinadas previamente por la ley (implica la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se pueden regular mediante una ley los delitos y las penas). Se expresa en la frase latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (*ley previa*: no aplicación retroactiva de la ley; *ley escrita*: prohibición del derecho consuetudinario; *ley estricta*: prohibición de la analogía; *ley cierta*: no aplicación de leyes y penas indeterminadas). Nadie podrá ser sancionado o penado si es que su comportamiento no se encuentra constituido como un delito en el ordenamiento jurídico al momento de su realización. Con la aplicación de este principio se deja sin castigo a muchos comportamientos que son perjudiciales para la sociedad; sin embargo, en este caso prima la seguridad jurídica. El principio de legalidad se constituye como el más importante y principal límite frente al poder punitivo del Estado, pues éste sólo podrá aplicar la pena a las conductas que, de manera previa, se encuentren definidas como delito por la ley penal. De esta manera, el principio de legalidad puede percibirse como una limitación al poder punitivo del Estado y como una garantía, pues las personas sólo podrán verse afectadas en sus derechos fundamentales cuando sus conductas se encuentren prohibidas previamente por la ley. Este principio esencial es violentado en la mayoría de las sentencias que se fundamentan sobre la base de la costumbre internacional (*ius cogens*) o de normas de derecho internacional que no están vigentes en Chile o que no lo estaban al momento de producirse los hechos.
- c) **Tipicidad.** Exige que los hechos sean plenamente subsumibles en un tipo delictivo que determine clara y precisamente cual es la conducta prohibida, no permitiéndose cláusulas legales

indeterminadas ni integración analógica alguna; es decir, no puede utilizarse otro delito para cubrir un vacío legal cuando la conducta no está expresa y detalladamente descrita y sancionada en la ley. Por otra parte, se encuentra la prohibición de aplicación de normas que no sean escritas (es decir, de la costumbre o del derecho consuetudinario). Este principio esencial también es violentado en la mayoría de las sentencias que se fundamentan sobre la base de la costumbre internacional (*ius cogens*) o de normas de derecho internacional que no están vigentes en Chile o que no lo estaban al momento de producirse los hechos; especialmente porque la mayoría de esas normas no establecen tipos penales, sino que solo dan pautas para que los Estados parte los incorporen en sus respectivos derechos internos.

- d) **Irretroactividad de la ley penal.** Por razones de seguridad jurídica, es necesario que el legislador no le otorgue retroactividad a una ley penal, por más que la acción sea disvaliosa y perjudicial para la sociedad. La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es una concreción básica del principio de legalidad. La retroactividad solo está permitida cuando la nueva ley resulta más beneficiosa para el inculpado.
- e) **Pro reo o principio de favorabilidad (*favor rei*).** Protege al imputado en caso de conflicto de leyes. Constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro. Surge de la máxima *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda*. Se materializa a través de la aplicación de la ley más favorable al imputado. Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existe al pronunciarse el fallo, se aplicará siempre la más benigna. Este concepto de la ley penal más benigna está íntimamente relacionado con el de “ultraactividad de la ley más benigna”: si la ley vigente en el momento de la comisión del hecho es modificada o derogada antes del juzgamiento es aplicable por ser más benigna; y con el de “ley penal intermedia más favorable”: aquella que entra en vigor después de la comisión del delito, pero que es modificada nuevamente, antes de la sentencia, por otra más rigurosa, se aplica la ley más benigna.
- f) ***In dubio pro reo.*** En caso de duda, ya sea por insuficiencia probatoria u otra razón, se deberá decidir en el sentido más favorable para el imputado o acusado. Esta garantía está muy relacionada con el principio de inocencia. En virtud de este principio, la condena solo puede fundarse en la certeza y verdad de lo establecido durante el proceso, de tal manera que si no se produce plena convicción en el juzgador o si sobreviene alguna duda, necesariamente deberá absolverse al acusado.
- g) **Derecho fundamental a un debido proceso.** Si bien la noción de debido proceso es común a todo tipo de causa, en materia procesal penal resulta esencial. Nuestra Constitución Política no utiliza la expresión “debido proceso”, tal vez por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*). El constituyente de 1980, en el número 3 del artículo 19, optó por usar la expresión equivalente de “las garantías de un racional y justo procedimiento” (expresión que fue posteriormente reemplazada por la de “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”). En diversos tratados internacionales de derechos humanos se consagran los requisitos que debe reunir el debido proceso, entre los cuales podríamos mencionar los siguientes: toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, en condiciones de plena igualdad y con justicia, 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; presunción de inocencia; respeto de los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley penal; de favorabilidad, non bis in idem y otros; permitir al imputado la oportunidad de una adecuada defensa; no presunción de derecho de la responsabilidad penal; examen y objeción de la prueba rendida; existencia de recursos procesales; debida fundamentación de las sentencias, etc.
- h) ***Non bis in idem.*** Aforismo latino que significa *no dos veces sobre lo mismo*. Con esta expresión se quiere indicar que nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, a fin

de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior, al que se le dio término ya sea por sentencia ejecutoriada o por sobreseimiento definitivo. En otras palabras, este principio —que es una expresión del principio de seguridad jurídica— garantiza a toda persona el no ser juzgada dos veces por el mismo delito. Esta garantía se concreta en una institución procesal que se denomina la **cosa juzgada** y se traduce en un impedimento procesal que niega la posibilidad de interponer una nueva acción y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto. El principio *non bis in idem* tiene efectos muy concretos en el proceso penal. El primero de ellos es la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; el que ha sido condenado, no puede ser nuevamente condenado a una sentencia más grave. Por imperio de este principio, la única revisión posible es una revisión a favor del imputado. El Código Procesal Penal establece este principio en su artículo 1º, en los siguientes términos: “*La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho*”.

- i) **Principio de inocencia.** El estado jurídico de inocencia, conocido como "presunción de inocencia", es uno de los elementos esenciales del debido proceso, de la garantía del proceso justo. Diversos son los textos que lo consagran, tanto en el ámbito internacional como en los ordenamientos nacionales, siendo todas las fórmulas utilizadas similares. Nuestra Constitución Política no contempla la fórmula tradicional del principio, pero sí está recogido en el artículo 4º del Código Procesal Penal, en los siguientes términos: “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”. Esta presunción es un derecho básico del imputado. Lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la acusación; el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. Es preciso que la culpabilidad sea demostrada por el acusador; si el querellante no prueba, se debe absolver al querellado.
- j) **Onus probandi o carga de la prueba.** Al operar la presunción de inocencia a favor del acusado, es claro que la carga de la prueba corresponde a la acusación. Este principio jurídico señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales y su fundamento radica en el aforismo de derecho que expresa que “lo normal se presume, lo anormal se prueba”. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad debe probarlo. Este principio se expresa en aforismos latinos tales como: *actori incumbit onus probandi* (la carga de la prueba incumbe al actor) o *actore non probante reus absolvitur* (si el demandante no prueba, se absuelve al demandado). En los casos de procesos por “secuestro permanente”, son los querellantes quienes deben probar que el “secuestro” se ha prolongado en el tiempo y no los inculpados o acusados
- k) **Normas reguladoras de la prueba.** Son aquellas pautas básicas que importan una restricción a las facultades privativas de los sentenciadores en la valoración de la prueba. Su inobservancia se produce cuando se invierte el peso de la prueba; cuando se rechaza una probanza que la ley autoriza o cuando se acepta una que la ley repudia; y cuando se altera el valor probatorio que la ley le asigna a los diversos medios de prueba. El artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal dispone que la acreditación de los hechos en un litigio criminal solo puede obtenerse a partir de los medios de prueba legal, y esos son los que están especificados en el artículo 457 del mismo código.
- l) **Principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*).** La importancia indiscutida de la culpabilidad como elemento esencial integrante de un hecho delictivo para que surja responsabilidad criminal para su autor, ha llevado a consagrarla como principio básico o fundamental de la justicia penal. La culpabilidad es un juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta en que se encontraba podía haber evitado su perpetración, y de esta forma haber actuado conforme a derecho. La idea esencial de la

culpabilidad es la “reprochabilidad” que se hace al actor por el hecho delictivo que ha cometido en forma libre, racional y voluntaria, cuando podía haberse abstenido de realizarlo o haber actuado de otra manera en el caso concreto. La esencia de este principio puede expresarse en dos proposiciones: “sin culpabilidad no hay pena” y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad”; dicho en forma sumaria, la culpabilidad es “fundamento y medida de la pena”. A ello cabría agregar que “sin libertad no hay culpabilidad”. Evidentemente, el reproche de culpabilidad puede estar ausente si al actor no le era exigible otro comportamiento o si su actuar delictivo se debió a que la situación en que se encontraba era anormal o excepcional. En los casos de derechos humanos, los sentenciadores no consideran que el grado de culpabilidad del autor del hecho muchas veces está muy disminuido o es inexistente, dado el escaso grado de libertad de éste —por la obediencia forzada en instituciones altamente jerarquizadas y por tener que cumplir órdenes, desconociendo muchas veces el fin de la operación o el fundamento de tal orden—, la crisis del orden institucional en el que las garantías individuales estaban restringidas, y el convencimiento de estar haciendo lo correcto ante el enemigo en una situación de guerra interna (si bien no hubo una guerra interna formal al tenor de los Convenios de Ginebra, tal guerra sí existió, en los hechos, para los militares en acción en esa época; así fue percibida por ellos). Para efectos de determinar el grado de culpabilidad de los hechores, no pueden olvidarse las particularísimas circunstancias contextuales de la época que se vivía. En muchas sentencias se le atribuye a los imputados una especie de responsabilidad objetiva, atendiendo más a la gravedad de los hechos que al grado de culpabilidad de los autores (responsabilidad subjetiva).

- m) **Principio de personalidad de la sanción penal.** La responsabilidad penal es algo eminentemente personal. En consecuencia, no existe responsabilidad por hechos delictivos ajenos ni tampoco por el mero hecho de haber sido superior jerárquico del hechor; como es el caso de algunos militares que han sido condenados por “responsabilidad del mando”, sin haber tenido participación alguna en el delito, ni en calidad de autor —material o intelectual—, ni de cómplice o encubridor.
- n) **Seguridad jurídica.** El hombre requiere seguridad y certeza en la vida social; tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto de él y qué es lo que él puede hacer respecto de los demás. Satisfacer esa necesidad es uno de los fines del derecho, lo que realiza mediante normas jurídicas. La seguridad jurídica se vincula con el Estado de Derecho y con el saber a que atenerse. Podríamos definirla como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes; la certidumbre de que ellas serán cumplidas rectamente y sin arbitrariedades. En materia de juicios por casos de derechos humanos no hay seguridad jurídica alguna, ya que los fallos no dependen de lo que la legislación vigente establece, sino que de la forma en que ésta es o no es aplicada por los tribunales, de la aplicación de normas de derecho internacional no vigentes en Chile, y de la forma en que están integradas las salas de las Cortes de Apelaciones o la sala penal de la Corte Suprema el día en que corresponde la vista de la causa. Lo único seguro pareciera ser que cada día que pasa aumenta el encono y el grado de iniquidad y de venganza en contra de los militares y carabineros en retiro..
- o) **Leyes procesales rigen *in actum*.** Como regla general, las leyes procesales (aquellas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios) poseen vigencia *in actum* y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir; salvo cuando la ley anterior contenga disposiciones más favorables al imputado. Al respecto, el artículo 11 del Código Procesal Penal (que reemplazó al antiguo Código de Procedimiento Penal) establece: “*Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado*”. Sin embargo, a los militares no le están siendo aplicadas las leyes procesales del nuevo sistema procesal penal que están vigentes en todo el territorio nacional y para todos los habitantes del país, sino que le están siendo aplicadas las

normas del sistema procesal penal antiguo, que son muy desfavorables para éstos; lo que además de vulnerar la garantía de igualdad ante la ley violenta el principio de favorabilidad. Ello se debe a la actual coexistencia de dos sistemas procesales penales en Chile, lo que como veremos más adelante, constituye una discriminación absolutamente arbitraria, abiertamente inconstitucional y que no tiene justificación alguna. En todo caso, aun cuando a los militares les esté siendo aplicado el sistema antiguo, no hay razón alguna para que no les sean reconocidos aquellos derechos, garantías o principios judiciales penales que establece el nuevo sistema y que no resulten incompatibles con el antiguo. Sin embargo, ello no ocurre y el sistema antiguo les sigue siendo aplicado a los militares, con todo su rigor y su falta de garantías.

- p) Derecho a un tribunal imparcial.** Este derecho fundamental se ve violentado en muchos casos, en que los jueces tienen relaciones de amistad o de parentesco con los querellantes —y que, no obstante, no se inhabilitan— o que manifiestamente adhieren a posiciones políticas antagónicas con las de los acusados, lo que se ve reflejado en sus resoluciones. Esta falta de imparcialidad se ve agravada por el hecho de que a los imputados les es aplicado el sistema procesal penal antiguo, en que el juez del crimen es el encargado de investigar, de acusar y de dictar sentencia. No puede haber dudas razonables de que un juez tal —cuando en una misma cabeza están las funciones persecutoria y juzgadora— carece objetivamente de imparcialidad para juzgar. Evidentemente, el juez es determinado por los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria. Resulta esencial que quien deba realizar el juicio de culpabilidad definitivo no haya anteriormente tomado decisiones que impliquen un juicio preparatorio sobre esa declaración de culpabilidad. Cuando el juez decide someter a alguien a proceso y, más aún, cuando lo acusa, es porque ya tiene la convicción de que el acusado es culpable. Es por ello que en el sistema procesal antiguo el plenario carece de relevancia y solo sirve para ratificar lo obrado en el sumario, ya que es en esta etapa en la que el juez ha adquirido el convencimiento de la responsabilidad penal del imputado.
- q) Principio de humanidad.** Se refiere a tener que tratar con respeto a los procesados o condenados, ahorrándoles vejaciones inútiles, sufrimientos y humillaciones; concediéndoles indultos, libertad vigilada, remisión condicional de la pena u otras medidas alternativas y beneficios carcelarios en igualdad de condiciones que al resto de los chilenos; lo que no ocurre en el caso de los militares, a quienes normalmente no solo no les son otorgados, sino que, por el contrario, se les mantiene encarcelados incluso cuando tienen una avanzada edad y padecen de gravísimas enfermedades terminales. De hecho, algunos ya han fallecido en la cárcel. Reconocer que los militares y carabineros no son un peligro para la sociedad, por cuanto se trata de personas disciplinadas, de orden, de trabajo y de familia, y cuya peligrosidad como reincidentes es inexistente. Más aun si consideramos que los delitos investigados ocurrieron en un contexto social histórico que gravitó muy significativamente en su realización, que actualmente no está presente y que difícilmente se volverá a repetir (siempre que no se les continúe entregando las armas de la democracia a quienes pretenden destruir la democracia).
- r) Excepcionalidad de la prisión provisional.** El acusado, hasta el momento de dictarse la sentencia, es una persona inocente. La libertad es la regla general. La prisión provisional puede decretarse solo muy excepcionalmente. Sin embargo, en los casos de derechos humanos los procesados son sometidos a prisión preventiva —por largos períodos— por constituir un “peligro para la sociedad”; absurdo que viene en confirmar la iniquidad de los jueces en contra de los militares que estamos denunciando en este artículo. Tal prisión preventiva, de personas que durante décadas han observado una conducta intachable, es absolutamente innecesaria y solo tiene como propósito humillar a los militares y carabineros en retiro, a sus familiares y descendientes; así como el de enviar un mensaje a los que están en actividad sobre lo que les podría ocurrir si osaren intervenir en el rescate de la institucionalidad democrática y republicana de la nación, como lo hicieron sus

antecesores.

- s) Extinción de la responsabilidad penal.** Hay ciertas instituciones de extinción de la responsabilidad penal que están siendo desconocidas, tales como la prescripción y la amnistía, así como la cosa juzgada. Y lo están sobre la base de argucias, artimañas, ficciones o trapacerías; la más conocida de las cuales es el mal llamado “secuestro permanente” y, últimamente, la de calificar los hechos investigados como delitos de lesa humanidad.
- t) Reformatio in pejus.** Prohibición de “reforma para lo peor” o de empeorar la situación de la persona que recurre, aumentando el monto de la condena cuando solo apela el condenado. En rigor, los tribunales aún no han vulnerado este principio, pero nada extrañaría que lo hicieran en el futuro: total, si ya han pasado a llevar tantas garantías, una más sería lo de menos. En todo caso, han andado muy cerca de hacerlo, ya que la Corte Suprema —como ocurrió en el episodio Rudy Cárcamo Ruiz, en las sentencias a las que ya nos hemos referido— empeoró la situación de los sentenciados, pero no merced a un recurso de la parte querellante, sino que del ministerio del Interior.
- u) Estado de Derecho.** Que podríamos definir como gobierno de las leyes; como la estructuración de la vida social en torno a un ordenamiento jurídico. Es aquel que rige por un sistema de leyes e instituciones ordenado en torno a una Constitución. Cualquier medida o acción debe estar sujeta o ser referida a una norma jurídica escrita. En un Estado de Derecho las leyes organizan y fijan límites al gobierno. Se requiere, además, que cualquier poder sea limitado por la ley, que condiciona no solo sus formas sino también sus contenidos. Este se crea cuando toda acción social y estatal encuentra sustento en la norma. Así, el poder del Estado y de sus diversos órganos queda subordinado al orden jurídico vigente, creando un ambiente de respeto absoluto de la persona humana y del orden público. Nuestra Constitución Política, en sus artículos 6 y 7 (ubicados en el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad), consagra los principios de supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo, de legalidad y de juridicidad; expresiones básicas del Estado de Derecho. Además, consagra el principio de la vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo tales preceptos obligatorios tanto para los gobernantes como para los gobernados. Hay numerosas disposiciones constitucionales que son violadas por los tribunales en los juicios de derechos humanos, tales como las del debido proceso, la de igualdad ante la ley, la de igualdad ante la justicia o en la aplicación de la ley, el principio de legalidad y el principio de tipicidad. Estos últimos, principalmente en aquellas sentencias que se fundamentan en la costumbre internacional o en tratados internacionales que no están vigentes en Chile. El Estado, en cuanto Estado de Derecho, debe prescindir de toda otra fuente que no sea la ley.
- v) Principio de racionalidad.** La racionalidad, el buen criterio y el sentido común han estado, en muchísimos casos, completamente ausentes en los juicios por derechos humanos, como por ejemplo en los caratulados como de “secuestro permanente”. Es poco serio, por no decir estúpido, establecer en las resoluciones judiciales —ya sea en los autos de procesamiento o acusatorios o en las sentencias mismas— que una determinada persona permanece secuestrada en una repartición militar desde el año 1973 hasta la fecha actual, en circunstancias que, además del largo tiempo transcurrido, no hay prueba alguna que indique que ello sea efectivo. Tal absurdo llega al extremo de dictaminar que el “secuestro” está siendo cometido por personas que están privadas de libertad.
- w) Cumplimiento simultáneo de las condenas.** Finalmente, nos referiremos a la errónea interpretación que hacen los tribunales del artículo 74 del Código Penal, relacionado con el cumplimiento de las penas privativas de libertad por más de un delito. Como es sabido, en materia de causas de derechos humanos es frecuente ver la imputación de más de un delito a un mismo sujeto. Pues bien, dicho

artículo establece que las condenas coincidentes en el tiempo deben cumplirse simultáneamente, salvo las excepciones expresamente determinadas en esa norma. Sin embargo, los tribunales disponen su cumplimiento en orden sucesivo. ¿Se tratará de la aplicación de un nuevo principio que está siendo creado por nuestros tribunales, en contraposición al “pro reo” y que podría denominarse “contra militari”?

5. “SECUESTRO PERMANENTE”

Como es obvio, para que existiera “secuestro permanente” debería acreditarse el hecho punible; es decir, primero, un secuestro y, segundo, que él permanece. Si no se prueban ambas cosas, no hay delito ni puede haber juicio.

En rigor, una cosa es que el secuestro tenga la característica de delito de ejecución permanente —al igual que otros tales como la violación de morada o el manejo en estado de ebriedad— y otra muy distinta es la elemental exigencia de que la permanencia de la consumación de este delito debe ser probada en el proceso, como todos los demás elementos del delito (conducta —acción u omisión—, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

En efecto, que el secuestro tenga el carácter de permanente significa que la conducta del autor crea una situación antijurídica —en este caso, la privación de libertad— que se sigue consumando mientras se mantiene ese estado por voluntad del autor. Pero esta característica del secuestro no libera al tribunal de tener que acreditar que la prolongación de este delito y la participación en él de los imputados ha continuado con posterioridad al 10 de marzo de 1978, fecha límite de vigencia de la amnistía, o de la fecha en que se cumplió el plazo de prescripción de la acción penal.

Sin embargo, la alucinante tesis del “secuestro permanente” postula que se ha cometido y se está cometiendo secuestro cuando consta en un proceso la mera detención o la privación de libertad inicial de un sujeto y no consta posteriormente en el mismo proceso o su muerte o su puesta en libertad; y que al desconocerse su actual paradero, se presupone su existencia vital en régimen de secuestro.

Esta tesis tiene dos efectos prácticos: el primero es que sustrae a los hechos constitutivos de delito de la esfera de aplicación de la Ley de Amnistía (Decreto Ley 2191 de 1978) —porque cronológicamente han salido del tiempo en que esa ley tiene vigencia—; y, el segundo, es que se impide la aplicación de la prescripción —porque ésta solo comienza a correr a contar del momento en que se termina de ejecutar el delito—.

Con esta tesis del “secuestro permanente” se invierte el peso de la prueba, desplazándola desde el acusador —que es quien debe probar los elementos del delito— hacia el acusado; y se da el absurdo de que los procesados o condenados, aun estando privados de libertad estarían cometiendo el delito de secuestro. Y como normalmente nunca se podrá probar la inocencia o el fin del secuestro —menos aún si el juez no acepta como válidos o no considera ciertos elementos probatorios—, éste se transforma en un delito inextinguible: una vez cumplida su condena y como el delito aún se está cometiendo, el “secuestrador” sería nuevamente procesado y condenado, y así, sucesiva e interminablemente.

Hay jueces o ministros de Corte de Apelaciones en visita extraordinaria que no solo violan abiertamente la presunción de inocencia —que es un derecho esencial de los imputados—, sino que en muchísimos casos no consideran pruebas que acreditan fehacientemente determinados hechos que favorecen al acusado, tales como pasaportes u otros instrumentos en los que consta que éste no estuvo en el lugar de los hechos en el momento o en la época en que ellos ocurrieron.

Tenemos, por ejemplo, el denominado “caso Woodward”, en el que no le fue asignado valor alguno al certificado de sepultación del cementerio y al certificado de defunción emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación para acreditar el fallecimiento de dicho sujeto; y tampoco a la constancia que de su muerte hay en el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (informe Rettig). Así, se llega a un auto de procesamiento absurdo, en el que se dice que Michael Woodward “*fue privado de su libertad de desplazamiento sin derecho, manteniéndose bajo detención o encierro en recintos de la Armada, lo que se ha prolongado desde el mes de septiembre de 1973 hasta el día de hoy*”. Este aserto, que repugna a la razón, fue reproducido en similares términos en el auto acusatorio de fecha 12 de mayo de 2011.

Esta fantasía, esta farsa grotesca, esta felonía de establecer —sin prueba alguna que así lo acredite y, por el contrario, habiendo pruebas en sentido opuesto— que el señor Woodward está actualmente detenido o encerrado en recintos de la Armada es demencial y carente del más elemental sentido común. Pero, como no es posible atribuirle tales características a un juez, no queda otra posibilidad que la de presumir sevicia, odio y resentimiento exaltados hasta el paroxismo.

Los casos como el precedentemente descrito son innumerables. Lamentablemente, esta actitud aberrante de algunos jueces de primera instancia es —en la mayoría de los casos— cohonestada tanto por las Cortes de Apelaciones como por la Corte Suprema.

Los órganos jurisdiccionales deben legitimarse ante la ciudadanía mediante sus fallos y resoluciones, en los que a través de sus motivaciones dejan de manifiesto que sus decisiones no son caprichosas ni arbitrarias, sino que producto de un razonamiento lógico, coherente, transparente y ajustado a derecho.

Resoluciones como las antedichas, absolutamente sesgadas y tendenciosas en contra de los integrantes de las FF.AA. y Carabineros, desprestigian a la judicatura y al sistema legal.

Para fundamentar la sentencia no basta con que el sentenciador aduzca o exprese cualquier razón, que motive el acto de cualquier manera. Las razones que el sentenciador ha de aducir, para excluir la tacha de arbitrariedad, tienen que tener alguna consistencia, un fundamento objetivo capaz de justificar la decisión y de asegarar para ella el calificativo de racional.

La figura utilizada no tiene asidero en el derecho chileno, según el cual el fundamento de todo proceso penal es la existencia del hecho punible, pues es público y notorio que ante ninguno de dichos jueces se ha rendido prueba alguna que sugiera la existencia de algún individuo permanentemente secuestrado. Más aún, las pruebas en contrario son múltiples, y tanto los jueces como la ciudadanía entera saben que eso es una mentira y que tales hechos punibles son inexistentes. Fingirlos es solo un ardid destinado a eludir la aplicación de leyes vigentes, como la amnistía y la prescripción.

Hay innumerables casos en los que se usa el subterfugio de hablar de “secuestro permanente” para no declarar extinguida la responsabilidad, pese a no haber en la causa antecedente de que hubiera habido un secuestro y que éste hubiera permanecido en el tiempo. Su existencia tendría que probarse, pues el Código de Procedimiento Penal determina que “la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal”. Pero en tales casos no hay prueba del supuesto “secuestro permanente”. Se ha llegado a presumir de derecho el delito, pues no se admiten pruebas en contrario. Y tal presunción de derecho está prohibida por la Constitución.

Por otra parte la ley le exige al juez que, antes de condenar, haya adquirido por los medios de prueba legal la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable (artículo 456 bis del Código de Procedimiento

Penal). El juez debe llegar a la plena convicción del secuestro, y dicha convicción no debe simplemente afirmar que “tuvo lugar un secuestro”, sino que hay que llegar a la completa convicción de que dicho secuestro se sigue perpetrando. Si los jueces son capaces de llegar a la “convicción” de un absurdo, de una fantasía que solo puede existir en una mente afiebrada, los ciudadanos ya no sabremos qué esperar cuando nos sometamos a su jurisdicción.

Los jueces que procesan o condenan por secuestro utilizan el siguiente razonamiento falso: no han sido encontrados los restos de fulano y, por lo tanto, está vivo; y como no ha sido visto circulando por las calles ni se ha presentado a las autoridades quiere decir que está secuestrado. El mismo argumento falaz podría utilizarse en sentido contrario: si fulano no ha sido encontrado vivo, quiere decir que está muerto y, por lo tanto, no está secuestrado.

Es innegable la importancia del sentido común en la convicción que puede formarse el juez. La convicción que la ley reclama no puede desafiar a la razón ni a la lógica, y las conclusiones a que es posible arribar, a partir de ciertos antecedentes comprobados, no pueden no considerar, por ejemplo, la duración de un secuestro y la factibilidad —en relación con el tiempo transcurrido— de la sobrevivencia del secuestrado luego del sometimiento a prisión del secuestrador por largo tiempo. Esa supervivencia debería prolongarse y, por ello, investigarse la responsabilidad penal de los “otros” coautores, cómplices o encubridores —distintos del preso— que mantienen con vida al secuestrado, puesto que no se realiza el tipo penal del secuestro sin secuestrado vivo; y el inculpado preso no ha podido tener cuidado de la víctima. De no probarse directamente la supervivencia del secuestrado, estamos presumiéndola: ¿con qué antecedentes y fundamentos?

No es razonable dar por prolongada la situación antijurídica de secuestro por el hecho de no localizar el cadáver o de no ubicar a la persona, después de haber transcurrido cuatro décadas desde la ocurrencia de los hechos denunciados. Falta la verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido, bien porque el detenido ha recuperado su libertad o bien porque ha fallecido. Por ello ha de considerarse que los hechos que la originaron han dejado de tener relevancia penal al tiempo de la denuncia. Y la admisión de tal denuncia puede calificarse, por tanto, como arbitraria.

Sostener que frente a homicidios o fallecimientos comprobados o evidentes cometidos hace casi cuarenta años se trataría de un secuestro, porque no se encuentran los restos es una falacia, que al asentarse judicialmente solo acarrea falta de confianza en la judicatura e inseguridad a los ciudadanos sometidos a ella.

La inexistencia de un cadáver no es un impedimento para comprobar un homicidio, por cuanto el juez puede y debe reconstruir la verdad procesal utilizando los procedimientos de prueba que la legislación procesal penal vigente contempla, en sintonía con las exigencias que los respectivos tipos penales invocados imponen, mediante una lógica y armónica relación de los diversos indicios y pruebas.

Cabe al respecto preguntarse cuál puede ser la convicción del tribunal cuando, a título de ejemplo, se asesina a una persona sin dejar resto alguno de su cuerpo, como cuando alguien es arrojado a una fosa inalcanzable. Supongamos que tal acción es realizada ante la presencia de numerosos testigos; más aún, por ejercicio académico, supongamos que ello ocurre ante los ojos del juez: ¿puede éste no tener la convicción del homicidio porque no dispone de un cuerpo humano muerto?, ¿cuál es el delito, en tal caso, del cual podría tener convicción?, ¿podrían ser lesiones?

La tesis de que sin cadáver no hay homicidio es inaceptable. Peor aún aquella de que no se puede sancionar un homicidio porque no ha sido hallado el “cuerpo del delito”, en circunstancias de que el cuerpo del delito no es el cadáver, sino los hechos típicos; el hecho criminal considerado en relación con sus efectos. Un mismo hecho criminal puede constituir diferentes cuerpos de delito. Así, por ejemplo, en

una puñalada que ha causado la muerte del ofendido, el cuerpo del delito es un homicidio; y en la que no ha causado tal efecto, solo hay lesiones corporales. Se asimila la noción de cuerpo del delito con aquella que le otorga el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal: “*La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario*”.

Por lo demás, el contexto en que se produjo la desaparición de un sujeto y la circunstancia de que treinta y ocho o más años después continúe ignorándose de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que fue privado de su vida o que está en libertad.

En los procesos seguidos contra militares y carabineros por el delito de “secuestro” no sólo se está faltando a la verdad —con sentencias inicuas, que presumen como verdadero lo que es falso—, sino que se está quebrando la juridicidad y el Estado de Derecho. Continuar por la senda del debilitamiento del Estado de Derecho es muy peligroso y nada bueno augura para nuestra nación, puesto que conduce, inevitablemente, a la violencia y a la anarquía.

6. ¿SECUESTRO O DETENCIÓN ILEGAL?

Otro aspecto jurídico que dice relación con el secuestro, es el hecho de que existe en nuestra legislación penal una figura privilegiada que afecta a los funcionarios públicos, en cuya virtud aquellos que priven de libertad a terceras personas no caen dentro de la tipificación de secuestro, sino que dentro de la tipificación de detención ilegal.

En efecto, el secuestro está tipificado en el artículo 141 del Código Penal, dentro del párrafo “*crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares*”; mientras que la detención ilegal lo está en el artículo 148 “*de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”.

Por lo anterior, y de acuerdo con el principio de legalidad, ningún miembro de las instituciones armadas o de orden —dada su calidad de funcionario público— debería ser procesado por el delito de secuestro; delito que, por lo demás, tiene asignadas penas mucho más severas que el de detención ilegal.

Para procesarlos por secuestro, los jueces argumentan que la detención ilegal solo cobra sentido en cuanto el funcionario público guarda una directa relación con el aparato institucional de privación de libertad; si no lo está, tiene que aplicarse la figura de secuestro (como lo sería, por ejemplo, si el Director de Tránsito de una municipalidad detuviere a un tercero). Esta interpretación podría ser dogmáticamente correcta, solo que tiene un serio obstáculo: el principio de legalidad. Y como la ley no distingue y solo dice “funcionario público”, no le es lícito al intérprete distinguir.

Lo curioso en relación con este tema es la agilidad digna de un acróbata que demuestran algunos jueces, al calificar inicialmente a los imputados como particulares, para efectos de su enjuiciamiento y penalización —más elevada— y, posteriormente, como agentes del Estado para efectos de cobrar una indemnización pecuniaria.

7. NO APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA

La amnistía (del griego *amnestia*, olvido) es una causa de extinción de la responsabilidad penal. En doctrina, se distinguen dos clases, según sea la oportunidad procesal de su aplicación: la amnistía propia y la impropia. La propia tiene lugar antes de que se pronuncie sentencia firme, y es causa de extinción de la acción penal; la impropia debe ser otorgada una vez dictada sentencia condenatoria y extingue la pena.

En relación con esta institución de la amnistía —aplicada profusamente a lo largo de la historia del mundo civilizado—, es pertinente señalar que terminada una circunstancia extraordinaria que ha alterado el orden social y para superar las rupturas del orden institucional, es conveniente para la paz interna de la nación afectada que se promueva la reconciliación, por lo que es de bien común olvidar lo ocurrido, incluso los delitos cometidos y las respectivas penas. La prudencia recomienda dictar las más amplias amnistías una vez superado el período de anormalidad. Es comprensible el dolor de quienes han perdido a seres queridos, pero ello no puede ser obstáculo para alcanzar un bien de mayor jerarquía como lo es la paz social.

Por tales razones en el año 1978 fue promulgado el D.L. 2191, que concedió amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

Al respecto, cabría señalar que el cardenal Raúl Silva Henríquez apoyó la dictación de dicho decreto, pues lo veía como un gesto de reconciliación que iba a beneficiar a uno y otro lado y como una forma de contribuir al término del clima de enfrentamiento. Por otra parte, cabría agregar que el Cardenal estaba convencido de que la mejor forma de asegurar la futura democracia era abandonar toda clase de venganza contra los militares y que era torpe, aunque humano, exigir justicia y venganza tras el término del régimen militar.

El D.L. 2191 de 1978 sobre amnistía es válido y está plenamente vigente, como lo afirma la generalidad de los juristas, aunque haya decaído su aplicación y exista un cuestionamiento a su respecto.

El comportamiento de los tribunales durante los treinta años de vigencia del D.L. 2191 ha tenido una notoria variación: desde la aplicación inmediata de la amnistía bastando la comprobación de que los hechos habrían ocurrido en el período cubierto por ella (amnistía propia); pasando por su aplicación solo una vez identificados los responsables y agotada la investigación (amnistía impropia; que corresponde a la llamada “doctrina Aylwin”, según la cual —como lo expuso en el oficio que le enviara a la Corte Suprema en el año 1991— la vigencia de la ley de amnistía no podía ser obstáculo para que se llevara adelante la investigación judicial); hasta su no aplicación, casos en los que han sido dictadas sentencias condenatorias y con cumplimiento efectivo de las penas asignadas. Esta evolución no es jurídicamente aséptica: está influida por la posición política que abrazan los jueces.

Lo anterior, aparte de restarle certeza a la aplicación del derecho y a la seguridad jurídica, atenta abiertamente contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Las doctrinas en virtud de las cuales se niega la aplicación de la amnistía van desde el absurdo de que las “víctimas” aún están secuestradas —razón por la que el delito no cae dentro del período cubierto por la amnistía— hasta la aplicación de normas de la costumbre internacional o de tratados de derechos humanos que establecen que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles e inamnistiables, aun cuando los delitos investigados no cumplan con los requisitos para ser considerados como tales y que dichas normas no estén vigentes en Chile o que no lo estaban a la fecha de comisión de los supuestos delitos.

No obstante lo antedicho los tribunales de justicia, como hemos visto, con diversos pretextos y recurriendo a interpretaciones que chocan con el principio de legalidad y con el sentido común, buscan la manera de inaplicar dicha ley.

Los tribunales también pasan por sobre el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, que ordena a los jueces: “*Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere*

iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”.

La norma es clarísima y está redactada en términos imperativos: no faculta al juez para hacer algo, sino que le ordena actuar de una determinada manera.

Y resulta que, prácticamente en la totalidad de los casos, los hechos están cubiertos no solo por la amnistía de 1978, sino que también por la prescripción. Ambas, de acuerdo con el artículo 93 del Código Penal, extinguen la responsabilidad penal y dan lugar al sobreseimiento definitivo. Los jueces, incluso, tienen la obligación de declarar la prescripción de oficio, aun cuando el procesado no la alegue, según lo dispone el artículo 102 de ese mismo código.

Por otra parte, el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal dispone: *“El juez debe investigar, con igual celo, no solo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen”.*

Finalmente, nos referiremos a la doctrina de la jurista doña Clara Szczaranski, quien señala que la amnistía vigente en Chile es la impropia. Funda tal aserto al constatar que la amnistía contenida en el D.L. 2191 de 1978 no se refiere a hechos, sino a personas, de lo cual se desprende que esta disposición exige la determinación de sujetos culpables respecto de un ilícito penal específico, en calidad de autores, cómplices o encubridores. El grado de participación culpable de un acusado en un delito solo puede determinarse una vez agotado un proceso penal, en virtud de una sentencia ejecutoriada. Apoya su planteamiento en un informe en derecho elaborado en el año 1986 por la ministro de Justicia que suscribió dicho decreto, doña Mónica Madariaga Gutiérrez, y en declaraciones públicas difundidas por la prensa nacional el 20 de diciembre de 1978 por el entonces ministro del Interior don Sergio Fernández Fernández, quien afirmó que la amnistía *“buscó justamente borrar los efectos penales tanto de los delitos cometidos por quienes habían preparado fría y sistemáticamente la guerra civil, como de los eventuales excesos en que hubieren incurrido quienes tuvieron la misión de conjurarla”, agregando que “cualquiera sea la verdad concreta en cada situación, ella puede ser investigada por los tribunales de justicia”.*

Doña Clara sostiene que la amnistía impropia vigente en Chile no es una autoamnistía —pues no es de aquellas que el hechor aplica a si mismo excluyendo la función jurisdiccional posterior y, además, es aplicable y ha sido aplicada a todo sujeto activo en el mismo período, en beneficio de personas de distinta y antagónica ideología política—; no provoca una denegación de justicia ni concede impunidad —ya que el Estado cumple con su deber de otorgar justicia, de conformidad con la normativa interna y la internacional, al investigar los hechos, determinar los responsables y sancionar jurídicamente a los culpables; lo que es algo completamente distinto del cumplimiento efectivo o ejecución de la pena—; no se opone o contraviene convenio o tratado internacional alguno sobre derechos humanos y que ella debe ser aplicada correctamente, no solo por ser ley vigente, sino que en virtud de los principios de legalidad y pro reo, garantías vigentes en Chile y, además, reforzadas por los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile vía artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Lamentablemente, la tendencia jurisprudencial ha sido la de aplicar la amnistía a los violentistas y terroristas que operaron durante el período cubierto por ella, e incluso durante los gobiernos de la Concertación, pero no a quienes tuvieron que reprimir la acción de aquellos y que también están amparados por dicha ley.

8. APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la pretensión punitiva del Estado que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito; es un límite temporal al ejercicio del poder penal del estado. Entre los fundamentos que se mencionan en la doctrina para la existencia de esta prescripción están la ausencia de necesidad de ejecución de la pena —porque los efectos que se persiguen con la declaración de responsabilidad y consecuente imposición de la pena se ven notablemente afectados por el paso del tiempo—; el desaparecimiento de pruebas o de eventuales testimonios del delito; el derecho fundamental a un proceso penal sin dilaciones indebidas; que dado el transcurso del tiempo se pierde el interés estatal en la represión del delito y que el delincuente ya se ha redimido; y en consideraciones de seguridad jurídica, es decir en la necesidad de considerar consolidados los derechos y saneadas las situaciones anormales cuando ha transcurrido un tiempo suficientemente largo, orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente. Al respecto, no debe olvidarse que la ley penal otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora; y en los casos de derechos humanos a los que nos estamos refiriendo es altísimamente improbable que los imputados por un delito vuelvan a cometerlo en el futuro.

La prescripción de la pena, por su parte, extingue la responsabilidad criminal debido al transcurso de un determinado plazo de tiempo desde la imposición firme de la pena, o desde la interrupción de su cumplimiento, sin que la pena se ejecute o se acabe de ejecutar.

La denominada prescripción gradual del delito o “media prescripción” es la atenuante calificada por el plazo transcurrido, establecida en el artículo 103 del Código Penal, que señala: “*Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante (...)*”. Esta atenuante encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, incidiendo en consecuencia en un castigo menor.

Al examinar las sentencias dictadas en la última década en que se ha absuelto a los responsables de violaciones a los derechos humanos, podemos apreciar que ellas se han basado en la prescripción y no en la amnistía. Se fundamentan en que, dado el tiempo transcurrido, no es posible sostener que la privación ilegal de libertad subsista; en la consideración de que no existen en la causa datos precisos y determinantes que así permitan sostenerlo, o indicios sobre la continuación de la ejecución del delito que permitan sostener que la detención trascendió el período cubierto por la amnistía o que ha perseverado en el tiempo; y que es impensable que el procesado haya podido persistir, más allá de dicho período, en la comisión del delito. Estas sentencias han razonado sobre la base de que no ha sido probada la continuación del encierro o detención, y que no es razonable por la sola circunstancia de ignorarse el paradero del sujeto asumir que sigue detenido, siendo por tanto aplicable la prescripción de la acción penal, aun cuando se desconozca si la privación de libertad ha concluido.

Otra argumentación empleada para aplicar la prescripción en casos de detenidos desaparecidos ha sido la de presumir la muerte, muchas veces basada en declaraciones de los propios testigos, o simplemente de calificar los delitos como homicidio, aun no habiéndose encontrado el cuerpo, estableciendo el fallecimiento de la víctima por otros medios de prueba.

Sin embargo, este criterio razonable y lógico y el subsiguiente sobreseimiento definitivo de los imputados ha sido excepcional. Por regla general la prescripción no ha sido aplicada, inicialmente por la fantástica teoría del “secuestro permanente” y, en las sentencias más recientes, fundadas sobre la base de

la supremacía de las normas de derecho internacional por sobre las del derecho interno, interpretando extensivamente la vigencia de las primeras y aduciendo que los delitos son de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptibles. En estas sentencias se ha estimado que, independientemente del consentimiento expreso del Estado de Chile, es obligatoria la aplicación de la costumbre internacional, así como de las normas derivadas de instrumentos no convencionales o de tratados multilaterales suscritos pero no ratificados por Chile al momento de la ocurrencia de los hechos o que, incluso a la fecha, no ha suscrito o ratificado.

Evidentemente, la aplicación de la costumbre internacional —ni siquiera en su modalidad más intensa de *ius cogens*— y de normas no vigentes en Chile, resulta absolutamente inadmisibles, por cuanto vulnera el principio de legalidad; un principio esencial del derecho penal y que tiene rango constitucional.

Actualmente, tampoco se está aplicando la “media prescripción”, para efectos de morigerar la pena. La Corte Suprema, en la sentencia recaída en el episodio Rudy Cárcamo Ruiz a la que nos referimos en el primer apartado, cambió la jurisprudencia que había adoptado hace cinco años y eliminó dicho beneficio. Con ello, la pena que le había sido asignada a los condenados en la sentencia de segunda instancia —con la cual se habían declarado conforme los querellantes y que, no obstante tal conformidad fue recurrida de casación por el ministerio del Interior— fue aumentada de 541 días con el beneficio de la remisión condicional de la pena a cinco años y un día sin beneficios, razón por la que actualmente los presuntos responsables del supuesto delito están cumpliendo la pena señalada en la cárcel.

9. PROCEDIMIENTO PENAL APLICADO A MILITARES CONFIGURA UNA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Como efecto de la no aplicación de la prescripción, aparte de dar curso a un proceso en el que la responsabilidad penal del inculpaado se encuentra extinguida, se produce otro atentado contra el principio de igualdad ante la ley: en virtud de una disposición constitucional transitoria (actual octava, ex trigésima sexta), a los militares se les aplica el sistema procesal penal antiguo —un sistema inquisitorial, no el acusatorio o garantista que rige para el común de los ciudadanos— que posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que no satisface las exigencias del debido proceso, que no respeta derechos o garantías fundamentales de los imputados, que no aplica la presunción de inocencia, que penaliza informalmente dada la alta incidencia de la prisión preventiva, que despersonaliza al inculpaado y que no es coherente con la noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. El antiguo procedimiento penal es incompatible con un auténtico Estado de Derecho y, además, injusto, lento y carente de las necesarias condiciones de imparcialidad, al asumir un mismo juez las funciones persecutorias y juzgadoras (cuando el juez dicta el auto acusatorio ya está convencido de la culpabilidad del imputado y en su sentencia, normalmente, no hace nada más que confirmar tal convicción).

La referida disposición constitucional transitoria fue introducida a la Carta Fundamental mediante una reforma constitucional del año 1997, que agregaba el capítulo correspondiente al Ministerio Público, y en ella se establecía que las normas de dicho capítulo regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, y que ella podría establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

Ello significó que durante el período que demoró la implementación gradual de la reforma en las distintas regiones del país se produjo una manifiesta falta de igualdad ante la ley, ya que en una región se aplicaba el sistema procesal penal antiguo y en otra el nuevo, cuyos efectos sobre los procesados eran enormemente diferentes.

Si bien tal discriminación tenía una justificación que podría considerarse razonable durante el período de transición del sistema antiguo al nuevo (en forma gradual en las diversas regiones del país, proceso que culminó el 16 de junio de 2005) y, por tanto, no ser calificada como una discriminación arbitraria, en la actualidad sí lo es, por cuanto tal discriminación no tiene justificación alguna, sino que solo obedece a un mero capricho del legislador.

En efecto, actualmente tal discriminación carece de una motivación o fundamento racional, no propende al bien común, no obedece a principios de justicia o de equidad ni a fundamentos éticos o jurídicos y es, por tanto, una discriminación injusta, odiosa y caprichosa entre ciudadanos o personas de una misma categoría.

Esta discriminación arbitraria, que la propia Constitución prohíbe, perjudica a las personas a las que les es aplicado el antiguo sistema procesal penal.

Pero, ¿por qué se mantiene hasta el día de hoy la referida discriminación, en circunstancias de que la reforma procesal penal ya está vigente en todas las regiones del país y de que las leyes procesales rigen *in actum*?: porque la referida disposición constitucional transitoria establecía que el procedimiento procesal penal nuevo se aplicaría exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de sus disposiciones.

De esta forma, se impidió aplicar la reforma procesal penal a los procesos incoados en contra de los militares por violaciones a los derechos humanos, aún a los no iniciados, por cuanto los hechos que se les imputa a los querellados habrían ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Esa disposición tan absurda y que daba origen a la discriminación arbitraria que estamos denunciando: ¿fue hecha con la precisa intención de perjudicar a los militares? No lo sabemos, pero no resultaría extraño que así hubiese sido.

Ahora bien, discuriendo acerca de este tema en relación con las querellas y procesamientos por el delito de secuestro, hemos llegado a la siguiente conclusión: si estamos hablando de un delito de secuestro, quiere decir que tal delito se está consumando; que es un hecho presente. Y ese es, precisamente, el argumento utilizado por los jueces para no aplicar la prescripción. Pues bien, si se trata de un hecho presente, quiere decir que es un hecho acaecido con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y, por lo tanto, habría que aplicarle, para su enjuiciamiento, el nuevo sistema procesal penal.

¿Es muy aventurado lo que estamos diciendo? Nos parece que no, pero como algunos jueces han demostrado ser muy ingeniosos, seguramente van a encontrar alguna argucia para hacer tabla rasa de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y van a decir algo así como: “no señor, la fecha que vale para estos efectos es la correspondiente a la del principio de ejecución del delito”.

Finalmente, cabría comentar que el sistema procesal antiguo, inquisitivo y secreto, es muy funcional para los propósitos de ocultar ante la ciudadanía la iniquidad que se está cometiendo contra los miembros de las FF.AA. y de Orden en situación de retiro.

10. ASOCIACIONES ILÍCITAS

El delito de asociación ilícita está establecido en el artículo 292 del código Penal, el que señala: “*Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*”.

Las afirmaciones que hacen algunos jueces en sus sentencias, en el sentido de que ciertos órganos de las instituciones de la defensa eran asociaciones ilícitas (tales como la DINA, la CNI, el Comando Conjunto, los departamentos de inteligencia de los estados mayores —denominados A-2 en la

Armada y de un modo similar en las otras instituciones congéneres—, las Comandancias de Área Jurisdiccional de Seguridad Interior o CAJSI y otros propios de la organización de la seguridad interior durante estados de excepción constitucional, que tradicionalmente han formado parte de la estructura orgánica de dichas instituciones, desde muchísimo tiempo antes del año 1973) no tienen asidero alguno, son absurdas, erróneas, carentes de toda seriedad y tendenciosas, con una innegable motivación e intencionalidad política, que persigue aumentar la penalidad asignada a los delitos atribuidos a los procesados.

En cambio, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) —organización marxista-leninista que promovía la insurrección popular armada y que ejecutaba operaciones de carácter guerrillero— fue declarado “empresa” por la Contraloría General de la República (mediante el dictamen 45431 del 10 octubre de 2007, a fin de pagarle pensión como exonerados políticos a sus “funcionarios” y a su “gerente general”, Andrés Pascal Allende).

11. CONVENCIONES INTERNACIONALES

La mayoría de las convenciones internacionales que se citan para condenar a los imputados no estaban vigentes en la época en que ocurrieron los hechos o bien no son aplicables, como es el caso de la Convención de Ginebra. Este convenio no es aplicable por cuanto no se dieron en Chile los supuestos de hecho de una guerra interna o conflicto armado no internacional y respecto de las cuales obligan sus disposiciones. Por otra parte, esta convención no prohíbe la aplicación de amnistías, sino, por el contrario, las recomienda. En el protocolo adicional II se establece que: *“a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o determinadas por motivos relacionados con el conflicto armado”*.

Respecto a las convenciones internacionales que se citan para declarar que los supuestos delitos cometidos por militares son imprescriptibles por cuanto son de lesa humanidad, debe destacarse que ellas no son aplicables, ya sea porque no estaban vigentes en Chile al momento de cometerse los hechos o porque no establecen tipos penales, sino que solamente deberes de sancionar una serie de conductas en los respectivos ordenamientos internos. Y, al no estar tipificados los delitos en la legislación interna —aun cuando Chile haya ratificado las respectivas convenciones o tratados; y varios de ellos aún no lo han sido—, mal podrían ser sancionados, en virtud del principio de legalidad. Extender retroactivamente la prohibición de favorecer con la amnistía o la prescripción a hechos o situaciones muy anteriores a su vigencia, es fallar contra ley expresa, violación especialmente inicua en materia penal.

La ley 20.357 que tipifica los delitos de lesa humanidad solo rige en nuestro país desde la fecha de su promulgación, el 18 de julio de 2009, y en su artículo 44 ella establece que sus disposiciones solo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia; lo que está en concordancia con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, según el cual *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*.

Y, en el hipotético caso de que hubiese estado vigente el tipo de lesa humanidad, tampoco sería aplicable porque no se cumplen los presupuestos que fija el Estatuto de Roma. Lo anterior, porque para que un crimen sea de lesa humanidad tiene que ser generalizado o sistemático contra una población civil; los actos aislados o cometidos al azar no pueden ser considerados incluidos en esta tipificación.

Pero, con el propósito de pasar a llevar esa norma, hay sentencias que emiten juicios aventurados, de naturaleza política y que no se avienen con la realidad de los hechos, tales como el siguiente: *“el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves,*

masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas”.

Hacer aplicables en contra de los inculpados las normas sobre imprescriptibilidad de un tratado no ratificado por Chile o contrario a las exigencias de otros tratados ratificados y vigentes en Chile, fuera de implicar un acto absolutamente nulo o ineficaz, constituye un atropello a la juridicidad más elemental. Nada hay más indigno y censurable como que los miembros del Poder Judicial atropellen la ley en el ejercicio de la sublime atribución de condenar, sobreseer o absolver a un imputado. Aplicar principios generales del derecho, con preferencia a lo expresamente dispuesto en la ley, la Constitución o los tratados, es violentar el ordenamiento nacional e internacional vigente.

12. PROCEDIMIENTOS VICIADOS Y SENTENCIAS ESPERPÉNTICAS

El hecho cierto es que en Chile los jueces a cargo de las causas de derechos humanos —salvo contadas excepciones—, mediante procedimientos viciados y sentencias esperpénticas, envían a prisión a personas inocentes o a quienes no se les ha probado razonablemente su culpabilidad. Lo mismo ocurre con el sometimiento a proceso, sin ninguna base jurídica, de centenares de uniformados en retiro. Lo antedicho corresponde a un actuar netamente político, puesto que no lo respalda ninguna disposición legal válida. A los militares no se les está juzgando con objetividad, sino que cediendo a presiones sociales y mediáticas de sectores interesados.

La mayoría de estos procesos no son ni racionales ni justos y culminan en sentencias absurdas e inicuas, que condenan haciendo acepción de personas y, muchas veces, solo sobre la base de presunciones fundadas en declaraciones de testigos absolutamente inhábiles. Los tribunales de justicia no respetan instituciones jurídicas fundamentales y no aplican rectamente la ley, mediante interpretaciones engañosas, torcidas y artificiosas.

Y, además, desafían al sentido común más elemental. Por ejemplo: ¿es aberrante o manifiestamente criminal en sí mismo actuar trasladando detenidos? Pues bien, hay resoluciones judiciales que califican como delito de secuestro el hecho de detener a una persona y de custodiarla mientras es llevada a un lugar de detención; función que es normal y propia de las policías. Más aún, se ha llegado al extremo de imputar coautoría de secuestro a todos aquellos que en algún momento “tuvieron contacto con el detenido”.

En cuanto a los procesos por delitos calificados como “secuestro permanente”, cabría formular los siguientes comentarios:

De acuerdo con las normas procesales, las pruebas útiles han de coincidir fielmente con el tipo penal que en derecho corresponde, respetando el principio de legalidad, en su aspecto tipicidad. Al respecto, cabe recordar que el secuestro reclama una víctima viva, dejando de ser secuestro tan pronto fallece el secuestrado.

Ahora bien, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal exige la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal acerca de la comisión del hecho punible por el que condena, además, por cierto, de la participación del imputado. Esta norma prohíbe al juez condenar sin “*la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley*”. La convicción, sin duda, es una realidad subjetiva, pero no por ello es un arbitrio que pueda carecer de sustento lógico y racional, ni de sentido común. Mucho menos puede omitir considerar todos los elementos del tipo penal que investiga.

La importancia que adquiere para el juez el precitado artículo 456 bis se traduce en la debida ponderación de la prueba que el derecho le exige para determinar la ocurrencia del ilícito penal específico que imputa, y de sus responsables. Al sentenciador no le debe caber duda alguna de que lo

sentenciado es la verdad; en otras palabras, debe creer fundadamente que el mérito del proceso lo ha conducido a la convicción de que tal delito se ha cometido, y no otro.

Así, valorando el artículo 456 bis y las numerosas sentencias y actuales procesamientos por el delito de secuestro, cabría formularnos las siguientes preguntas: ¿debemos todavía creer que las víctimas están secuestradas y presumir su vida y no su muerte provocada por terceros?; ¿cuál puede ser la convicción del juez en estos casos, que sea consistente con el sentido común y con toda lógica?; ¿cómo puede el juez afirmar en su sentencia la permanencia de un secuestro?; ¿cómo puede estar convencido de la existencia actual de un secuestrado vivo, habiendo transcurrido ya cerca de cuatro décadas y, además, no considerar el contexto histórico social en que los hechos ocurrieron?

A nuestro juicio, en la gran mayoría de los casos el contexto en que se produjeron las desapariciones y la circunstancia de que treinta y nueve años después continúe ignorándose qué ha sido del sujeto, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que fue privado de su vida.

Al respecto, es preciso recalcar el tema sustantivo de la necesaria correspondencia y suficiencia de los hechos probados en la causa frente al tipo penal invocado, no pudiendo faltar en la prueba elemento alguno de la figura penal atribuida al acusado; en el caso del secuestro, la vida del supuesto secuestrado.

Por otra parte, desde una perspectiva procesal, también es exigida la debida calificación del hecho punible, según ordena el numeral 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y puede configurarse una causal de casación en el fondo por estimarse que la sentencia ha incurrido en una calificación equivocada del delito: como secuestro y no como homicidio.

Otra circunstancia que cabría destacar, es el hecho de que hay numerosos procesados o condenados que nunca fueron interrogados por el juez, no obstante el claro tenor del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, que señala que solo después de haber interrogado al inculpado el juez podrá someterlo a proceso.

Sin una recta aplicación de la ley no hay justicia, sino una caricatura de ella. Los jueces, con sus engaños, farsas, trapacerías e interpretaciones y teorías alucinantes; y con sus resoluciones arbitrarias y no ajustadas a derecho, dictadas contra leyes expresas y vigentes, o aplicando leyes que no estaban en vigor en Chile en la época en que habrían sido cometidos los supuestos hechos delictivos, están precipitando al derecho hacia un despeñadero y la tarea judicial se transforma en una parodia grotesca y sin sentido.

El más alto tribunal de la República, por otra parte, al cohonestar las aberraciones, las prevaricaciones y el salvajismo jurídico de los jueces del fondo, está creando un funesto y gravísimo precedente, y una jurisprudencia que legitima la arbitrariedad judicial y la denegación de justicia.

Aquí cabría citar los adagios que dicen que *“quien no se inquieta ante la injusticia ajena, será su próxima víctima”* y *“si a un hombre le niegan sus derechos, los derechos de todos están en peligro”*; o el pensamiento de Martin Niemoeller (erróneamente atribuido a Bertolt Brecht) que dice: *“Primero vinieron a buscar a los comunistas, y yo no hablé porque no era comunista. Después vinieron por los socialistas y los sindicalistas, y yo no hablé porque no era lo uno ni lo otro. Después vinieron por los judíos, y yo no hablé porque no era judío. Después vinieron por mí, y para ese momento ya no quedaba nadie que pudiera hablar por mí”*.

Las malas sentencias desprestigian a los tribunales. Ellas no solo perjudican a los ciudadanos que se ven afectados por ellas, sino que minan uno de los fundamentos del orden mismo, y cuando llegan a

ser frecuentes son una causa de disolución social. De aquí la importancia que se ha dado a la influencia de una buena justicia sobre la estabilidad de los Estados.

13. POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

El peso de la justicia retrospectiva recae solo sobre los militares —quienes por razones de orden y autoridad y en cumplimiento de su misión de defender la patria, la seguridad nacional y el orden institucional de la República, se vieron obligados a empuñar las armas en contra de quienes pretendían su destrucción—, pero no sobre quienes destruyeron la democracia y llevaron a cabo los hechos de violencia ilegítima en los años 70 y 80.

¿Es justo que tratándose de una gravísima crisis política y social —y en un ambiente de odio, de anarquía y de violencia desatada— carguen con la culpa solo los uniformados que en su mayoría eran muy jóvenes en 1973? Lamentablemente los tribunales, violando numerosas leyes que tienen sentido de pacificación social, le han dado estatuto legal a la tarea de revivir odios. Los precedentes históricos, que enseñan cómo en el pasado se pudieron cerrar las heridas provocadas por periodos conflictivos de nuestra vida interna, no han sido tenidos en cuenta. Así se continúan prolongando y profundizando divisiones del pasado y, con ello, debilitando la cohesión y la unidad nacional para acometer el futuro. Ello se debe a la acción de grupos minoritarios y contradice el parecer de la mayoría de los chilenos, que no desea seguir hurgando en viejas heridas y sí aspira a emprender la tarea de construir el futuro, dejando atrás los lastres del pasado. En este sentido, todavía no se ha cerrado el largo capítulo de relación crítica entre política y justicia.

Han pasado casi cuarenta años desde que ocurrieron los hechos que hoy se están juzgando y castigando, mediante interpretaciones jurídicas torcidas e insostenibles. Se altera la paz social cuando los tribunales acogen querellas por supuestos delitos absolutamente prescritos. Se atenta contra el Estado de Derecho cuando no se aplican las normas jurídicas vigentes. Ya es hora de poner término a la actividad que busca la venganza y presencia mediática con fines claramente políticos y, también, económicos.

Mantener privados de libertad a tantos militares, de más de ochenta años de edad o con gravísimos problemas de salud, por haber defendido la libertad, la propiedad y tal vez la vida de todos los que hoy los juzgan con tanta severidad es una iniquidad, una arbitrariedad y un despropósito jurídico de consecuencias imprevisibles en una nación que quiere consolidarse y progresar de forma pacífica y armónica.

El “problema de los derechos humanos” es un problema político que todavía está vigente. Lamentablemente los órganos más propiamente políticos —ejecutivo, legislativo y partidos políticos— no han cumplido su tarea y han puesto sobre los hombros de los tribunales de justicia la solución del problema. Y la judicatura tiene una incapacidad natural para solucionar un problema que es esencialmente político y no judicial. Y mientras esto no se reconozca, no vamos a llegar a solución alguna. Y, lo peor, es que se está instrumentalizando el sistema jurídico para llegar a soluciones del sistema político. Y, cuando los ordenamientos jurídicos se instrumentalizan para conseguir fines políticos, mueren en ese mismo acto.

Si es malo judicializar la política, significativamente peor es politizar la justicia, porque conduce a la muerte del derecho; al fin de la conquista de las maneras civilizadas que conforman el Estado de Derecho.

Concordamos plenamente con lo expresado por el presidente Piñera en el sentido de que “*en Chile falta unidad y sobran divisiones, falta nobleza y sobran pequeñeces*”. Una manifestación de esto último es la brutal e inicua persecución político-judicial iniciada por los gobiernos de la Concertación y

que el actual gobierno no solo ha mantenido sino que ha profundizado, contra muchos de los integrantes de las instituciones que salvaron a Chile del caos y de su destrucción y que se vieron obligadas a intervenir en 1973.

En efecto, el actual gobierno, a través del ministerio del Interior y sin respetar las normas propias de un Estado de Derecho, ha perseverado en la presentación de querellas por supuestos delitos que no solo están absolutamente prescritos, sino que amparados por una ley de amnistía; ley que sí les fue aplicada a los terroristas.

Y no solo eso: los abogados del Programa de la ley N° 19.123 del ministerio del Interior han llegado al extremo de recurrir de casación ante la Corte Suprema a fin de que le sea elevada la pena asignada a los condenados en la sentencia de segunda instancia y con la cual habían quedado conforme los querellantes.

La iniquidad con que actúan tanto el Gobierno como el Poder Judicial en contra de miembros de aquellas instituciones que salvaron a Chile de una guerra civil y de convertirse en una segunda Cuba ha llegado a extremos inauditos e intolerables. La brutal persecución de los abogados del Programa de Derechos Humanos del ministerio del Interior y el desvarío de la sala penal de la Corte Suprema no tienen nombre. Las últimas sentencias dictadas por esta última vulneran gravísimamente el sentido común más elemental, normas constitucionales expresas, la legislación vigente, principios básicos de la seguridad jurídica, el debido proceso, la verdad de los hechos y, en definitiva, el Estado de Derecho.

Se ha condenado con saña a militares y carabineros sin prueba concluyente alguna. Por ejemplo, se ha condenado por secuestro a quienes lo único que les fue acreditado en el proceso es el hecho de haber arrestado a una persona y de haberla trasladado a un lugar de detención; todo ello, cumpliendo órdenes superiores. Este absurdo alcanza ribetes de realismo mágico, cuando en una misma sentencia se reconoce que los imputados entregaron al detenido en un determinado lugar y más adelante se dice que aún lo mantienen secuestrado, ¡habiendo transcurrido más de treinta y cinco años desde la detención!

Lamentablemente, como lo ha denunciado el profesor Mario Arnello Romo, el derecho está siendo subordinado a las ideologías y los principios jurídicos están siendo sustituidos por principios político-ideológicos, lo que erosiona y luego destruye la certeza jurídica que debe caracterizar al derecho. Así es como, en el caso que nos preocupa, podemos apreciar que en lugar de la ley se está aplicando el lema “ni perdón ni olvido”, acuñado por la izquierda más radical, los mismos que predicaban la lucha de clases, la vía armada, el terrorismo y el totalitarismo.

El hecho cierto es que nunca se habían visto los atropellos a la verdad y a la ley que están teniendo lugar bajo nuestra judicatura actual.

14. ¿SOLUCIÓN POLÍTICA O JUDICIAL?

Para terminar con el problema de los juicios contra militares y carabineros, por hechos ocurridos hace cuatro décadas, hay quienes proponen encontrar una solución política; otros prefieren dejar entregado este tema a los tribunales; y otros opinan que no se requiere acuerdo político alguno, pues bastaría con respetar las leyes sobre amnistía y prescripción.

Efectivamente, en rigor, no sería necesaria una “salida o solución política” o la dictación de nuevas leyes, pues bastaría aplicar rectamente la legislación vigente y los principios tradicionales del derecho universal; declarar amnistiados los supuestos delitos cometidos durante el período de vigencia de la Ley de Amnistía; respetar la cosa juzgada y no reabrir procesos fenecidos; no aplicar teorías absurdas como la del “secuestro permanente”; declarar la prescripción de los delitos que han sobrepasado

largamente los plazos prescritos para su otorgamiento; no aplicar la costumbre internacional ni tratados que no están vigentes en Chile o que no lo estaban al momento de ocurrir los hechos delictivos; no darle el calificativo de delitos de lesa humanidad a hechos que no cumplen con los requisitos para ser considerados como tales; aplicar la presunción de inocencia, etc.

Sin embargo, considerando que los tribunales de justicia no muestran ni la más mínima intención de rectificar su actual proceder —por el contrario, se ha endurecido con la nueva integración de la sala penal de la Corte Suprema—, tal vez sería conveniente dictar alguna ley que ponga término a la situación existente y permita que los chilenos nos dediquemos a mirar hacia el futuro (aunque incluso en tal caso podría mantenerse latente el problema, dado que algunos jueces que han recurrido a rebuscadas interpretaciones para no aplicar las leyes vigentes podrían perseverar en su empeño a fin de eludir futuras leyes que busquen poner término a la situación actual).

En todo caso, parece conveniente que la clase política enfrente un conflicto que tiene naturaleza tanto política como jurídica. En este sentido, legislar sobre la materia constituye no solo un imperativo para dar certeza al derecho, sino también una obligación que debe ser compartida por todos los poderes del Estado y no solo ser dejada a uno de ellos.

Es por la referida actitud recalcitrante de los tribunales —y mientras ella no cambie— que nos inclinamos por una solución política; un acuerdo político para cerrar el pasado. Por otra parte, pensamos que es el mundo político el que debe dar una salida política a una situación cuyo origen y naturaleza es de carácter político. Es ilusorio y poco razonable resolver un conflicto histórico, eminentemente político, por la vía judicial.

Tal solución podría ser la dictación de una ley de indulto para las personas que están condenadas con sentencias ejecutoriadas. Y, para las actual o potencialmente procesadas, una nueva ley de amnistía general, en la línea de la moción de ley presentada por el entonces senador Sebastián Piñera, con la que pretendía transformar en realidad las palabras del papa Juan Pablo II: “*Chile tiene vocación de entendimiento y no de enfrentamiento. No se puede progresar profundizando las divisiones. Es la hora del perdón y la reconciliación*”; o bien una ley como la propuesta por los senadores señores Diez, Larraín, Otero y Piñera, que dicta normas para la aplicación de la amnistía y restringe la procedencia del sobreseimiento temporal (boletines 1622-07 y 1657-07).

No hay normas de derecho internacional que prohíban dictar leyes de amnistía y, las que lo hacen, se refieren a crímenes de lesa humanidad. Y los delitos por casos de violaciones a los derechos humanos que están siendo investigados por los tribunales chilenos no tienen tal carácter, por mucho que sentencias tales como la dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid u otras dictadas por nuestros tribunales así lo establezcan. Las cosas son lo que son y no lo que se dice que son.

Lo cierto es que para que los delitos sean calificados como de lesa humanidad deben cumplir con los requisitos establecidos en el Estatuto de Roma, los que fueron tipificados en la ley N° 20.357, en la que se señala: “*Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias: 1° Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil*”. Evidentemente, los actos delictivos cometidos en forma independiente por personas aisladas o aquellos ejecutados por miembros de organismos de seguridad del Estado, excediendo el celo debido en la represión de personas específicas que realizaban acciones terroristas —o atentados tales como el perpetrado contra el Jefe del Estado en el año 1986, en el que perdieron la vida cinco de sus escoltas— no caen dentro de la categoría de lesa humanidad, por mucho que tales delitos sean absolutamente repudiables.

En relación con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid —dictada con fecha 26 de septiembre de 2006 y que tiene una naturaleza jurídica vinculante— cabría formular una precisión. Se ha dicho que tal sentencia ordena que Chile revoque o anule la ley de amnistía. Ello no es efectivo. Lo que sí dispone —luego de calificar el delito materia de autos como de lesa humanidad— es que “*El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables*” y que “*El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile*”.

La búsqueda de la justicia perfecta —que posiblemente están buscando de buena fe algunos jueces— ha concluido en la más completa injusticia. Como decían los romanos: *summum ius, summa iniuria*. La justicia debe ser templada con la prudencia y la clemencia.

Pareciera que el desiderátum de muchos jueces es imponer sanción a toda costa a quienes violaron derechos humanos y, en lo posible, aplicarles la pena de prisión perpetua, de modo que se pudran en la cárcel. Y, de hecho, así lo hacen; no en lo formal, pero sí en la práctica. ¿De qué otra forma podría ser calificada una pena de privación de libertad por diez o más años para una persona cuya edad supera las siete décadas? Ya han fallecido varios condenados en la cárcel, mientras otros, en tanto, de muy avanzada edad y aquejados por graves enfermedades, esperan su deceso tras las rejas.

No es razonable buscar “justicia a toda costa”, entendiendo por justicia la sanción y el cumplimiento efectivo de las penas asignadas, sin importar los medios utilizados para lograr tal cometido.

Por otra parte, nos preguntamos si la privación de libertad es la pena más adecuada socialmente para sancionar delitos perpetrados hace cuatro décadas por personas cuya conducta ha sido intachable a contar de la ocurrencia de tales hechos y si tal opción es la más conveniente para el bien común. Penas mal aplicadas sin respetar la legalidad vigente, a su vez, violentan los derechos humanos consagrados para los condenados.

Nos parece que carece de rigor lógico y ético defender los derechos humanos lesionados atropellando o violentando los derechos fundamentales, las garantías procesales y penales de los infractores y la legalidad vigente, pues ello constituiría un evidente retroceso en el campo de los derechos humanos. Una reacción de esa suerte se acerca más a la ley del talión —aquella justicia retributiva de los pueblos bárbaros— y a la venganza que a la justicia externa e imparcial del Estado y significa también un retroceso de la democracia y del Estado de Derecho.

Vulnerar las garantías fundamentales de los imputados —que gozan de una jerarquía constitucional y que están indisolublemente unidas con la dignidad de la persona humana— para así poder sancionar a quienes a su vez las trasgredieron, equivale a reconocer que éstas no rigen para todos por igual y significa una inversión del paradigma en virtud del cual se consolidó la idea de Estado de Derecho.

Los derechos y garantías fundamentales, sobre todo los de carácter penal, son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores. El derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine

el Estado. De este modo, los principios garantistas se verían conculcados con el pretexto de defender, paradójicamente, el Estado de Derecho.

Una crisis como la vivida en Chile, que repercute aún después de haber transcurrido tantísimos años, solo puede ser superada políticamente, a través de un acuerdo —expreso o tácito— que tenga como norte el bien común de los chilenos, sabiendo de antemano que habrá voces y sectores disidentes.

En todo caso y sea como fuere, es evidente el hecho de que a muchos militares y carabineros se les están violando sus derechos humanos y que la iniquidad judicial que hemos denunciado en estas páginas no puede continuar.

REFLEXIONES FINALES

El clima de persecución judicial contra los uniformados en retiro es evidente. Las resoluciones judiciales a que nos hemos referido a lo largo de este trabajo así lo demuestran, a lo que se suman las querellas interpuestas por abogados u organizaciones “de derechos humanos”, las que al ser amparadas por el Poder Judicial y el ministerio del Interior profundizan tal clima de persecución.

No es razonable que continúen militares y carabineros encarcelados porque tienen a personas secuestradas, en circunstancias de que todo el mundo sabe que eso es una mentira, una ficción evidente. Decir que una determinada persona está actualmente secuestrada, después de haber transcurrido casi cuarenta años desde la fecha en que fue detenido por el o los imputados, es una patraña que no resiste mayor análisis y una burla grotesca a la ley. Tanto o más criticables son aquellas resoluciones que le atribuyen responsabilidad y someten a proceso a personas sobre la base de que, atendida la naturaleza de sus funciones, no pudieron menos que conocer la existencia de delitos gravísimos —extendiendo de esa manera el ámbito de la responsabilidad penal, confundiéndola con la responsabilidad política— o aquellas sentencias que condenan a un acusado por el mero hecho de haber estado alguna vez en el lugar donde supuestamente ocurrieron los hechos delictivos que se le imputan.

La reconciliación a la que la gran mayoría de los chilenos aspira exige, de manera urgente y necesaria, rescatar la correcta interpretación y aplicación de los principios básicos en que se fundamenta el Estado de Derecho; propio de aquellas comunidades en que la legalidad establecida rige por sobre individuos, grupos e instituciones.

El Estado de Derecho se funda en la Constitución y en las leyes dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a gobernantes como a gobernados. Lamentablemente, la juridicidad está siendo gravemente erosionada por tribunales que se han marginado del Estado de Derecho, al someter a proceso a militares sin dar cumplimiento a la legalidad vigente.

Lo anterior reviste una enorme gravedad, por cuanto el Poder Judicial es el poder del Estado que tiene la mayor responsabilidad en el resguardo del Estado de Derecho y que constituye el poder moderador por excelencia de una nación, que modera las pasiones y que hace cumplir la ley. La ciudadanía necesita confiar en la tutela que el ordenamiento jurídico le garantiza por medio de los tribunales.

En Chile se predica, por todos sus confines, la necesidad de respetar los derechos humanos. Sin embargo, en el caso de los militares y carabineros, se los atropella salvaje e impunemente, despreciando la dignidad de ellos y de sus familias, debido a que algunos jueces se han abanderizado con posiciones políticas y colocado su ministerio al servicio de ellas.

Las excusas para esquivar el imperio de la ley han superado a la más fértil imaginación. Si la sanción por la violación de los derechos humanos pasa por el desconocimiento de las instituciones jurídicas fundamentales —tales como la amnistía, la prescripción y la cosa juzgada—, en lugar de consolidarse la democracia y la institucionalidad, se las está erosionando peligrosamente.

El deber primordial del Estado es la preservación e imperio de la juridicidad, esto es, el respeto a la legalidad; porque tolerar su quebrantamiento persistente y progresivo, como está ocurriendo entre nosotros, conduce infelizmente a la destrucción del orden institucional y al caos social.

Ya vivimos esa experiencia y debemos tenerla muy presente, pues, como dijo Santayana, *“quienes no recuerdan el pasado están condenados a repetirlo”*. Es por eso que no debemos reescribir la historia, sino que asumirla sin distorsiones y definir el camino que queremos recorrer en el futuro. Solo así será posible consolidar la libertad, la paz, el orden social y la democracia.

Sin embargo, en el último tiempo, vuelven a manifestarse síntomas alarmantes, porque evocan una experiencia ya vivida. Imperceptiblemente, volvemos a tolerar la violencia en sustitución del diálogo y la presión sobre las autoridades para doblegarla, erosionando las leyes y el Estado de Derecho. Los ejemplos son múltiples, pasando desde la usurpación de establecimientos educacionales hasta la violencia terrorista en la Araucanía.

Tal como ha sucedido en otras coyunturas nacionales de infeliz desenlace, las advertencias frente al sobrepasamiento de la legalidad no están surtiendo mayor efecto, y tarde o temprano el país habrá de soportar las nocivas consecuencias de ello.

No hay futuro para una nación que tolera, en impávido silencio, la anestesia de sus conciencias y los eclipses de la verdad.

Es de esperar que la actual dirigencia política pueda adoptar una decisión de altura y no vuelva a fracasar, como cuando los políticos del año 1973 fueron incapaces de controlar la situación de odio, violencia, polarización y quiebre de la democracia y del orden institucional y acudieron a los cuarteles a solicitar, desesperados —tanto los de gobierno como los de oposición—, la intervención de las Fuerzas Armadas.

Estamos convencidos de que no todos los jueces comparten un ánimo persecutorio contra los militares y que la gran mayoría de ellos cumple sus funciones con dedicación, rectitud, esfuerzo y honestidad. Sin embargo, la actitud de aquellos tribunales que no aplican rectamente la ley es plenamente funcional al objetivo perseguido por esas hordas violentas y vociferantes que escupen y golpean a mujeres y ancianos por el mero hecho de asistir a la presentación de un libro o a la exhibición de un documental, y que pretenden destruir a los militares —no física, sino que moralmente; de manera que ellos sigan existiendo, pero dejando de ser lo que son, dejando de ser lo que tienen que ser, con lo cual mantendrían solo la apariencia de tales— para que no tengan la capacidad moral de intervenir en caso de que volvieran a presentarse en nuestra patria situaciones de violencia, polarización y quiebre del orden institucional como la que culminó en el año 1973.

Corresponde en especial a gobernantes, legisladores y al propio Poder Judicial contribuir a poner término a las iniquidades que hemos denunciado en este artículo y que, de no mediar su visión superior y patriótica, tienden a perpetuarse; manteniendo indefinidamente a una sociedad fracturada, discriminatoria y excluyente de un trato equitativo a los uniformados. Es preciso no seguir postergando una solución basada en la equidad y en una justificada clemencia, a procesos que han politizado a la justicia y que, ciertamente, debilitan al Poder Judicial y a la Fuerzas Armadas y de Orden, instituciones fundamentales de la República.

También contribuiría significativamente a tal empeño el cumplimiento, por parte de S.E. el Presidente de la República, al compromiso que contrajo en la reunión que tuvo con miembros de las FF.AA. y de Orden en retiro en el Círculo Español en noviembre del año 2009, durante la campaña electoral, en el sentido de que las leyes vigentes les iban a ser aplicadas rectamente a los militares que se vieron obligados a enfrentar la gravísima crisis social y política, la violencia y el terrorismo durante el período 1973-1990.

En dicha ocasión don Sebastián Piñera Echenique dijo lo siguiente (transcripción textual del video grabado durante la referida reunión):

“Por eso yo he querido centrar estas palabras con ustedes en estos cinco compromisos claros y específicos. Y quisiera agregar un compromiso más, que tiene que ver con un tema ajeno a lo que hemos estado conversando, que son materias de carácter previsional y de beneficios, que es el tema de la justicia en nuestro país. Y quiero aplicar los principios que siempre han orientado a la verdadera justicia. En nuestro gobierno vamos a velar para que la justicia se aplique a todos los ciudadanos de nuestro país, incluyendo por supuesto a las personas que están en servicio activo o en retiro de nuestras Fuerzas Armadas y de Orden, sin arbitrariedades, en forma oportuna y sin mantener procesos eternos que nunca terminan, respetando garantías fundamentales como es el debido proceso, como es la presunción de inocencia y como es también la imparcialidad del tribunal que debe juzgar los casos, y también la aplicación correcta de acuerdo a nuestra legislación y de los tratados internacionales del principio de prescripción de los delitos. Y por eso estamos simplemente aplicando lo que es en esencia lo que garantiza un verdadero estado de derecho, que es que la justicia tiene que ser aplicada en forma equitativa y los principios de la justicia como el debido proceso, como las normas de prescripción, como la imparcialidad de los tribunales, como la oportunidad en que la justicia debe ser aplicada, deben aplicárseles a todos los chilenos sin ninguna distinción, y creo que este es un principio que honra a nuestro país, fortalece nuestro estado de derecho y, además, apunta definitivamente a conquistar una plena y total reconciliación en un país que, por distintas razones, estuvo sometido durante mucho tiempo a divisiones muy profundas, a divisiones que generaron mucho encono, mucho rencor y mucha odiosidad entre los chilenos, y yo creo que los países que se quedan atrapados en el pasado y que no son capaces de levantar la vista para mirar al futuro, son países que en cierta forma están renunciando a ese futuro, y por esa razón nuestro gobierno va a tener una orientación de futuro, vamos a tratar de cerrar las heridas”.

Una forma en la que el ex candidato y actual presidente de la República podría cumplir con el precitado compromiso sería mediante el envío de un oficio a la Corte Suprema (tal como lo hizo el presidente Aylwin en 1991) haciéndole presente su parecer acerca de la conveniencia de que, en aras de la reconciliación y de la unidad nacional —por las mismas razones que expuso en su moción de proyecto de ley de amnistía—, los tribunales de justicia, en las causas de derechos humanos, aplicasen las leyes en su recto sentido y respetasen los derechos y garantías establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una acción de esta naturaleza no contravendría el mandato constitucional del artículo 76 de nuestra Carta Fundamental, en el sentido de 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”*, ni tampoco la prohibición de *“ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*, establecida en ese mismo artículo (entendida la palabra revisar en su sentido natural y obvio de someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo).

Y, si ante tal ruego no se apreciara reacción alguna, el Presidente podría hacer uso de la atribución especial que le concede el número 13 del artículo 32 de la Constitución Política, que es la de *“velar por la conducta ministerial de los jueces”*. Y, en este sentido, el Presidente de la República bien

podría requerir al Ministerio Público que entable las acusaciones correspondientes por falta o abuso en el desempeño de sus funciones, específicamente, por el delito de prevaricación.

Otra acción que podría ser llevada a cabo sería la promover una acusación constitucional contra aquellos magistrados de los tribunales superiores de justicia que manifiestamente hayan cometido el delito de prevaricación, por notable abandono de sus deberes; acusación que debería ser interpuesta por no menos de diez ni más de veinte diputados, según lo dispone el artículo 52 de la Carta Fundamental.

Se ha dicho que, si de acusación constitucional contra ministros de corte se trata, la causal notable abandono de sus deberes solo se refiere a la “conducta ministerial” y nunca procede por el contenido de los fallos que se dicten. Pero, a nuestro juicio, no es tan así, porque si los jueces comenzaran a fallar reiteradamente desatendiendo la ley y no pudieran ser acusados, sería el fin del Estado de Derecho y de la democracia, la que se transformaría en una “dictadura judicial”.

Evidentemente, acciones como las referidas producirían una gran agitación en los partidos políticos de izquierda y en las agrupaciones u organizaciones de derechos humanos. Sin embargo, estamos seguros de que contarían con el apoyo de una enorme cantidad de personas que piensan que ponerle término a la actual situación de revanchismo contra los militares contribuiría a cerrar heridas, a no continuar traspasando a los jóvenes los conflictos y divisiones que han dañado al país, a levantar la vista para mirar al futuro —como bien dijo don Sebastián Piñera durante su campaña presidencial— y, en definitiva, a la unidad nacional y a la consecución del bien común.

A modo de conclusión y no obstante todo lo manifestado precedentemente, pensamos que la solución al problema denunciado no es tan difícil. Para ello no se precisa la dictación de nuevas leyes de amnistía, de “punto final” o de otro tipo, pues para tal efecto bastarían algunas dosis de buena voluntad, de caridad y de prudencia política —la virtud más importante de los gobernantes, pues solo con ella se puede gobernar bien; es decir, ajustar todos los medios necesarios para ordenar a la sociedad política a su fin que es el bien común— y que nuestros tribunales de justicia, recuperando su tradicional prudencia, aplicaran rectamente la ley vigente; que cumplieran con lo que la ley manda.

Sobre la base de los planteamientos expuestos en este trabajo, venimos en formular un ferviente llamado a los diversos sectores de la sociedad chilena para abrir un debate sobre este tema y para que, cada uno de ellos dentro de sus respectivos campos de acción o ámbitos de su competencia, adopten las medidas que estimen más apropiadas para solucionar las irregularidades procesales que hemos denunciado a lo largo de estas páginas, y para restablecer en su plenitud la juridicidad y el Estado de Derecho, requisito esencial para el progreso y grandeza de nuestra patria.

Viña del Mar, 11 de octubre de 2012.