

DOCTRINA

Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973 - 1979)

*Prof. Juan Bustos Ramírez **

1. *Estado de Derecho.* Al inicio de su régimen, en la "Declaración de Principios del Gobierno Chileno", Capítulo III, Nº 5, la Junta Militar dejó establecido:

"Chile ha vivido siempre dentro de un ordenamiento jurídico. La majestad de la ley ha estado invariablemente presente en nuestra evolución social. Pero además ese orden jurídico ha sido reflejo del aprecio profundo que el chileno siente por la dignidad espiritual de la persona humana y, consiguientemente, por sus derechos fundamentales. Es en ese respeto por los derechos humanos, más que en su tradición de generación popular y sucesión constitucional de los gobiernos, donde debe encontrarse la savia y la médula de la democracia chilena", y agrega más adelante: "Otra importante característica de nuestra tradición jurídica ha sido el respeto por la libertad de conciencia y el derecho a discrepar. Ambos aspectos deberán ser preservados por el Estado de Derecho que el movimiento del 11 de septiembre se propone recrear... los derechos humanos deberán reforzarse para que su ejercicio pueda ser efectivamente disfrutado por todos, y ampliarse a sus manifestaciones más modernas. El derecho a discrepar deberá ser mantenido...".

Ultimamente en el Preámbulo al Proyecto de Constitución Política se incluyen conceptos semejantes: "La Nación Chilena, comunidad de hombres y mujeres libres...", "...el ser humano tiene derechos naturales, anteriores y superiores al Estado...", "reconoce en el Derecho el instrumento válido para regular la vida en sociedad, como norma jurídica de carácter impersonal que obliga por igual a gobernantes y gobernados y que radica las funciones del gobierno en órganos diversos e independientes...", "adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional y manifiesta su

* El autor, es Doctor de las Universidades de Bonn y Madrid. Actualmente es Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

voluntad permanente de contribuir a la paz, a la justicia y al progreso de los pueblos".

En tales declaraciones se hace hincapié en aspectos fundamentales de lo que se entiende por Estado de Derecho. Pero el Estado de Derecho no está constituido sólo por declaraciones, sino que es la conformación de una realidad política social concreta. Para tales efectos hay que considerar que el Estado de Derecho, en todo caso, en su concepción general, no sólo significa la ejecución del actuar estatal mediante determinadas formas organizativas y de procedimiento (principio de la división de poderes, composición, delimitación y restricción de competencias), sino además la prohibición de lesionar derechos humanos fundamentales y de menoscabar intereses de modo más intenso de lo que requiere obligatoriamente la protección de bienes superiores¹. Luego, para constatar, en lo que a la Justicia Criminal se refiere, si efectivamente hay consecuencia con estas declaraciones trascritas de la Junta Militar y con lo que en general se entiende por Estado de Derecho, es necesario analizar si la realidad político social chilena actual se hace eco de tales contenidos formales y materiales del Estado de Derecho. Porque el sistema penal de cualquier sociedad no es un fenómeno aislado, sujeto a sus propias leyes, sino que es parte integral de todo el sistema social y comparte sus aspiraciones y defectos². La Justicia Criminal en general, por ser concreción de la esencia opresiva del Estado, es un indicador sumamente sensible en el reflejo de las características del sistema político social imperante.

2. Régimen legal³. No es necesario destacar, por lo conocido, que desde el punto de vista formal, el decreto ley N° 128 de 1973, lesionó gravemente la concepción de Estado de Derecho, al establecer en el Artículo 3 que "el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando

1. Cfr. ZZIPPELIUS, REINHOLD: Allgemeine Staatslehre, edic. 6a., 1978, pág. 185. DIAZ, ELIAS: Estado de Derecho y sociedad democrática, 6a. edic., 1975, pág. 29; PERIS, MANUEL: Juez, estado y derechos humanos, 1976, págs. 31 sgts.; QUINTERO OLIVARES, GONZALO: Represión Penal y Estado de Derecho, 1976, págs. 17 sgts.

2. RUSCHE, GEORG Y KIRCHHEIMER, OTTO: Sozialstruktur und Strafvollzug, 1974, págs. 9 sgts. y 288 (1a. edic. 1939 en inglés: "Punishment and Social Structure").

3. Fuentes utilizadas: del VILLAR BRITO, WALDO: Decretos Leyes en materia penal, 1975; VASQUEZ FRANCISCO: El derecho humano de libertad personal en Chile: análisis jurídico de las nuevas disposiciones del gobierno militar, 1976. Informes Comisión de Derechos Humanos Naciones Unidas 1977 y 1978 (E/CN. 4/1221 y E/CN. 4/1266). Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1977 (OEA/Ser. L/V/II. 40. Doc. 10); Informes International Commission of Jurists, 1974 y 1976; además debo agradecer a ALICIA HERRERA, ex magistrado de la Corte de Apelaciones del Trabajo de Chile, por haber puesto a mi disposición todo el valioso material que ha recopilado en estos años.

éstos lo estimen conveniente, con la de él o los Ministros respectivos"⁴. Por los límites de este trabajo interesa ahora sólo resaltar el contenido de los decretos leyes vinculados directamente a la justicia criminal. Entre ellos, especialmente los que configuran nuevos tipos penales y los que se refieren a garantías procesales.

A. Decretos Leyes que configuran nuevos tipos penales:

a. D. L. N° 12 de 24.IX.1973, prohíbe la existencia de la CUT (Central Unida de Trabajadores) y su funcionamiento directo o indirecto, estableciendo una pena que va entre los 5 años y un día a 20 de presidio, relegación o extrañamiento.

b. D. L. N° 82 de 31.X.1973, castiga el descongelamiento de los fondos que posea la CUT en cualquier institución bancaria, a cualquier título, y de los que pudiere poseer en asociaciones de ahorro y préstamo u otras instituciones similares.

c. D. L. N° 73 de 13.X. 1973 y D. L. N° 145 de 27.XI.1973, por los cuales se considera asociación ilícita a los Partidos de la Unidad Popular y a todas aquellas entidades, agrupaciones, facciones o movimientos que sustenten la doctrina marxista o que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean sustancialmente coincidentes con los principios y objetivos de dicha doctrina y que tiendan a destruir o a desvirtuar los propósitos y postulados fundamentales que se consignan en el Acta de Constitución de la Junta Militar. En ellos, además, se establece que importa delito el sólo hecho de organizarse en tales asociaciones, también la promoción o inducción a su organización, e igualmente todo acto de propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, de la doctrina marxista o de otra sustancialmente concordante con sus principios y objetivos⁵. Las penas van entre 541 días a 5 años. Complementario de estos decretos en cuanto a su contenido es el D. L. 1684 de 28.I.1977 que declaró la disolución de los demás partidos políticos.

d. D. L. N° 81 de 6.XI.1973, sanciona con presidio de 3 años y un día a 5 o relegación de 10 años y un día a 15, al que encontrándose en el interior o en el extranjero (conforme a modificación del D. L. N° 285 de 26.I.1974), ante el llamamiento público hecho por la autoridad, no se presente ante ella.

4. El D. L. N° 527 de 1974 fijó definitivamente el Estatuto de la Junta e introdujo como modificación esencial el que el Poder Ejecutivo sería ejercido en forma unipersonal por el Presidente de la Junta.

5. Dentro de este mismo orden de ideas el Proyecto Constitucional de la Junta en el Art. 8 señala: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República" (subrayado nuestro).

e. D. L. Nº 81 de 6.XI.1973 castiga, a los asilados, expulsados, que hayan hecho abandono del país, por ingresar clandestinamente al territorio nacional, sin autorización del Ministerio del Interior, con el objeto de atentar contra la Seguridad del Estado, con la pena de quince años y un día a muerte⁶. Tipo semejante establece el D. L. Nº 604 de 10.VIII.1974, respecto de aquellos que por Decreto Supremo se les ha prohibido su ingreso a Chile en razón: de propagar o fomentar de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de Gobierno; de estar sindicados o de tener reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, por ejecutar hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país; y, de realizar actos contrarios a los intereses de Chile o que a juicio del Gobierno constituyan un peligro para el Estado.

f. D. L. Nº 559 de 12.VII.1974 y D. L. Nº 1009 de 8.V.1975 introducen modificaciones a la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado en relación a hechos que, cometido con propósito de alterar el orden instituido o la seguridad pública o intimidar a la población, constituyan atentados contra la integridad física de las personas, contra la vida, la libertad, destruyan o inciten a la destrucción de servicios de utilidad pública o instalaciones de interés nacional, etc. Además, se agrega como causal de exención de pena la circunstancia de revelar al tribunal antecedentes no conocidos, que sean útiles para la comprobación del delito o la determinación de los delincuentes, e igualmente el hecho de denunciar a la autoridad del plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación.

g. D. L. Nº 559 de 12.VII.1974, modificatorio del D. L. Nº 221 de 1931, establece como delito la piratería aérea; posteriormente le introduce algunas innovaciones el D. L. 1009 de 8.V.1975.

h. D. L. Nº 211 de 22.XII.1973 y D. L. Nº 280 de 24.I.1974, establecen figuras destinadas a la protección penal del sistema económico de libre mercado, así por ejemplo se castiga los hechos que perturban la libre competencia, los delitos de defraudación, de cobro excesivo, de desviación del crédito, de infracciones en materias laborales, etc.

El simple enunciado de la mayor parte de esta legislación muestra una abismal incongruencia entre las declaraciones sobre Estado de Derecho de la

6. Dentro de los absurdos del D. L. Nº 81 estaba el castigar en el Art. 5 con mayor pena a los cómplices y encubridores, lo que se subsanó por el D. L. Nº 189; pero en el D. L. Nº 304 se volvió a cometer el mismo error de técnica penal, quizá más bien obedece a un criterio claro de política criminal del terror.

Junta Militar y aquello que se impone como "injusto o ilícito". Vana ilusión resultan las expresiones de "sociedad de hombres libres" o "con derecho a discrepar", si se conmina penalmente al que pretenda asociarse libremente y al disidente en el ejercicio de sus derechos laborales y políticos⁷. En realidad lo que se busca es justamente hacer desaparecer toda posibilidad de discrepancia y, por eso, la disolución de todos los partidos políticos. Dentro de esta misma línea se inscribe la supresión (Diario Oficial de 20.X.1978) de siete entidades sindicales, que agrupan a 550 sindicatos y alrededor de 400 mil trabajadores⁸, declaradas ilícitas por el Ministerio del Interior porque "la conducta de las entidades a que se refiere el decreto ley, así como las acciones de sus dirigentes, han revelado que éstas actúan bajo inspiración foránea, siendo su proceder y propósitos sustancialmente coincidentes con los principios y objetivos de la doctrina marxista, persiguiendo en definitiva, fines disociadores de la comunidad nacional"⁹. Para la Junta Militar, la libertad de pensamiento, de expresión, de asociación, y su ejercicio, remueven los fundamentos mismos del sistema político social erigido, y, por eso, es necesario declarar ilícitos esos derechos y ponerlos bajo conminación penal. Evidentemente no se trata de una "recreación del Estado de Derecho", como señala la Declaración de Principios de la Junta, sino de una negación absoluta de su origen y evolución desde la revolución francesa hasta ahora. En este sentido, es importante destacar que la simple autoridad administrativa se arroga el ejercicio de la facultad punitiva, por encima de la ley y de los tribunales, al castigar por su sola decisión con la privación del derecho de vivir en su país al nacional, en razón de haber manifestado en alguna oportunidad sus puntos de vista no coincidentes con el régimen sostenido por la Junta Militar.

De más está insistir sobre el carácter autoritario de los tipos, con abundancia de elementos subjetivos, en que claramente no se castiga conductas, sino la conciencia o el ánimo, la forma de expresarse en la vida social, lo que en su conjunto constituye un derecho penal de autor de claro corte nacistas. Pero en todo caso hay que poner de relieve dos figuras delictivas. Una es la que sanciona con pena que puede llegar hasta los cinco años de presidio al que no concurre al llamamiento de la autoridad. Bajo la apariencia de un tipo claramente delimitado y objetivo, se da lugar a una figura absolutamente abierta, en que una vez más la sola autoridad administrativa es la que establece los autores y no el tipo legal. Con ello, materialmente, se niega la separación de

7. En el Proyecto Constitucional, Art. 8º, a las personas que intervienen en estas llamadas asociaciones ilícitas, se les priva de todos sus derechos para optar a cargos y a funciones de representación popular, vecinal, gremial, sindical, estudiantil, etc. Además se establece que "las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación" (subrayado nuestro). Condena parecida a la antigua muerte civil, con ello se constituye una categoría inferior de seres humanos dentro de la sociedad.

8. Información entregada por el Mercurio en su edición del 21 de Octubre de 1978.

9. Diario el Mercurio, 21 de Octubre de 1978.

poderes y el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, que aparentemente se pretende respetar por la vía de los decretos leyes¹⁰. Además, hay en ello una abierta contradicción entre lo que proclama el Proyecto Constitucional, que reconoce al derecho "como norma jurídica impersonal" y esta práctica legal en que es la autoridad la que en forma absoluta, al hacer el llamamiento, la que determina que Juan, Pedro o Diego serán los autores del delito. Este estado de cosas no difiere del existente antes de la Revolución francesa y cuya desaparición justamente dio paso al Estado de Derecho. Esta práctica de la Junta Militar no guarda relación alguna con los postulados de J. J. ROUSSEAU en esta materia: "Si digo que el objeto de las leyes es siempre general, quiero decir que la ley considera a los sujetos en su conjunto y las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular". Si bien este es un tipo paradigmático al respecto, semejante es el que prohíbe el ingreso al país a determinadas personas.

Otra figura que hay que destacar es la exención de pena por delación. Dificilmente se la puede compatibilizar con la declaración de la Junta de que "ese orden jurídico ha sido reflejo del aprecio profundo que el chileno siente por la dignidad espiritual de la persona humana...", y que por cierto es la base sobre que se asienta un Estado de Derecho. Pero, sin embargo, la ley premia a quien por razón de seguridad de estado se rebaja a la calidad de delator. En tiempos de Tiberio proliferó en Roma la profesión de delator y desde entonces en todos los regímenes en que imperó el terror, y el terror aunque sea ley jamás podrá constituir un derecho justo. Los delatores y las policías secretas son los pilares sobre los que se asienta un estado totalitario, pero no un estado de derecho. Traición y seguridad del estado son términos correlativos en este tipo de sistemas, por eso al fundamentarse el D. L. N° 1009 se anota: "Que todo cuanto atañe a la Seguridad Nacional es de vital importancia para el país, ya que de ella depende al estabilidad del Estado y de sus instituciones y es, además, condición indispensable para la protección de los valores y bienes jurídicos del hombre y de la sociedad, como asimismo para el desarrollo económico y social de la nación".

Los tipos modificatorios de la Ley de Seguridad del Estado, los sobre piratería aérea y aquellos sobre derecho penal económico, se enmarcan dentro de una posible legislación emanada de un Estado de Derecho, sin perjuicio de las fallas técnicas que ostentan, como castigo por el resultado, redundancia con los tipos del Código Penal, abuso de las presunciones, exaltación del concepto de seguridad del Estado, etc. Pero de todos modos hay que recalcar al respecto que tales figuras antes no habían sido necesarias y su incorporación legislativa surge justamente en razón de la instauración de un determinado sis-

10. Al respecto véase el comentario de Manuel Rivacoba y Rivacoba al D. L. N° 81, en Revista Nuevo Pensamiento Penal, año 1974, Págs. 411 sgts.

11. Du Contrat Social, en Les Classiques du Peuple, pág. 94.

tema político económico social por parte de la Junta Militar¹². Con razón, MUÑOZ CONDE afirma que una culpabilidad entendida materialmente no es posible que se de dentro de una dictadura, sólo empieza su camino en una democracia social¹³.

B. Disposiciones en relación a garantías procesales penales: regulación de la privación de libertad (la detención).

La Junta Militar ha trastocado completamente el régimen relativo a la detención, convirtiendo en regla general lo que antes era excepcional. Hasta 1973, conforme a la Constitución Política de 1925 y el Código de Procedimiento Penal, la detención debía ordenarla el juez por escrito, sólo excepcionalmente podía dictarla otra autoridad¹⁴, e igualmente sólo en casos muy determinados se podía detener sin ella en el delito flagrante. Por último el afectado debía ser puesto a disposición del Tribunal, y a más tardar dentro de las 48 horas siguientes.

A partir del golpe se decretó por la Junta Militar estado de sitio, de emergencia y de guerra. Nos interesa sobre todo el estado de sitio y el de guerra. Por el estado de sitio el Presidente de la República puede trasladar personas de un departamento a otro o arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Conforme al estado de guerra entran en funcionamiento los tribunales militares en tiempo de guerra, con un procedimiento especial sumarísimo. Este esquema ha sufrido diferentes modificaciones durante el último tiempo, especialmente en el sentido de establecer diversos grados al estado de sitio, mediante los cuales se ha ampliado las materias objeto de conocimiento por los tribunales militares, especialmente en lo que se refiere a los delitos contra la seguridad del Estado¹⁵.

12. Sobre esta materia véase fundamentalmente a los criminólogos que en la actualidad se refieren al "labeling approach", cfr. SACK, FRITZ: Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach, en Kriminologisches Journal, 1972, 1.

13. Über den materiellen Schuldbegriff, Goldammer's Archiv, 1978, Heft 3, pág. 76. Como muy bien señala el mismo autor: "Mal se puede reprochar, en efecto, a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales" (III Jornadas de Profesores de Derecho Penal U. Stgo. de Compostela, "El Principio de culpabilidad", pág. 231).

14. Conforme al Art. 72 de la Constitución Política del Estado, el Presidente de la República, en estado de sitio.

15. En el D. L. N° 527 se repite respecto del Presidente de la Junta de Gobierno la facultad que la Constitución Política otorgaba al Presidente de la República de trasladar y arrestar personas, además de señalar la oportunidad y extensión del estado de sitio. El D. L. 640 señaló los regímenes de emergencia: estado de guerra externa o interna, estado de asamblea, estado de sitio, facultades extraordinarias, zonas y estado de emergencia, y jefatura de plaza. Pero el más importante ha sido el D. L. 1008, cuyas modificaciones son las siguientes: a. se fija cuatro grados al Estado de sitio (por estado de guerra, por defensa interna, por seguridad interior, por simple conmoción); b. en todos los grados los tribunales militares conocen de los delitos contra la seguridad del estado, funciona el procedimiento sumarísimo de consejo de guerra; d. los tribunales militares de tiempo de guerra tienen la misma competencia en el grado de guerra o en el de defensa interna.

Dentro del período en que ha gobernado la Junta Militar, lo *normal* ha sido lo que es excepcional dentro de un estado de derecho: la población ha vivido permanentemente en estado de sitio o emergencia, la facultad de decretar detenciones ha correspondido al Presidente de la Junta y no a los Tribunales de Justicia, la Justicia Militar ha desplazado la competencia de los tribunales ordinarios.

Pero no sólo eso, hasta 1973 el organismo encargado de las pesquisas y detenciones estaba fundamentalmente vinculado al Poder Judicial, el Servicio de Investigaciones. Durante el período de la Junta Militar y en virtud del estado de sitio tales funciones se traspasan a organismos especiales y secretos, los que son reconocidos expresamente en el D. L. N° 1009 de 5 de mayo de 1975:

“Durante la vigencia del estado de sitio, los organismos especializados para velar por el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales y por la mantención de la institucionalidad constituída cuando procedan —en el ejercicio de sus facultades propias— a detener preventivamente a las personas a quienes se presume fundamentalmente culpable de poner en peligro la seguridad del Estado...”¹⁶. Tales organismos no son otros que, primero, la Dirección de Inteligencia Nacional (Dina) y, posteriormente, la Central Nacional de Informaciones (CNI). Tanto uno como otro son organismos militares, vinculados directamente con la Junta Militar¹⁷, esto es, completamente ajenos a los Tribunales de Justicia y fuera de su control y jurisdicción. Las detenciones practicadas por ellos dentro del estado de sitio o de emergencia, por hechos contra la seguridad del Estado, pueden durar hasta diez días¹⁸. Por otra parte, el Presidente de la Junta, por sólo razón de seguridad del Estado, sin necesidad de vinculación a hecho alguno, puede ordenar detenciones hasta por cinco días^{18a}.

16. El D. L. 187 reglamentó el D. L. 1009, esto es, la facultad de arrestar del Presidente de la República en caso de estado de sitio, sin agregar nada nuevo a lo existente ya hasta 1973; por el contrario es muy deficiente técnicamente y en ese sentido es de destacar su Art. 2: “Si del mérito de los certificados a que se refiere el inciso final del artículo precedente apareciere que el detenido ha sido objeto de malos tratos o apremios indebidos, el Ministro de Justicia procederá, a denunciar tales hechos a la autoridad administrativa, institucional o judicial...”. Realmente resulta absurdo que sólo el Ministro de Justicia pueda denunciar, sobre todo si se tiene en cuenta que conforme a las leyes procesales chilenas todo empleado de policía, funcionario o facultativo tiene el deber de denunciar los delitos de que tenga conocimiento.

17. El D. L. N° 521 de 14. VI. 1974 creó la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y el D. L. 1878 de 12. VIII. 1977 creó la Central Nacional de Informaciones (CNI).

18. El Acta Constitucional No. 4 en su único artículo vigente estableció que durante los regímenes de emergencia —que ella misma establece— el plazo de detención por hechos que afecten la seguridad del Estado es de diez días (Art. 13).

18a. El D. L. 1877 de 12. VIII. 1977, que trasladó al estado de emergencia todas las facultades existentes en el estado de sitio, y que es el estado que ahora existe en Chile una vez derogado el de sitio —luego un simple cambio formal—, otorgó además esta facultad especial.

La gran diferencia entre absolutismo y estado de derecho en relación a la privación de libertad, no está ciertamente en el establecimiento del delito de secuestro —u otro semejante—, que ha existido en todos los regímenes y no hace al carácter del estado, sino en el control jurídico sobre los organismos del Estado, lo que implicó que la facultad de detener debía quedar sometida a un determinado procedimiento de control, que no podía ser sino de carácter judicial. Con ello se limitó el poder absoluto del soberano y se dio un paso hacia el estado de derecho. Derecho fundamental del ciudadano y por eso su sanción constitucional, es su libertad y por ello, el establecimiento constitucional de garantías frente al Estado en lo referente a la privación de libertad. La Junta Militar ha retrocedido al estadio previo del estado de derecho de la democracia liberal; por eso su “respeto por los derechos humanos...”, “savia y médula de la democracia liberal”, no pasa de ser una formulación meramente declarativa, pero no constitutiva de *estado* democrático alguno.

3. *Administración de justicia y sistema de ejecución.* A. Administración de justicia.

Conforme al sistema vigente hasta 1973, correspondía conocer, por regla general, de los hechos delictivos de cualquier naturaleza a los tribunales ordinarios de justicia, por excepción a tribunales especiales como los militares. Por otra parte la Corte Suprema era el tribunal máximo de la República, para todos los efectos, esto es, también para aquellos de carácter disciplinario y correccional.

Con el advenimiento de la Junta Militar este sistema se ha visto sensiblemente alterado:

a. Se ha extendido considerablemente la competencia de los tribunales militares, en virtud del estado de sitio han entrado a conocer de todos los delitos contra la seguridad del estado, y también la de los tribunales militares en tiempo de guerra en ciertas situaciones particulares¹⁹.

b. Los tribunales militares con posterioridad al año 73, conocieron de hechos anteriores al golpe de estado, esto es, previos a la constitución del gobierno de la Junta Militar y, por tanto, convirtieron hechos de lealtad al gobierno legalmente constituído del Presidente SALVADOR ALLENDE en actos de rebelión y sedición en contra de un inexistente Gobierno de la Junta Militar en tal momento, con lo cual se juzgó y castigó delitos imaginarios. Se fue más allá aún de una aplicación retroactiva de la ley²⁰.

c. Los afectados por detención han quedado en la más absoluta indefensión. En una primera etapa los tribunales de justicia ordinarios se decla-

19. Véase en general el D. L. 1009 y el D. L. 1008 (cfr. nota 15).

20. Así sucedió en los procesos contra ERIC SCHNAKE, CARLOS LAZO y contra una gran cantidad de oficiales y soldados leales al Gobierno del Presidente SALVADOR ALLENDE.

raron incompetentes de conocer de los recursos de amparo en virtud del estado de sitio y las facultades conferidas a la Corte Marcial por el Código de Justicia Militar. Ello era insostenible, tanto porque el recurso de amparo opera en cualquier situación, cuanto porque las detenciones no eran decretadas por los Tribunales Militares, sino por los Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas. Posteriormente los Tribunales, si bien han aceptado los recursos de amparo, se han conformado simplemente con el informe de que la víctima está detenida por el estado de sitio, sin comprobar las condiciones en que se encuentra, o bien se han limitado a aceptar sin mayor averiguación de que la víctima no está detenida. Por su parte la Corte Suprema en esta materia ha actuado limitando las facultades de los tribunales, así por ejemplo en el proceso N° 6799-13 del undécimo Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía de Santiago, en que el juez DAHM pretendió hacer mayores averiguaciones, el máximo tribunal chileno señala: "se decide que la aludida orden se entiende limitada a la información, por parte del Servicio de Inteligencia Nacional, al juez sumariante, de todos los antecedentes relacionados con la posible detención de las tres personas presuntivamente desaparecidas..." (Resolución de 16 de Septiembre de 1976).

d. La Corte Suprema ha hecho abandono de sus funciones, en cuanto se ha declarado incompetente para conocer los recursos de queja interpuestos en contra de los Tribunales Militares, negándose así a revisar y reparar los graves abusos cometidos en estos procesos, lo que aún debería hacerlo de oficio.

e. Junto a las detenciones, se ha comunicado ilegalmente a los detenidos, se les ha sometido a toda clase de apremios ilegítimos, se les ha torturado síquica y físicamente, han desaparecido gran cantidad de ellos sin que en la práctica los tribunales y en especial la Corte Suprema hayan llevado a cabo investigación alguna al respecto²¹. En el proceso N° 45-73 de la Fiscalía Militar de Coquimbo en contra de una serie de imputados, se declaró sobreseimiento definitivo por la muerte de los reos, pero tal muerte había sido por ajusticiamiento, sin que por ello se iniciara investigación alguna. Entre esos ajusticiados estaba JORGE PENA HEN, destacado musicólogo. En el recurso de Amparo N° 761-76 en favor de MARTA UGARTE ROMAN, el Ministerio de Interior negó la detención, sin que la Corte de Apelaciones hiciera ninguna otra diligencia para esclarecer la desaparición; a los pocos días ella apareció muerta en una playa, con señales de haber sido torturada bárbaramente. Lo mismo sucede con el recurso de amparo N° 548-76 en favor de ARTURO BARRIA ARANEDA; más aún, en el proceso criminal N° 100.002-10 iniciado en el 5° Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía de Santiago, se dictó

21. Véase Informes Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, citados en nota 3.

sobreseimiento temporal, a pesar de que las investigaciones realizadas confirmaron sin lugar a dudas la detención de ARTURO BARRIA. Extremadamente dantescos fueron todos los abusos cometidos con el menor CARLOS ARNALDO VELOSO REIDENBACH, dentro del proceso seguido ante la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, año 1977, de lo cual quedó constancia ante notario, sin que en la práctica se hiciera gestión alguna para determinar y castigar a los culpables. La lista de arbitrariedades, irregularidades y apremios ilegítimos, en los procesos seguidos durante el período de la Junta Militar son inacabables, queden los citados como una pequeña muestra de lo que sucede en la Administración de Justicia chilena.

Paradójicamente con lo expuesto, la Junta de Gobierno estableció en su Estatuto que "El Poder Judicial está constituido y ejerce sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señalan la Constitución Política del Estado y las leyes de la República". La realidad, una vez más, desmiente esta afirmación. Los tribunales, incluida la Corte Suprema, han sido absolutamente dependientes de la estructura militar de gobierno, pues por encima de ellos se han colocado los tribunales militares y los organismos especiales de investigación —también de decisión—, esto es, la DINA y la CNI. Pero no sólo esto, como sucede siempre en todo sistema sujeto a dependencias y subordinaciones represivas, los propios organismos del sistema se someten a autodependencia represiva, y en tal sentido la Corte Suprema se ha convertido en el máximo guardián de tal censura interna, como queda patente en la resolución citada respecto de las facultades del juez DAHM^{21a}.

B. *Sistema de ejecución.* No me referiré a la ejecución penal propiamente tal, sino al sistema de ejecución que surge con ocasión del estado de sitio a que ha estado sometido constantemente el país. Conforme al Art. 72 de la Constitución Política de 1925 en tales casos el Presidente de la República tiene "la facultad de trasladar a las personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes".

De esta disposición surgen con nitidez varias conclusiones. Los lugares destinados a estas medidas de *arresto* han de ser públicos, como pública es la casa de una persona. Han de disponer de las comodidades y las personas tener el tratamiento, propios al de la casa, por eso también la distinción con los lugares de *detención* y *prisión*. Y, evidentemente, los arrestados, con exclusión de la restricción de la libertad ambulatoria han de gozar de todos sus demás derechos.

Sin embargo muy diferente ha sido la situación desde el golpe militar: el sistema de ejecución penal ordinario, a pesar de lo atrasado que está en Chile, se ha convertido en una quimera para aquellos que han estado some-

21 a. Véase los diferentes informes citados en nota 3.

tidos a este sistema de ejecución, en principio privilegiado. Hasta ahora hay lugares secretos de arresto, tanto las condiciones de los lugares públicos como secretos atentan contra la dignidad humana, dentro de ellos se han practicado toda clase de apremios ilegítimos a los arrestados y éstos han visto suprimidos todos sus derechos fundamentales²². Sólo el 25 de febrero de 1976 por Decreto Supremo se oficializó algunos de estos lugares de arresto: Puchuncaví, Tres Alamos y Cuatro Alamos. Se olvidó, sin embargo, incluir otros internacionalmente famosos, por constituir un símbolo de violación de los derechos humanos, como Villa Grimaldi, Colonia Dignidad, etc.

Frente a esta situación de la administración de justicia y del sistema de ejecución "privilegiado" resulta farsesca la declaración de derecho natural clásico que hace el Proyecto de Constitución: "...el ser humano tiene derechos naturales, anteriores y superiores al Estado...". El desarrollo del sistema jurídico político social impuesto por la Junta Militar chilena no se condice con tal definición clásica del derecho natural. Tampoco podría encuadrarse en una revisión moderna del derecho natural, como la de WELZEL: "Lo que queda del mundo de ideas del Derecho Natural no es un sistema de principios jurídicos eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo —una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas— de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica *entre ideas* y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre"²³.

4. *Características jurídico políticas* (política criminal). Desde el Estatuto de la Junta, pasando por las Actas Constitucionales, hasta el Proyecto de Constitución Política, la Junta Militar ha proclamado su adhesión a los principios democráticos. Sin perjuicio naturalmente de las limitaciones que se han reconocido y sobre todo de la crítica ya en el Estatuto, como aparece en las frases trascritas al principio, al sufragio universal y que recientemente repite en su discurso el Ministro del Interior SERGIO FERNANDEZ: "Aquí estamos forjando una democracia que *no endiosa ni hipertrofia el sufragio universal* hasta convertirlo en un fin, sino que proclama que una forma de gobierno sólo se justifica en cuanto sea eficaz para favorecer una sociedad políticamente libre, económicamente eficiente, y socialmente solidaria..."²⁴. Se ha puesto el acento, sobre todo, en la base económica, asegurando que se den las condiciones de un sistema económico de libre mercado, de ahí, como se ha señalado, la dictación de una profusa legislación en materia penal

22. Esto queda de manifiesto además en razón de las instrucciones del año 75 del Ministro de Justicia MIGUEL SCHWEITZER, dirigidas a la Corte Suprema en el sentido de que los tribunales deben abstenerse de oficiar directamente a la Dina, sino que debe hacerse a través del Ministerio del Interior. Luego, Tribunales sin independencia y la Corte Suprema un mero guardián.

23. WELZEL HANS: Introducción a la Filosofía del Derecho, pág. 267.

24. Diario el Mercurio 20. X. 1978.

económica para proteger este sistema. Estas características, por lo demás en su conjunto no difieren de las de Brasil, Uruguay y especialmente Argentina²⁵.

Estos planteamientos resultan contradictorios con los del facismo clásico, ya que en éstos se dirigía una violenta crítica al sistema político liberal, como la causa y origen de todos los males. Así, en la Alemania nazi, sin recurrir a las obras jurídicas generales de CARL SCHMITT²⁶, en el campo específicamente penal está la obra de HERBERT RAUCH: "Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung"²⁷, que es una crítica a las bases mismas del derecho penal liberal²⁸.

En el sistema chileno más bien se detracta el estado social de derecho, que se inicia con la Constitución de la República de Weimar y que se asienta sobre una economía social de mercado, y que no es sino una superación dentro del sistema capitalista de las fallas estructurales manifestadas en la economía de libre mercado y consecuentemente en el estado liberal de derecho. Como muy bien señala JURGEN HABERMAS "juntamente con las fallas de funcionamiento del mercado y los efectos secundarios disfuncionales del mecanismo de mercado entra en quiebra también la ideología burguesa básica del intercambio equitativo. Por otra parte surge una necesidad reforzada de legitimación: el aparato de estado, que ahora ya no sólo asegura las condiciones de mantenimiento del proceso de producción, sino que se inserta con iniciativas en éste, ha de ser legitimado en el creciente ámbito de intervención estatal..."²⁹. Pero el sistema chileno subdesarrollado y dependiente en todo sentido está, por una parte en incapacidad de erigirse en detractor del libre mercado y consecuentemente en crítico abierto del estado liberal de derecho, y, por otra, está también imposibilitado de plantear una economía social de mercado, por el contrario sólo tiene el camino de su negación; el facismo clásico en cambio trató de imponerla por la fuerza. El sistema chileno se levanta sobre el intento de imponer por el bruto poder una economía liberal de mercado y de darle una protección jurídica mediante el terror penal, lo que necesariamente no lleva a un estado de derecho liberal, esto es, a un estado de derecho primario y mínimo en la actualidad, sino a un estado de derecho fal-

25. En Argentina se ha vivido también durante todo el último tiempo en estado de sitio, la situación de la administración de justicia y de los sistemas especiales de ejecución es igual, también la legislación directa (véase los comentarios de DAVID BAIGUN a las leyes 20.642 y 20.840 en Nuevo Pensamiento Penal, 1974, págs. 337 sgts.

26. Véase Staat, Bewegung, Volk (Hamburg 1934).

27. Sobre el cuestionamiento del derecho penal liberal véase: MARXEN, LAUS: Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. 1975.

28. Por supuesto que no hay que confundir los ataques nazistas contra el derecho liberal, incluido el penal, y el realizado por múltiples juristas ante las fallas estructurales de este para garantizar realmente la dignidad de la persona y mantener un estado de derecho, lo que ha llevado justamente a superar el estado de derecho liberal por el estado de derecho social.

29. HABERMAS, Jürgen: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, pág. 308.

sificado, meramente declarativo y destinado ineluctablemente al fracaso. Como dice NIKLAS LUHMAN: "...visto políticamente se comprueba que poder "absoluto" se convierte en una ficción, porque el poder sólo puede ser construido en procesos de comunicación motivados recíprocamente, en referencia al intercambio. Quien quiere ganar poder debe abrirse a la influencia. La tentativa de estabilizar el sistema parcial político de la sociedad como dominio absoluto, exclusivamente mediante programas de objetivo, fracasó con el estado policial"³⁰.

Lo expuesto se refleja en el análisis crítico de la justicia criminal de la Junta Militar chilena. Su política criminal se basa en los conceptos de traición y seguridad del estado, terminología ya puesta en boga por el ideólogo penal nazi GEORG DAHM³¹, lo que necesariamente tiene como presupuesto: una justicia dependiente del brazo represivo absoluto del Estado, del terror, y la constitución de servicios especiales secretos de investigación y control de los disidentes, con poder decisorio superior al de la justicia dependiente, en cuanto representan directamente el terror de estado. El estado de derecho se cambia por estado de terror. Lo demás son consecuencias secundarias, una legislación adecuada, lugares especiales de ejecución, tortura, delación, etc. Un tal sistema penal, producto de esta política criminal es un mero remedo tragicómico de un derecho penal liberal. Cómico, por lo farfesco de la representación, trágico por las nefastas consecuencias que recaen sobre las personas.

Para terminar este breve esbozo sobre el estado de derecho y la justicia criminal en el Chile de hoy, y frente a la posible objeción de invadir campos que no son de mi competencia, hago más las certeras observaciones de MICHEL MIAILLE: "Si es verdad que el *capital* no es una suma de dinero, sino una *relación social*, esto significa que *el Estado es inherente a esa relación social* y no exterior: no se puede tratar al Estado como "alguna cosa" diferente y exterior al sistema capitalista. El es ese sistema. Es por eso que nuestra investigación no puede estar reducida a una vuelta al juridicismo clásico. Nuestra hipótesis es que *el Estado a causa de los juristas ha sido siempre pensado "más allá" del sistema social burgués: es necesario comprender hoy día que él es ese sistema*"³².

30. LUHMAN, NIKLAS: Zweckbegriff und Systemrationalität, pág. 105.

31. DAHM, GEORG: Verrat und Verbrechen, en ZStaatw. 95 págs., 283 sgts.

32. L'Etat du Droit, 1978, pág. 20.

LA DETENCION PREVENTIVA *

Dr. Hernando Londoño Jiménez

Hablar sobre la privación de la libertad del hombre por parte de los órganos competentes del Estado, es plantear ya mismo un profundo y apasionante tema de carácter filosófico, jurídico y humano. Esa es una de las facetas de mayor trascendencia en el estudio del Derecho Público, por cuanto es solo el hombre el protagonista del derecho penal y el destinatario exclusivo de sus normas. Pero dígase lo que se quiera, dentro de un auténtico Estado de Derecho, en el jurídico mundo civilizado de hoy, cuando el legislador busca proteger a la sociedad a través de la norma penal, esa misma norma de una manera intrínseca estará garantizando y tutelando los derechos del delincuente o presunto delincuente, así como también protege y defiende los bienes e intereses jurídicos de los particulares.

Tan cierto es lo anterior, que en la portada de los códigos penales y de procedimiento, lo mismo que en los Títulos sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales de las Constituciones, no puede faltar la consagración del principio de reserva o de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su libertad mediante una condena, sino por un hecho que previamente haya estado definido en la ley como delito. Porque un código penal que quiera inspirarse en principios de una verdadera filosofía democrática y liberal, no puede dejar de inscribir dicho postulado dentro de su normatividad jurídica. El nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale, ha sido una de las grandes conquistas del Derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico.

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, se proclamó solemnemente que nadie podría ser arbitra-

* Conferencia pronunciada en Cali, ante el Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca. El Dr. Londoño Jiménez, es autor de varias obras, tales como "De la Captura a la Excarcelación", "El Homicidio ante el Jurado" y "Confesiones de un Penalista".