

1º ENCUENTRO LATINOAMERICANO-ASOCIACION AMERICANA DE JURISTAS

LIMA - PERU

"DEFENSA EN JUICIO. EL CASO CHILENO"

ALEJANDRO HALES J.
Presidente
Colegio de Abogados de Chile

En el largo desarrollo de las Instituciones humanas los hombres lograron poner término a la primitiva forma de zanjar sus diferencias por si mismo y dieron forma al "JUICIO" o "PROCESO" en el cual, generalmente, se entregó a un órgano independiente la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en forma obligatoria. Las Instituciones contemporaneas entregaron esas funciones jurisdiccionales a un poder público que, ora actuaba por el interés general, ora actuaba por puro interés de los particulares, pero siempre en el interés social de dilucidar los conflictos de una manera pacifica razonable y en aplicación de la ley, la costumbre y la equidad.

Desde el mismo momento en que la evolución de las Instituciones instauró el "Juicio" como forma de resolver los conflictos, nació la cuestión del "Derecho a la Defensa".

Las graves transgresiones a los derechos humanos que horrorizaron al Mundo luego de la Segunda Guerra Mundial, puso el acento en la necesidad de consagrar codificadamente aquellos derechos que a juicio de la mayoría de la comunidad civilizada debían elevarse a principios esenciales de la convivencia humana.

Y entre tales derechos, se reconoció, como no podía ser de otra manera, el DERECHO A LA DEFENSA EN JUICIO.

Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 reza: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial..."

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recogiendo el mismo principio anterior, en su artículo 14 agrega, en el número 3.b del mismo artículo: "Toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección", y la letra d) del mismo número agrega: También como garantía minima la de "Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección".

Y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 1969, en su Artículo 8, recoge todos los principios señalados antes, y los desarrolla y extiende

más allá de la sola garantía a la defensa en materia penal, llevándola a toda otra, tales como asuntos civiles, laborales, fiscales, etc. y agrega el principio de que es obligación del Estado proporcionar defensor a quien no lo tenga o lo requiera y establece la irrenunciabilidad de este derecho.

Nuestra América es, pues, fértil y numerosa en generar instrumentos jurídicos que resguardan y reconocen el derecho a la defensa, pero con dolor debemos reconocer la distancia entre tales principios jurídicos y la realidad oscura que impera en los hechos. Sin embargo, los últimos años han ido revirtiendo esta realidad en el Continente, y la última señal es el anuncio del despertar del alba que dió mi Pueblo, mi Patria, el 5 de Octubre último.

SITUACION DEL DERECHO A DEFENSA EN CHILE, A PARTIR DE 1973:

Para el sólo efecto del análisis, debo separar en dos períodos estos 15 años dolorosos de nuestro país.

Desde el 11 de Septiembre de 1973, fecha en que asume el poder una Junta Militar, hasta 1980, en que se dicta una Carta Constitucional cuya legitimidad es discutida por la mayoría del país en razón de sus indiscutibles vicios de aprobación.

A) Período de 1973 a 1980:

Este período se caracteriza en cuanto al derecho a la defensa, por su virtual desconocimiento. La Junta Militar declara el Estado de Guerra interior y bajo tal situación jurídica irreal se somete a los vencidos a las reglas de la guerra, a Consejos de Guerra, o simplemente al juzgamiento y ejecución sumaria, o simplemente al desaparecimiento.

Quizás lo que pueda ilustrar mejor estos años es lo ocurrido con el viaje de una comisión militar al norte del país, que va deteniéndose en La Serena, Copiapó, Calama, Antofagasta, en cada una de las cuales ciudades va ordenando masivos fusilamientos de personas detenidas, algunas en trámite de juzgamiento, y aún otra, ya condenadas a pena desde los 60 días hasta varios años de presidio. Ninguna de las sentencias dictadas para imponer la pena de fusilamiento ha sido conocida hasta el día de hoy, y por cierto ninguno de los fusilados tuvo oportunidad de defensa ni de defensor.

En el caso de los Consejo de Guerra, el defensor cumplía una función puramente simbólica, ya que en la generalidad de los

casos no dispuso del tiempo para examinar el proceso y preparar la defensa, en muchos casos ni siquiera tuvo acceso a su defendido, y generalmente no le fue posible examinar y someter a cuestionamiento las pruebas fundantes de la acusación.

b) Período a partir de 1980:

A contar de la Constitución del 80, nuestro análisis nos lleva a distinguir en lo que los tratadistas denominan la Constitución "formal" y la Constitución "Real".

La primera locución se refiere a lo que la Constitución "dice en su texto escrito"; la segunda representa lo que "efectivamente se aplica".

Desde este punto de vista, en la Constitución de 1980, existen disposiciones que podrían mover al mayor elogio, por cuanto aseguran a todas las personas garantías procesales de gran amplitud. Así el artículo 19 N° 3 expresa: "La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos".

"Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y de seguridad pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos".

Y en el N° 7 del mismo artículo asegura el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Por otra parte los recursos de protección y amparo normados en los Arts. 20 y 21 respectivamente, también aparecen como instrumentos jurídicos de gran eficacia frente a posibles vulneraciones de la libertad y demás derechos fundamentales. ¿Pero cuál es la Constitución real?.

Para ello hay que detenerse a analizar la situación en que quedan los derechos y garantías fundamentales durante los llamados "estados de excepción constitucional" (Arts. 39 a 41 de dicha Constitución).

De la simple lectura de este articulado se puede inferir que casi todos los derechos y garantías durante estas situaciones de excepción, pueden ser suspendidos o restringidos por la autoridad del Ejecutivo (Pdte. de la República) sin que estas medidas puedan ser reclamadas ante los Tribunales de Justicia. Es más los citados recursos de amparo o protección durante estos períodos quedan prácticamente invalidados ya que los Tribunales de Justicia

no pueden "entrar a calificar los fundamentos de hecho que ha tenido la Autoridad para tomar las medidas que le permiten esos Estados".

Es digno de dejar constancia, que los señores Ministros de la Corte Suprema, don Enrique Correa y don Rafael Retamal, y el Miembro de la Corte de Apelaciones don Carlos Cerda, han fallado invariablemente en favor de la procedencias del habeas corpus, en todo caso.

En esta contingencia el individuo y su defensa quedan en total indefensión.

Para evaluar lo que ello representa debe tenerse presente que nuestro país ha vivido en estados de excepción Constitucional durante QUINCE AÑOS, en forma ininterrumpida, o dicho de otro modo, los estados de excepción han pasado a ser los estados normales, como si en el individuo la fiebre no fuere un estado transitorio y anormal. Resta puntualizar que, además de los Cuatro estados de excepción Constitucional previstos en los Arts. 39 al 41 de la Constitución de carácter permanente en el Art. 24 Transitorio se establece un Quinto estado de excepción llamado de "peligro de perturbación para la paz interior". El es declarado por Presidente de la República sin necesidad de autorización de ningún otro órgano por espacio de seis meses renovables en forma indefinida. Durante su vigencia, la autoridad puede detener, expulsar del territorio nacional, relegar, restringir la libertad de información y limitar otros derechos, sin que estas medidas puedan ser objeto de recurso alguno ante los Tribunales de Justicia.

Como se puede apreciar, la Constitución "formal" aparece totalmente anulada por la Constitución "real". Los derechos y garantía proclamados en términos retóricos son en la práctica totalmente conculcados por el Ejecutivo.

OBSTACULOS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.-

El verdadero reconocimiento al derecho a la defensa requiere mucho más que el puro simbólisto de que en alguna parte del procedimiento se encuentre con la presencia de un defensor. Algunos elementos básicos serán siempre: 1) que la ley aplicable sea conocida para el acusado y su defensor; 2) que el tribunal sea independiente, imparcial y con reales facultades jurisdiccionales; 3) que el acusado y su defensor tenga acceso a las pruebas de la cuestión; 4) que el defensor tenga acceso a su defendido; 5) que la ley

substantiva y procesal sea preexistente a los hechos que motivan el encasamiento, 6) Que el defensor tenga mínimas garantías de seguridad personal ; 7) Que el defensor disponga de amplia libertad para sus planteamientos y agrimir los argumentos que le parezcan apropiados.

Sería casi infinito reseñar todas las transgresiones a esos principios y a algunos otros indispensables para poder afirmar la existencia de un real derecho a la defensa. Sólo tomaremos algunos.

LEYES SECRETAS.-

Desde 1973 en adelante en Chile se han dictado más de cien Leyes Secretas, cuyo contenido y alcance no está a disposición de los encausados y sus defensores. Más aún, la ley que dió origen a los servicios de seguridad, la DINA, cuya crueldad y atropellos llevó al propio régimen a intentar cambiar su imagen y llegó sólo a cambiar su nombre por el de CNI, contiene numerosas disposiciones secretas que sin embargo, eran aplicadas.

Parece necesario por lo evidente, recordar la invalidez de tal normativa atendiendo la exigencia que debe contener todo ordenamiento legal, de ser dado a conocer a quienes se pretende aplicar.

TRIBUNAL INDEPENDIENTE Y CON FACULTADES JURISDICCIONALES.-

Si bien es cierto que formalmente los Tribunales aparecen como independientes, fue inocultable su adhesión al régimen de facto que nació en 1973, lo que llevó a los Tribunales superiores a eludir el ejercicio pleno de sus facultades conservadoras en lo relativo al resguardo de los derechos personales. En el caso de los recursos de amparo o habeas corpus, de los cuales se presentaron miles, eran invariablemente desechados bajo el único fundamento de no estar acreditada la detención, ya que al requerírsele informe a la autoridad ésta obviamente negaba el hecho. En un caso, el del joven Contreras Maluje, en que se logro producir pruebas concluyentes de la detención y desaparición, el recurso de amparo fue acogido, pero nunca fue cumplido ese fallo por el Gobierno y los Tribunales nada hicieron por imponer su decisión.

Los Tribunales, en la mayoría de los casos que le han sido sometidos a su conocimiento, se limitan a la aplicación formal y mecánica de la legislación represiva, sin considerar la función tutelar de los derechos fundamentales que debe asistirles como

Poder Judicial.

De esta manera, el ejercicio arbitrario y discrecional de un supuesto Poder legislativo, por la Junta de Gobierno convier- te a la Judicatura en un instrumento dócil de la disposición repre- siva.

Por otra parte, ante el temor de que los Tribunales ordinarios pudieren variar su conducta, poco a poco se fueron dictando leyes que traspasaron la competencia desde ellos a los Tribunales Militares, materia que se reseña más adelante. Asi- mismo, dictada la Constitución de 1980, por la vía del estableci- miento de Estados de Excepción Constitucional se restó facultades a los Tribunales para conocer y juzgar los recursos de habeas corpus cuando las medidas dictadas por la autoridad ejecutiva estaban amparadas por las facultades que tales estados excepciona- les le daban.

JUSTICIA MILITAR.-

Para el desarrollo de este capítulo especial relevancia reviste el comportamiento de la Justicia Militar

La Justicia castrense conoce de causas que son de fuero ordinario y gravita sobre civiles.

El Código de Justicia Militar chileno, que data del año 1925 tenía escasísima aplicación antes de 1973, es decir antes del Gobierno Militar. Estaba destinado, al igual que otras legislaciones del mundo Occidental, a regular procesos generados al interior de los Institutos Militares y sancionar delitos militares cometidos por el personal castrense. Muy ocasionalmente, los Tribunales creados por este Código, conocían de infracciones cometidas por civiles, por lo general de ínfima importancia, como aquellas relacionadas con el cumplimiento del servicio militar obligatorio.

Como es sabido, esta situación varió radicalmente con la instalación del Gobierno Militar y, hoy los Tribunales Militares someten a proceso casi solamente a civiles," producto de las sucesivas modificaciones al Código de Justicia Militar y las atribuciones otorgadas por diversas leyes dictadas por la Junta de Gobierno, poder éste que asumió a contar del año 1974, el Poder Legislativo.

La Hipertrofia de la Justicia castrense se refleja en las tres Fiscalías Militares, que en el año 1987 existían en Santiago, conocieron cerca de

Mi4	5.480
-----	-------

son nombrados por el Capitán General, Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la República y, en la actualidad (ya que ello fué modificado) todos carecen de inamovilidad en su cargo.

Hasta Septiembre de 1984, los procesos por "ofensas a uniformados eran de muy escasa ocurrencia y su penalidad, era de prisión en cualquiera de sus grados, o multa (La pena de prisión era de uno a 60 días).

Esta situación se revirtió drásticamente al dictarse la Ley P18.342, de Septiembre de 1984. Se modificó el Art. 284 del Código de Justicia Militar disponiendo: "El que amenazare, ofendiere o injuriase, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas, a uno de sus miembros, unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, será sancionado con la pena de presidio, relegación o extrañamiento menores en su grado medio a presidio, relegación o extrañamiento mayores en su grado mínimo.

"Ley Fontaine" y la Ley Nº 18.472, conocida como "Ley Mendoza" (que benefició al ex-Director General de Carabineros y Miembro de la Junta de Gobierno), que otorgaron privilegios procesales a oficiales encausados; y sobre todo, la Ley Nº 18.342, que no sólo crea nuevas eximentes de responsabilidad penal a favor de miembros de las Fuerzas Armadas (art.1º Nº 22) sino que aumenta las situaciones en que sustrae de la justicia criminal ordinaria a militares y policías que cometen delitos comunes (Art. 1º Nº 2).

A fines de Noviembre de 1987, se ha dado un nuevo golpe legislativo a la estructura judicial del país. De conformidad a la Ley Nº 18.667, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden asumen un "Poder Suprajudicial", que los habilita para proporcionar o no determinadas evidencias judiciales que se encuentran dentro de su campo tutelar. Este documento calificado de "Secreto" faculta a los referidos jefes militares para sustraerlos del conocimiento de los Tribunales de Justicia si ellos estiman que afectan a la Seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el Orden Público o la seguridad de las personas. De este modo los jefes militares adquieren un poder desequilibrante en los juicios en que se investiga el comportamiento de militares y policías, los cuales sólo representarían el grado de verdad que dichos jefes están dispuestos a tolerar y no la verdad que surja de una investigación acabada. En otros términos dicha Ley propicia el "Desacato".

Los recursos de los afectados por la resolución de los tribunales y Fiscalías Militares, no tienen mayor destino, por cuanto la Corte Marcial, compuesta de cinco Ministros, tres de ellos que forman mayoría son militares.

Antes de 1973, uno de los militares era un retirado. Hoy los tres son de servicio activo. Habitualmente las votaciones divididas son 2 a 3. En algunos casos en que algún Ministro castrense votó en forma que no fue favorable para los puntos de vista del Gobierno fue removido de su cargo (Caso de los jóvenes quemados Rodrigo Rojas y Carmen Gloria Quintana).

En cuanto a la instancia superior, cuando ella procede es materia de la Corte Suprema.

En resumen, sin exagerar podemos señalar que más de 50 personas han sido procesadas desde 1987 hasta mediados de 1988 ante Tribunales Militares por delitos de Ofensas a las Fuerzas Armadas y Carabineros (Arts. 284 y 417 del Cod. de Just. Militar). Se trata en su mayoría de periodistas, abogados, dirigentes políticos y sindicales, sacerdotes y otros líderes de opinión. Estas personas se encuentran en la actualidad en carácter de inculpados, procesados o condenados por la denominada Justicia Militar.

En el caso de dirigente político y abogado, puedo señalar el del señor Enrique Silva Cimma, Ex Contralor General de la República, Catedrático de la Universidad de Chile y actual Presidente del Partido Radical, patrocinante en la querrela criminal por la muerte del Dirigente Sindical don Tucapel Jiménez. Resulta inexplicable que después de más de 6 años del asesinato de este Dirigente Sindical, el Ministro en Visita señor Valenzuela Patiño, no halla encontrado culpables, no obstante todos los antecedentes acumulados en la causa y, que por declaraciones a la prensa, el único reo resultara el abogado defensor, por supuestas ofensas a las Fuerzas Armadas.

Igual suerte han debido soportar los abogados de la Vicaría de la Solidaridad, Roberto Garretón y Mariana Allendes, a raíz de un requerimiento por el Ministerio Público Militar por ofensas a las Fuerzas Armadas. La Revista "Mensaje" Nº357 titulaba "Situación de los Derechos Humanos en Chile", que resumía el trabajo anual de la Vicaría de la Solidaridad en el año 1986; En junio de este año Roberto Garretón debió comparecer a la Primera Fiscalía Militar a raíz de una ampliación del requerimiento en su contra, originado ahora por una entrevista concedida al diario "Fortín Mapocho", de 7 de Mayo de 1987, en la cual señala que "las bandas (de terroristas que practican secuestros y asesinatos) no son privadas: son instrumentos del Estado". El 4 de Septiembre se declaró reo a Garretón por infracción al art. 284 del Código de Justicia Militar, por las publicaciones antes referidas. El proceso se encuentra en estado de sumario y lleva el Nº455-87 de la Segunda Fiscalía Militar.

El día 27 de Junio de 1987 y en días subsiguientes, son citados a declarar en la Segunda Fiscalía Militar diversos abogados colaboradores de la Vicaría de la Solidaridad, por una declaración que firmaron, en relación a hechos ocurridos en la Penitenciaría de Santiago en los que murió un preso político y un gendarme, en Octubre de 1985. El requerimiento fué formulado por la Dirección de Carabineros, y afecta, entre otras a Alfredo Montecinos, Lautaro Campusano, Pedro Barría, Pamela Pereira, Sergio Corvalán, Raquel Mejías, Carmen Hertz, Hernán Quezada y Alejandro González, este último Jefe del Departamento Jurídico de la Vicaría de la Solidaridad. La acción en contra de estos profesionales, todos defensores de presos políticos y derechos humanos, por supuestas ofensas a Carabineros. El proceso se encuentra en estado de sumario y lleva el rol Nº2111-85 de la Segunda Fiscalía Militar.

Los delitos contra el honor -injurias y calumnias- han sido siempre y en todas las legislaciones del mundo, delitos de acción privada, ya que su comisión no compromete el interés de la sociedad.

La existencia de determinados intereses políticos ha hecho que ciertas conductas lesivas al honor de las Instituciones o investiduras, hayan originado la dictación de leyes especiales que contemplan delitos contra el honor perseguibles mediante acción pública. El caso más típico lo constituía, hasta hace poco tiempo, la ley de Seguridad del Estado. Sin embargo antes de 1973 y la penalidad de ellos (aunque se consideraban atentatorios del orden publico) es relativamente baja.

Los delitos de ofensas que se persiguen en los Tribunales Militares son figuras delictivas mucho más amplias que las injurias contempladas en el Código Penal o en la ley de Seguridad del Estado. Tratándose de un funcionario público (en este caso un militar de cualquier grado), que es supuestamente ofendido desempeñando acciones propias de su cargo, no es posible alegar la "exceptio veritatis" o prueba liberatoria que consiste en probar la verdad de lo que se afirma. Tampoco puede aducirse la falta de intencionalidad o el ánimo de criticar o censurar, tan importante en el terreno de la política y que priva expresiones de carácter de injuriosas. Como sea, los procesos originados en delitos contra el honor en la justicia ordinaria, no producían consecuencias graves para los procesados y su penalidad era relativamente reducida y que generalmente terminada en avenimiento entre las partes.

De esta forma los militares asumen funciones públicas pero no pueden ser objeto de críticas alguna, sea de palabra o por escrito.

ATENTADOS CONTRA EL DEFENSOR.-

No hay derecho a la defensa, si el letrado defensor no está resguardado por un mínimo de seguridad en cuanto a que no será perseguido por sus actuaciones, si no hay seguridad de que la relación con su defendido está protegido por el secreto y sigilo.

Todo ello ha sido desconocido.

Defensores hay, que han sido encausados por el delito de ofensas a las Fuerzas Armadas, en razón de la presentación hecha

ante un Tribunal Militar en el cual sostiene que la declaración extrajudicial de su defendido carece de valor, porque fué torturado por los funcionarios aprehensores, según los dichos por el inculpa-do, lo que a la fecha de la presentación había dado lugar ya a un proceso por tales conductas. Casos hay en que se intentó indagar sobre las cuentas corrientes bancarias de los defensores y sus fami-liares en pesquisas de supuestos manejos de dinero que pudo tener el inculpa-do.

CONCLUSION.-

Los hechos que se han reseñado no tienen el propósito de llamar a escándalo, sino tratan de hacer un aporte en la construc-ción de principios y medios que hagan imposible la repetición impune de estas experiencias.

La ley no pudo contemplar conductas que no eran previsi-bles ni para el más imaginativo. Nunca pudimos suponer en el pasado que hechos que nos ha tocado vivir en este tiempo pudieran ocurrir. Y nuestro deber, como hombre de Derecho, es colaborar para que la ley y los principios jurídicos sean capaces de otorgar pro-tección a quien está siendo víctima de la injusticia o el atropello. Sólo en esa medida, prestaremos una colaboración a la paz y al entendimiento racional de los hombres, y desanimaremos la violencia de los deses-perados y de los desesperanzados. Cuando fracasa el Derecho, reina el abuso, el atropello y la violencia.

El imperio del Derecho será ilusorio, si el no rige en todo caso y para cada hombre. Y para que ello sea así, es indispen-sable que en ese caso y a ese hombre, se le reconozca el derecho a la defensa y a tener un defensor. Sin ello, los derechos son ilu-sorios.

Por ahora enunciemos que es nuestro deber considerar que el atropello a cualquiera de nosotros, los abogados, ocurrido en donde quiera que sea, es un atropello a cada uno de los abogados, y será deber de cada uno tomarlo así, como propio. En ese orden de ideas deberemos luchar para que tales infracciones sean reconocidas como de competencia extraterritorial, y ellas puedan ser llevadas a instancias más allá de las fronteras, donde pudiere reinar el abuso, la arbitrariedad y el desconocimiento del ejercicio de los derechos humanos.