

El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del *debido proceso*

Julio Alvear Téllez

Profesor de Ética Jurídica
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La resolución de la Excelentísima Corte Suprema que, con fecha 8 de agosto de 2000,¹ desaforó al ex Presidente de la República y actual senador vitalicio don Augusto Pinochet Ugarte, desconoce, a mi juicio, las implicancias esenciales del debido proceso, principio constitucional y de derecho natural.

Quien lea la resolución con detención puede observar cómo el fallo de mayoría ha pensado en el debido proceso sólo desde la letra de las disposiciones legales que le han servido de fundamento jurídico. Desde ahí razonan y en ese círculo lógico concluyen.

El debido proceso, sin embargo, ha de ser pensado, en justicia y también en estricto derecho, desde una perspectiva muy distinta: nuestros tribunales debieron abordar el tema no como si fuese una simple materia político-administrativa establecida radicalmente desde las palabras de la ley, sino como una realidad que se constituye desde la persona concreta sometida a su jurisdicción en todas sus circunstancias. En materia de derechos fundamentales, es palmario que es la ley la que se dicta para el hombre y no al revés; es evidente que es la presencia de la persona la que debe orientar la interpretación de la norma, no a la inversa.

Este artículo fue escrito con ocasión de la resolución que desaforó al senador Pinochet con el objeto de probar, someramente y sin intención exhaustiva, que el debido proceso es un bien de la persona, no una entelequia legislativa. Y que dada la potestad conservativa de los tribunales de justicia, la naturaleza de su oficio y las características propias del proceso, toda actividad de un órgano que ejerza jurisdicción tiene el

¹ El texto íntegro de la resolución fue publicado prácticamente de un modo inmediato por el vespertino "La Segunda" en su edición del 8 de agosto de 2000, pp. 19, 20, 29, 31-34, y luego reproducido por la mayor parte de la prensa escrita del país.

especial deber de situarse en el ámbito de la persona humana y de la presencia de los bienes que respecto de ella la Constitución Política garantiza y promueve.

1. El ámbito político-jurídico de la decisión de la Corte Suprema

El ámbito en el que la Corte Suprema decidió el desafuero del senador Pinochet es algo digno de ser destacado.

En 1991, y luego de conocidos los resultados del llamado “Informe Rettig”,² el entonces Presidente de la República, señor Patricio Aylwin Azócar, junto con parte del espectro político del país, sostuvieron que *la verdad* de lo sucedido en materia de derechos humanos bajo el Gobierno Militar estaba contenida en dicho informe. Sentado lo anterior, se estableció que la siguiente etapa era la actuación de los tribunales para que éstos hicieran *justicia* respecto de tales situaciones. Fue en ese contexto que el ex mandatario envió, con fecha 4 de marzo de 1991, un conocido oficio a la Excelentísima Corte Suprema para solicitarle que reinterpretara la ley de amnistía de 1978 (Decreto Ley N° 2.191), en el sentido de no aplicarla sino hasta que queden agotadas todas las investigaciones que sean del caso, en cuanto a los hechos y a la participación en ellos.³

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, esta petición de “*hacer justicia*” especialmente basada en el contexto socio-político del “Informe Rettig” y en sus conclusiones, no dejaba de ser problemática para un hombre de derecho: la Comisión que había recabado los antecedentes y elaborado los resultados de dicho informe había sido constituida por una decisión político-administrativa,⁴ y había actuado, en la práctica, con las atribuciones de una comisión investigadora especial, creada ad hoc para sentar una “verdad de los hechos”, sin las garantías institucionales de un debido proceso.

En cuanto al fondo, muchos, en la época, objetaron al Informe Rettig la palpable omisión de no haber establecido, en definitiva, *la Verdad*, con mayúscula, de lo ocurrido en Chile en el período investigado, en cuanto se había limitado a declarar la existencia de violaciones concretas a los derechos humanos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, en circunstancias de que un proceder correcto debiera haber llevado a afrontar las causas y antecedentes profundos del Pronunciamiento Militar encabezado

² Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, febrero de 1991, 2° Vol., editado en 3 tomos.

³ Ver Documentos Anexos I, en el que se transcribe este oficio en sus partes pertinentes.

⁴ Mediante el Decreto Supremo N° 355, del Ministerio del Interior, se creó el 25 de abril de 1990 la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.



por el General Pinochet y el porqué de las tareas que éste hubo de asumir, para de allí concluir en la necesidad de hacer efectivamente justicia.

Justicia no sólo conmutativa, sino también distributiva, en el más alto significado de esta virtud, que, sin duda, no hubiera dejado de excluir una magna acusación integral a todos quienes formaron parte de la Unidad Popular, por haber conducido deliberada y programadamente al país a la destrucción de sus valores morales, políticos y culturales, de sus relaciones sociales y económicas, de su soberanía e identidad nacional, propugnando en sus escritos, en sus discursos, en su labor proselitista, el enfrentamiento indeclinable entre sus habitantes, a impulsos de un dogma ideológico totalitario, excluyente y asesino.⁵

Sobre el proyecto deliberado y fuertemente planeado de cambiar al hombre y a la sociedad chilena, por todos los medios, de un modo universal, irremediable, e irreversible, para moldearlo según los cánones de la revolución marxista, con toda la flexibilidad necesaria para lograr tal fin, hay una abundante bibliografía.⁶

Sin embargo, habiendo triunfado políticamente la tesis vinculada al "Informe Rettig", si se analiza desde un punto de vista histórico la actuación de los tribunales chilenos en la década de los noventa, se ha de concluir que, en líneas generales, ellos se encaminaron por la ruta sugerida por dicho informe, concretada por un conjunto de actitudes y diligencias que coincide al pie de la letra con lo pedido por el primer Gobierno de la Concertación, encabezado por Aylwin.

La no aplicación de la ley de amnistía, la consideración de las desapariciones como delito permanente de secuestro, la imputación de delitos por la vía de la presunción de "autoría intelectual", ha conducido a un verdadero "desfile" de los militares por los pasillos de los tribunales.

Mientras tanto, los líderes del marxismo, que idearon, eso sí con un concepto mucho más cercano a la autoría intelectual, el proyecto totalitario de la toma del poder total, y que incitaron a tantos de sus militantes a la "lucha de masas", convirtiéndolos en *autores materiales* de la destrucción del "régimen capitalista" y de quienes lo desarrollaban,⁷ hoy viven un

⁵ Sobre la dimensión de los asesinatos, como hábito del socialismo marxista para alcanzar y consolidar el poder político, en los distintos países de Asia, Europa y Latinoamérica, puede verse un cierto balance, aún no acotado, en Stéphane Courtois y otros, *"Le Livre Noir du Communisme. Crimes, terreur, repression"*, Editions Robert Laffont, Paris, 1997. Existe traducción castellana, en la edición de Planeta y Espasa Calpe, Barcelona, 1998.

⁶ Vid. Documentos Anexos II.

⁷ Vid. Documentos Anexos III.

descansado y dorado retiro con todas las garantías de la libertad y de la abundancia de la misma vida burguesa que ellos juraron exterminar y que, dígame de paso, por obra de las Fuerzas Armadas –que intervinieron en la crisis a impulsos de la sociedad civil– no lograron consumir.

2. El caso del senador Pinochet es fundamentalmente “político” y no “jurídico”. La recuperación del verbo histórico

Por lo que ha trascendido a la prensa, por lo manifestado por los propios querellantes de los casos de “derechos humanos”, por la misma línea argumental seguida por los distintos jueces al pronunciarse en este asunto, es fácil percibir que el caso del senador Pinochet está siendo tratado sin la dimensión que le corresponde, a propósito de la verdad de los hechos.

Desde el “Informe Rettig”, el *verbo político* que acompañó al relato de lo sucedido el 11 de septiembre de 1973 y en los años siguientes, desestimó de plano la precisa y radical naturaleza del quehacer socialista-comunista en Chile, tanto en los años previos al pronunciamiento militar, como en los años de la llamada “resistencia” a sus efectos éticos, políticos, sociales y económicos por parte de las corrientes más comprometidas con la revolución marxista latinoamericana.

Los ímpetus de los que se dejaron seducir por los dirigentes del marxismo, por sus pasiones, sus convicciones, sus odios, que nunca ocultaron, sus deseos de transformar la vida diaria de la población de un modo inmediato y para siempre, su proclama de guerra de la lucha de clases que los llevaba incluso a detener la producción del país por el prurito de un imperativo ideológico, es un hecho tan anormal, que hoy se vuelve incomprensible si no se lo rastrea en lo que va quedando de memoria histórica y si no se lo palpa, en su carne viva, en los rastros de la época, en su discurso político, su literatura, su modo de nombrar las cosas, sus gestos, símbolos y praxis revolucionaria, en su música, en donde más de un lector recordará quizás el cántico que cotidianamente amenazaba los hogares chilenos en el sentido de que “construyendo el socialismo, no nos moverán, y el que no crea, que haga la prueba”.

Este estado de espíritu rencorosamente revolucionario es necesario tenerlo en cuenta para comprender la psicología de quienes, atónitos y hundidos en la miseria, veían cómo se le estaba imponiendo un destino a Chile, ajeno a sus realidades singulares, viendo así amenazados, de un modo cada vez más omnipresente, el derecho a la educación de sus hijos, la propiedad privada, el derecho a vivir en paz, la libertad personal, el culto al verdadero Dios, etc. Se trataba de un conjunto de acciones provenientes de una

doctrina y una praxis materialista y atea, proyectada desde los ámbitos más altos del poder, que se proponía obliterar la vida, los esfuerzos y los derechos individuales de los chilenos, así como los bienes y servicios del Estado, a pretexto de la "construcción del socialismo marxista leninista".⁸

Este perfil psicológico de todos quienes en la época de la guerra fría sintieron de un modo cercano y vital el significado existencial de las pretensiones de la dirigencia marxista en un determinado país es un dato histórico importante.

En Chile, ya desde la década de los años 20, venía insuflándose a grandes líneas la toma del poder por parte de los órganos de la revolución socialista. La propia Democracia Cristiana, ante la eventualidad de su llegada al gobierno en 1970, se vio en la obligación de exigirle a Allende la firma de un Estatuto de Garantías, es decir, de un compromiso solemne de que el socialismo iba a respetar, al menos en nuestro país, los derechos humanos de los chilenos.

Allende comentaría este hecho después a Regis Debray con las siguientes palabras: *"ubícate en el período que se produjo ese estatuto y lo medirás como una necesidad táctica... en ese momento lo importante era tomar el Gobierno... Todas las medidas que hemos tomado son conducentes a la revolución... El proletariado es el que va a imponerse a la burguesía. Y si no fuera así, yo no estaría aquí. Yo estoy trabajando para el socialismo y por el socialismo... Hemos golpeado duro a la reacción, insistentemente. Reciben un golpe y no se reponen y le damos otro... (si ellos, los enemigos, dan golpes) nosotros daremos cien, con toda seguridad"*.⁹

Es que no se puede desconocer, como lo hace el "Informe Rettig", y con él, la actividad judicial que le ha seguido, que los hechos que se produjeron en Chile antes, durante y después del 11 de septiembre de 1973 son frutos, en gran medida, del esquema propio de la guerra fría, y pertenecen a un ámbito de magnitud enorme y complejísima, que contiene toda una realidad política, social e ideológica que llevó a una confrontación de

⁸ A este propósito, la Constitución Cubana, cuyo ideal político social fue el modelo de organización de los dirigentes socialistas chilenos de la época, establece en su preámbulo que *"sólo en el socialismo ("marxista leninista") y el comunismo... se alcanza la entera dignidad del ser humano"*, por lo que el Partido, a través del Estado, no puede tener sino como fin *"organizar y orientar los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista"* (art. 5); *"el trabajo en la sociedad socialista"* es un *"motivo de honor para cada ciudadano"* (art. 44); la *"libertad de palabra y de prensa"* sólo puede tener existencia *"conforme a los fines de la sociedad socialista"* (art. 52); *"es ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución"* (art. 54 inc. 2), etc.

⁹ La entrevista dada por Allende a Regis Debray, ideólogo del "foco guerrillero" y ex compañero de Guevara en la selva boliviana, en "Punto Final" el 16 de mayo de 1971, es ya clásica para precisar el modo en que los dirigentes socialistas de la época, aun los más "occidentalizados", consideraban la institucionalidad política y jurídica en sus respectivas patrias.

culturas, civilizaciones y modelos de hombre, cuya naturaleza hay que saber discernir para calificar su entidad moral y su calificación jurídico-penal. La enormidad de lo ocurrido en el país hace 27 años a raíz de la necesaria e indispensable confrontación cívico-militar con los ejecutores del plan maestro del marxismo en Chile, en el contexto del dogma de la irreversibilidad de la Revolución dentro de un mundo mortalmente amenazado por la bipolaridad nuclear, es un elemento que no puede ser desconocido

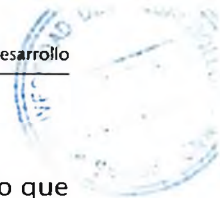
De ahí que, la “verdad de los hechos” exige que la densidad de éstos, en lo que sea posible, sea reconstituida no sólo en su materialidad individual y casuística, sino también en su universalidad, pues es esto último lo que en definitiva les da su identidad política, histórica y jurídica. Si se desconectan los hechos de su ámbito propio y universal, a fin de “calzarlos” en la estrecha y antigua textualidad del ámbito penal ordinario, como si se tratase –en los casos en que realmente hay lugar a ilícitos– de simples hechos delictuales individuales y ordinarios, lo que se está haciendo es descentrarlos, a partir de una especie de estigmatismo jurídico que lleva a enfocarlos con sustracción de su magnitud histórica.

Por ello, no deja de ser preocupante el que nuestros tribunales se vean en la necesidad de sentar convicción en un caso, como es el del General Pinochet, cuyo ámbito es de aristas tan desbordantes, sin poder aquilatar en su decisión esos elementos que rebasan cualquier eventual criterio de justicia conmutativa.¹⁰ Al tratar de este modo hechos que ni por su naturaleza ni por su fin le calzan, ocurre el peligro enunciado en el Evangelio de echar vinos nuevos dentro de odres viejos, con el evidente riesgo de que se rompa el odre y además se pierda el vino (San Lucas 5,37-39; San Mateo 9,17; San Marcos 2,22).

A este tipo de tratamiento judicial, que, como venimos diciendo, coincide a lo menos materialmente con el esquema de interpretación que del pasado reciente sugirió el “Informe Rettig”, se le puede calificar convencionalmente de “político” y no de “jurídico”, para connotar que un tratamiento realmente “jurídico” del “Caso del Senador Pinochet” exigiría un análisis completo, no parcelado, de lo sucedido a la época en que se constituyeron los hechos que se le imputan.

Me parece que la razonabilidad jurídica exige que se analicen todos los antecedentes y causas de los hechos que se investigan, que no se excluyan unos ni se incluyan otros, sin un motivo que dé clara justificación de por qué se obra en uno u otro sentido.

¹⁰ Desde Aristóteles, se acostumbra clasificar la justicia particular en justicia *conmutativa* (que él denomina “correctiva” o “sinalagmática”) y *distributiva*. Cfr. *Ética a Nicómaco*, V, 5-7.



En cualquier caso, es imprescindible la recuperación del verbo histórico que dé razón de lo sucedido en Chile en toda su magnitud. Si el senador Pinochet se encuentra hoy en los tribunales, tratado de un modo más que cuestionable, mientras a Salvador Allende se le levantan estatuas evocatorias frente al Palacio de la Moneda, al lado del Ministerio de Justicia, es porque, obviando esa magnitud, los que fueron causantes de ella han podido concretizar una injusticia¹¹ de dimensiones dantescas en el orden de los sucesos históricos.

3. Ambivalencia de la resolución del desafuero

Para la historia jurídica futura resultará bastante complejo el análisis de la resolución de la Corte Suprema que comentamos si se atiende al solo mérito de sus antecedentes jurídicos. No es fácil explicarse la existencia de posturas tan contrapuestas: decisiones contrarias, calificaciones jurídicas opuestas, fundamentos opuestos, y unos mismos hechos.

De una lectura del cuerpo de la resolución se constata que los votos de mayoría y de minoría se contradicen recíprocamente y de un modo frontal en una serie de juicios en torno a los hechos y al derecho.

A modo ilustrativo, seleccionamos cinco proposiciones, afirmadas y negadas respectivamente:

i) que los hechos que se investigan *revisten* en su caso / *no revisten* en su caso... los caracteres del delito de secuestro.

ii) que *hay* / que *no hay*... personas secuestradas.

iii) que *hay* fundadas sospechas / que *no hay* elemento de prueba alguno, de ninguna naturaleza... para reputar al General Pinochet responsable de los delitos que se le imputan (homicidios, secuestros agravados, inhumación ilegal de cadáveres, asociación ilícita).

iv) que en el desafuero *no son aplicables* / *sí son aplicables*... las garantías del debido proceso.

v) que en el desafuero la ley de amnistía *no es aplicable* / *es aplicable*... a los hechos punibles cubiertos por ella.

Si se atiende a la conocida clasificación que desde un punto de vista

¹¹ Una injusticia de carácter *distributivo*. Acerca de las formas de injusticia –distributiva y conmutativa– en un juicio jurisdiccional, vid. Santo Tomás de Aquino, S. Th. 2-2, q.63, a.4, ad.1.

lógico jurídico hace Wroblewski de las decisiones judiciales a fin de analizar las diversas técnicas de razonamiento que le sirven de justificación, se constata que aquí no hay coincidencia de justificación en ninguna de ellas: ni en a) las decisiones *legales interpretativas*; ni en b) las decisiones *probatorias*; ni en c) las decisiones *resolutivas*.

Desde una perspectiva jurídica, aparece indescifrable qué ha pasado en esta resolución, respaldada o disentida por posturas tan antagónicas, si se tiene en cuenta que, como referimos, son los mismos supuestos de hecho que deben servir de pábulo para pronunciarse a favor o en contra del desafuero.

Los antecedentes que acompañan la resolución, sobre cuya base debieran fundarse las decisiones a), b) y c), en la práctica, han servido ambivalentemente para desarrollar al menos dos modelos de razonamiento excluyentes que, en consecuencia, han llevado a decisiones a), b) y c) enteramente contrapuestas. Con lo que el lector se pregunta si en definitiva han pesado dichos antecedentes al momento de formar la *opinio iuris*, y en qué medida lo han hecho.

Pregunta que, en esta oportunidad, dejaremos abierta, a fin de que el lector haga su propio análisis.

4. Fundamentos filosóficos del debido proceso. Noción.

En nuestro país el debido proceso no ha sido destacado suficientemente por nuestra cultura jurídica, salvo en los últimos años, en donde ha habido importantes aportes de algunos autores,¹² cercanos a la tradición anglosajona del "*due process of law*".

Encontramos, sin embargo, por lo general, una cierta bibliografía que

¹² Raúl Tavolari Oliveros, *Comentarios Procesales*, en sus acápites: "*lectura del debido proceso*"; "*procesos y pactos internacionales*"; "*panorama iberoamericano del Hábeas Corpus*", Colección Jornadas Académicas, N° 19, Edeval, Valparaíso, 1994; Raúl Tavolari Oliveros, "*Hacia la enseñanza de una teoría general del proceso por los códigos procesales modelo para Iberoamérica*", en Revista de Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 5, 1997, pp. 73-92; Hugo Pereira Anabalón, "*Motivación y Fundamentación de las sentencias y debido proceso*", en Gaceta Jurídica N° 142, abril 1992, pp. 7-20; José Bernal Pereira, "*El debido proceso*", en Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, año 1, N° 1, 1986, pp. 6-9; Valeria Cerda, "*El debido proceso: análisis comparativo entre los tratados internacionales de derechos humanos y el Código de Procedimiento Penal chileno*", Universidad de Concepción, 1992 (memoria de tesis); Pedro J. Bertolino, "*Sobre el debido proceso en materia penal*", en Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, N° 18, 1994, pp. 89-103; Arturo Fermandois V., "*Notas sobre el debido proceso y su dimensión metalegal*", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXVI, N° 203, 1998, pp. 293-300.

atiende a sus lineamientos conceptuales básicos en el plano legal,¹³ sin precisar la importancia que el debido proceso tiene para la validez de toda gestión procedimental en donde se emita una decisión jurídicamente vinculante para una persona.

No analizaremos aquí el extenso tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia comparada han otorgado al debido proceso.¹⁴ Nos interesa enfocar este tópico desde la perspectiva de sus *fundamentos filosóficos*.

El debido proceso es un término que designa una realidad muy íntima a la persona humana. Acostumbrados abogados y jueces a ver concretizadas las exigencias básicas de justicia y de convivencia en normas positivas, olvidan sus fundamentos y su sentido.

A este respecto, no conozco doctrina más luminosa para explicar la razón de la existencia entre los hombres del debido proceso que la que sugiere Santo Tomás de Aquino a partir de una interpretación sistemática y global de las cuestiones 60 ("*De iudicio*"), a.1-6; 63 ("*De acceptione personarum*"), a.1-4; 67 ("*De iniustitia iudicis in iudicando*"), a.1-4; 68 ("*De iniustam accusationem*"), a. 1-4; 69 ("*De peccatis quae sunt contra iustitiam ex parte rei*"), a.1-4; 71 ("*De iniustitia quae fit in iudicio ex parte advocatorum*"), a.1-4, del *Tratado de la Justicia*, de su Suma Teológica (2-2).

Para facilidad del lector, expondré en 4 principios lo que me parece ser el núcleo del pensamiento del Doctor Angélico sobre el debido proceso:

i) Necesidad de una autoridad competente para juzgar

Dado que todos los hombres somos *iguales* en cuanto tenemos una *misma naturaleza*, nadie tiene, de suyo, *potestad* natural para *juzgar* la conducta del otro en sociedad y asignarle en razón de esa conducta una determinada

¹³ Cfr. Enrique Paillas, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 174; René Jorquera Lorca, *Curso de Derecho Procesal Penal Chileno*, La Ley, Santiago, 1993, p. 41; Osvaldo López L., *Tratado de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Encina, 1975, p. 47. Sobre pasa el tratamiento "legal", José Luis Cea E., "*La Igual Protección en el ejercicio de sus derechos*", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, 1982, p. 529.

¹⁴ Hay una extensa bibliografía en la doctrina comparada. En lo especialmente referido a este trabajo, puede consultarse, Jerry L. Marshaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985; Horacio D. Rosatti, *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984; Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el "Debido Proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1989; Iñaki Esparza L., *El Principio del debido proceso*, Barcelona, Bosch, 1995; Gregorio Serrano H., *La Prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, Comares, 1997; Alberto Suárez Sánchez, *El Debido Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Susana Albanese, *Garantías judiciales: algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

carga o pena. *"Si tú me juzgas a mí, no veo por qué yo no podría juzgarte a ti"*, podría decirle un hombre a otro.

De ahí que *un hombre sólo pueda juzgar de un modo vinculante en cuanto superior*, esto es, como representante de la potestad social, es decir, de la autoridad constituida legítimamente para gestionar el bien asociativo, y no por autoridad propia.¹⁵ *"Yo te juzgo no con potestad propia sino derivada, no con fuerza física sino con decisión racional y moral, y en la misma medida en que tengo a mi cargo la reparación de los daños que se causan a la sociedad"*, podría decir aquí el hombre que juzga a otro.

Es importante recordar que nadie juzga a otro en razón de su *naturaleza*, sino por causa de su *oficio*; de ahí que la decisión judicial vincula moralmente sólo cuando el juez no se aleja de las reglas ni de las finalidades de su oficio.

ii) Necesidad de un proceso racional para reproducir los hechos pasados y determinar el derecho aplicable

Dado que los hombres *no son omniscientes*, no pueden emitir un juicio vinculante para otros hombres de cualquier manera. Se lo impiden los límites del espacio, del tiempo, y la finitud de sus facultades cognoscitivas, tanto sensibles como intelectivas.

Conocemos los hechos pasados no con la inmediatez del presente. Necesitamos reproducir esos hechos cuya entidad ya no se manifiesta ante nuestros ojos. Y aun del presente hay muchas cosas que se nos escapan o se nos pueden escapar, por falta de atención, de discernimiento, o por mil motivos que dan cuenta de nuestra falta de omnisciencia.

"Sólo a Dios compete juzgar por su propia voluntad, y, por consiguiente, funda su juicio en la verdad que El mismo conoce, y no en lo que oye a otros. Los otros jueces no juzgan por propia potestad... y en lo que pertenece a la potestad pública deben formar su conciencia según lo que pueda averiguar en el juicio público".¹⁶

Necesitamos entonces reglas para reproducir ese pasado. Reglas ecuanímes, razonables, claras. Esas reglas constituyen el *proceso*, que es un cierto camino, un cierto proceder por el que un hombre queda habilitado temporal, espacial e intelectivamente para conocer los hechos pasados que se le reproducen ante sí para juzgarlos en derecho.

¹⁵ S. Th. 2-2, q. 67, a. 1.

¹⁶ S. Th. 2-2, q. 67, 2, ad. 2 y 4.

El proceso busca hacer transparente la verdad de lo sucedido, al juez que ha de juzgarla, según derecho. Sin verdad no hay juicio moralmente vinculante.

De este modo, un hombre podría decirle a otro hombre: *"Yo te puedo juzgar porque me consta objetivamente la existencia del hecho y porque puedo concluir, con certeza moral, a partir del mérito de las pruebas que obran en el proceso, tu participación libre en él"*.

iii) Necesidad de que el juez sea justo de acuerdo a lo obrado en el proceso

No basta detentar una potestad pública para poder juzgar jurídicamente a otro, ni es suficiente la existencia de un proceso para darle contenido a ese juicio.

Es necesario que aquel hombre que sirve el oficio de juzgar sea *virtuoso*, es decir, que a partir de un hábito interior juzgue racional e *imparcialmente* lo que se le somete a su conocimiento. Ha de juzgar según *razón*, para lo cual necesita *ciencia y prudencia jurídica*, y según *justicia*, para lo cual debe comportarse como un tercero entre dos partes, a fin de remover los obstáculos que impiden dar a cada uno lo suyo.

Una de las injusticias más graves en una decisión jurisdiccional es la acepción de personas, o en lenguaje moderno, la arbitrariedad: *"el juicio es acto de justicia en cuanto que el juez reduce a la igualdad de la misma aquellos extremos que pueden producir la desigualdad contraria. Mas la acepción de personas entraña una cierta desigualdad, en cuanto se atribuye a alguna de ellas algo que está afuera de su proporción debida, consistiendo en esta proporción la igualdad de la justicia. Y por esto es evidente que por la acepción de personas se corrompe el juicio"*.¹⁷

Al juzgar, el juez juzga como lo hace cualquier otro hombre: su inteligencia es falible, su voluntad es defectible ante el mal y susceptible de ser alterada por las pasiones. Es la *razón* la que le permite pronunciar un *juicio justo* y es la *virtud* personal (no el proceso) la que lo hace *ser justo*, es decir, *querer* dar a cada cual lo suyo de acuerdo con lo obrado en el proceso.

El juez al juzgar ejerce un oficio de una majestad difícil de aquilatar, que de algún modo lo asemeja a Dios. En efecto, Dios es quien, desde la visión teológica, asigna los bienes y penas definitivos a los hombres en razón de

¹⁷ S. Th. 2-2. q. 63, a. 4.

los méritos de su vida. El juez, sobre todo en materia penal, decide también si se han de aplicar al hombre en esta tierra, de una forma a su modo definitiva, determinadas penas.

Pero no es sólo al juez que se le ha de exigir determinadas características de razonabilidad, de equidad y de justicia en su voluntad. También a las partes que participan en el proceso. Para que las partes puedan participar en esos términos en el proceso –el actor para sostener la acción, el sujeto pasivo para defenderse– debe el juez discernir la situación de cada cual en cuanto persona, no sólo en cuanto parte. De ahí que:

(a) El derecho a defensa es consubstancial al hombre no sólo en razón del proceso, sino en atención a su dignidad, la que, en un plano metafísico, está al mismo nivel que la del juez.

(b) La presunción de inocencia rige siempre a favor del inculcado, mientras no se forme convicción contra él. Pero esa convicción se debe constituir a partir de datos objetivos de la causa, y en caso de dudas, éstas deben interpretarse en sentido favorable.

La razón más profunda de esto es que, como dice Santo Tomás, “*juzgar de las cosas es distinto que juzgar de los hombres*”. Somos superiores a las cosas, y las podemos juzgar con medida propia. A una persona no podemos juzgarla con nuestra propia medida, pues su ser es tan noble como el nuestro. De ahí que “*mientras no aparezcan manifiestos indicios de la malicia de alguno* (a partir de lo que expresa exteriormente con sus actos), *debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso*”.¹⁸

iv) Definición del debido proceso

El debido proceso se expresa en los tres principios anteriores, porque, en definitiva, es *el modo en que la persona humana comparece, según su dignidad, para ser juzgada por otro hombre*. De donde se deduce que aquél no es sino la exigencia jurídica de la persona humana frente a la situación de ser sujeto de juicio jurisdiccional.¹⁹

¹⁸ S. Th. 2-2, q. 60, a. 4, ad.2

¹⁹ La Constitución de 1980, como se sabe, establece en su artículo 19 N° 3, inciso 5°, que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento*”.

En relación al debido proceso es vinculante para Chile el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989; y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8°, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.



5. La decisión de la Corte Suprema a la luz del principio del debido proceso. Análisis de algunos de sus considerandos

Entremos ahora al análisis de la resolución de desafuero, en relación a lo que llevamos dicho del debido proceso.

5.1. El debido proceso no puede ser sino aplicable a la gestión de desafuero en un Estado de Derecho

El fallo de mayoría de la resolución que desafuoró al senador Pinochet sostiene textualmente:

i) *"Que establecido, como ha quedado, que la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso, debe, lógicamente, concluirse que a ella no le resultan aplicables las garantías del debido proceso"* (Considerando 20).

ii) *"Con todo, esta Corte analizará esta institución, a fin de resolver si, en la presente gestión, se han vulnerado algunos de los principios que se incluyen en este concepto. El debido proceso legal constituye una institución de la más antigua raigambre jurídica..."* (Considerando 20). A continuación, se hace un análisis del desarrollo histórico del debido proceso legal y de su concepto actual, de acuerdo con lo que en las Actas de la Constitución de 1980 dejó constancia don Enrique Evans de la Cuadra (Considerando 21).

iii) *"Es posible advertir que lo que la defensa del senador Pinochet ha pretendido es anticipar las exigencias de ese "debido proceso" a una etapa anterior al mismo, pretendiendo que se aplique a un privilegio, como es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de la acción penal en su contra (...). Se ha tratado, en consecuencia, en este trámite, acudiendo a la invocación del derecho a un "debido proceso", de conseguir u obtener la declaración de una falta de responsabilidad penal total, a la que conduce el sobreseimiento definitivo decretado de acuerdo con el artículo 617 del Código de Procedimiento Penal, en los supuestos que se resuelva no haber lugar a la formación de causa"* (Considerando 22).

iv) *"Resulta inaceptable que en nuestro derecho el deficiente estado de salud mental de un imputado en un proceso penal pueda afectar su derecho a defensa en juicio. Según la época en que esta anomalía se presente, ella podrá dar origen a alguna de las situaciones previstas en los artículos 408 N° 4, 409 N° 3, 421 o 682 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Penal, pero no será apta para evitar un juzgamiento por un tribunal competente, siendo éste, en todo caso, el único calificado, dentro del respectivo juicio penal, para decidir en torno a la existencia, gravedad y consecuencia de las pretendidas deficiencias mentales"* (Considerando 28).

Esta actitud del fallo de mayoría de la Excma. Corte Suprema es insustentable en un Estado de Derecho, si se tiene en cuenta el acabado significado del debido proceso, que expresa la dignidad de la persona humana frente a poderes del Estado con capacidad para juzgarla y atribuirle cargas o penas.

Una revisión más concisa de los puntos antes transcritos de la resolución en comentario lleva a sostener, respecto de ellos, las siguientes conclusiones:

- Con respecto al punto i): Si se dice que *la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso*, debe concluirse lo contrario: con mayor razón le resultan entonces aplicables los principio del debido proceso. Esto en razón del mínimo respeto a la dignidad de la persona sometida a un juicio humano vinculante, que sin las garantías formales de un proceso puede entonces quedar entregada a los eventuales efectos no racionales de ese juicio.²⁰

- En cuanto al punto ii), la noción de debido proceso no engloba sólo el *debido proceso legal*, tal como puede ser diseñado a través de las distintas etapas establecidas por un código de procedimiento penal en la defensa de un inculpado, sino que es un *principio jurídico*,²¹ y un principio jurídico de carácter *constitucional*, por lo que se debe concluir que es obligación de los tribunales superiores de justicia, en el concreto ejercicio de su jurisdicción, frente a cada persona y a cada caso sub lite, obrar atendiendo a todo momento al pleno y cabal respeto, protección y promoción del debido proceso, en cuanto derecho de toda persona humana, lo que además exige interpretar de un modo benigno la ley procesal penal y no del modo más restrictivo, a fin de dar cabida en él a la influencia precisa de este principio.

Que el debido proceso sea no sólo un derecho fundamental, sino también un principio, lo ha afirmado, por lo demás, la propia Corte Suprema: *"la doctrina nacional ha definido el debido proceso como aquel que cumple con todas las normas esenciales que garantizan un correcto ejercicio de la función jurisdiccional y de la acción procesal y por lo tanto se encuentra integrado por principios relativos al procedimiento, denominados formativos del procedimiento, y por aquellos relativos al poder judicial"*.²²

²⁰ Hay un diferencia enorme entre la concepción del debido proceso como *instrumento* y como *proceso justo*. En realidad, la primera no se comprende sin la segunda. Sobre esto, vid. Tavolari, *"Hacia la enseñanza de una teoría general..."*, ya citado.

²¹ Acerca de la noción de principio jurídico, cfr. Rodolfo L. Vigo, *Teoría distintiva fuerte entre normas y principios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 465-492.

²² Sentencia en recurso de protección, del 2 de julio de 1999, causa N° 310.

En este ámbito, el voto de minoría de la resolución de desafuero recordó que: *"Una adecuada interpretación de la supremacía constitucional y contenido de la garantía del debido proceso que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, necesariamente llevan a la conclusión de que el principio de razonabilidad que se consigna en dicha normativa, comprende no sólo el debido proceso meramente formal, sino que es comprensiva también de una noción substantiva de esta elevada garantía, que más allá de todo rigorismo formal, está destinada a impedir expresiones de ilicitud o abierta arbitrariedad en el juzgamiento, a fin de asegurar un juicio justo que conduzca a una decisión que se asiente en motivos y fundamentos razonables"* (Considerando 12).

- En cuanto al punto iii), no les corresponde a los ministros del fallo de mayoría atribuir intenciones a una de las partes –a la defensa del Senador Pinochet–, teniendo en cuenta que a) esas intenciones no fluyen de los antecedentes que obran en la gestión de desafuero; b) que de acuerdo a lo sustentado por el considerando 19, el desafuero sería un "preproceso", un "antejuicio", y que, por tanto, no cabría en él calificación de imputaciones propias de un proceso; c) un juez de suyo, por derecho natural y por legislación positiva, no tiene autoridad para imputar intenciones al afectado sin acusación formal y sin derecho a defensa, según, por lo demás, se deduce de lo que los mismos ministros han reproducido en los acápites 1) y 2) del considerando 21. Esta actitud confirma, en mi parecer, la importancia de la vigencia del principio del debido proceso en gestiones como la del desafuero...

- En cuanto al punto iv), debe afirmarse que es gravemente erróneo lo sugerido por el fallo de mayoría respecto de las relaciones existentes entre el derecho de defensa y el deficiente estado de salud: es este último la causa de una pérdida de integridad en el derecho a defensa, no al revés. Y ello es una realidad *personal*, no normativa: es la norma la que debe adecuarse a esta realidad normada que es la persona humana en eventual estado de debilidad psicológica, neurológica y orgánica, propias de la decadencia corpórea de la edad, no a la inversa.

Es la persona concreta, con una edad concreta, con afecciones concretas, en su realidad individual y única, la que se hace presente al proceso. No es un ser abstracto, sin nombre, sin peso, sin voz. Es a esa persona, en su real capacidad para comparecer en juicio, a quien debe mirar ese mismo tribunal con los ojos del debido proceso. Es en este sentido imposible de justificar racionalmente el que un tribunal humano se exima de entrar a analizar los exámenes médicos que respecto de una de las partes obran en el procedimiento. Es negar la verdad de la persona.

A este respecto, el voto de minoría sostiene que *"en relación con la falta de concurrencia en la especie de la garantía del debido proceso, en atención al estado de salud generalizado del requerido, como según se desprende de los antecedentes médicos que obran en autos y que fueron invocados por el Estado chileno en la oportunidad, que es de público conocimiento, los disidentes comparten los razonamientos que al efecto formulan en los considerandos signados con los números 17 al 24 del voto de minoría"* (de primera instancia), y que abundan en la relación entre el estado de salud y el debido proceso (Considerando 11).

Por otra parte, habiendo hecho valer el Estado chileno ante el gobierno británico los exámenes médicos que al General Pinochet se le hicieron en Londres, a fin de que, en atención a sus resultados objetivos, no sea éste sujeto de procedimiento jurisdiccional alguno en aquel país, resulta del todo contrario a derecho que el Poder Judicial en Chile, parte orgánica y funcionaria del Estado nacional, desconozca en toda su amplitud dichos exámenes.

5.2. El debido proceso es un principio constitucional y de derecho natural en beneficio del inculpado, no una concesión legal de mero trámite en favor del juez. Esto último no es aceptado en ninguna parte del mundo civilizado.

Atendiendo a lo que hemos sostenido en el acápite anterior, se puede afirmar que:

i) El *debido proceso* no es sólo una *disposición legal*, susceptible de ser medido sólo por la mayor o menor aptitud de una norma para concretar su contenido en los distintos trámites procesales de carácter penal. Es un *derecho subjetivo* fundamental que la Constitución reconoce en garantía de la dignidad de la persona sometida a un procedimiento judicial, y es un *principio jurídico* de rango *constitucional*, que, como tal, según se dijo, ha de orientar la actividad de los órganos del Estado –y, por tanto, también la del Poder Judicial–, todos los cuales, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, tienen el *deber* no sólo de *respetar*, sino también de *promover* los derechos fundamentales.

ii) El *debido proceso* es también un principio de *derecho natural* en beneficio de todo aquel que, sometido a un juicio humano jurisdiccional, ha de sufrir de él una *carga* (como es el caso de un *desafuero*, o de un *procesamiento*) o una *pena*. Ningún tribunal de la República tiene competencia para desconocer el principio del debido proceso, debiendo velar por el cumplimiento de dicha garantía en cualquier procedimiento, gestión o diligencia que haya de concluir en un pronunciamiento o juicio vinculante.

5.3. La resolución que desaforó al senador Pinochet viola el principio del debido proceso en cuanto establece como “verdad” la figura penal de secuestro, sin hechos concretos que lo prueben ni presunciones razonables que concluyan.

a) Existe un nexo necesario entre “verdad de los hechos” y proceso. No hay justicia sin verdad.

Hemos dicho que el proceso, desde el punto de vista de los fundamentos mismos de su establecimiento en la legislación de los pueblos, tiene como objeto reproducir la verdad de los hechos, dejando constancia de ellos por un sistema de prueba previamente establecido.

Más allá de ciertas disputas académicas que sitúan la función del juez en un ámbito más sociológico²³ o político,²⁴ lo cierto es que sin verdad no hay juicio, y carece de sentido el proceso. Y la verdad de los hechos ha de entenderse, en la perspectiva judicial, en su sentido puro, auténtico, siempre concreto, de correspondencia con lo sucedido realmente en el pasado.

No es ésta la oportunidad de desarrollar a fondo este tópico. Sólo me parece prudente afirmar que la verdad judicial no es la adecuación al *consenso social* o *político*, ni la *coherencia con el sistema legal*, sino el juicio humano, constituido con certeza moral, por el cual un juez da por acreditado un *hecho*, o la *participación libre en ese hecho*, de acuerdo al mérito de las pruebas aportadas en el proceso, con convicción de que con ello se viene a reproducir, dentro de lo humanamente posible, la realidad de lo ocurrido.

Quien niegue esto, niega todo lo demás: proceso, sistema de prueba, sentencia, pena, etc., por falta de posibilidad de que toda la trama del proceso judicial funcione sin verdad. Basta que una falta de verdad sea conscientemente asumida en un proceso por un juez, o por una de las partes, para que toda la escena judicial se vea afectada por ella, si no es detectada a tiempo y excluida del campo de las conclusiones jurídicas. “El Proceso” de Kafka no es más que eso: es kafkiano porque el proceso se abrió conscientemente a un principio de discordancia con la verdad, el cual deja caer en el sistema todo el pesado dinamismo de sus resultados, que son como el sueño: imagina enanos o gigantes, pero sin base.

²³ Roscoe Pound, por ejemplo, considera al derecho como obra de ingeniería social (*social engineering*), asignando, en definitiva, al juez el pragmático papel de servir con utilidad a la sociedad equilibrando los distintos intereses sociales y políticos en juego. Cfr. *Interpretations of Legal History*, Cambridge Mass, 1946, p. 20.

²⁴ Michel Foucault, vr. gr., sostiene la inevitabilidad de la dependencia entre el conocimiento jurídico –y por tanto, el conocimiento judicial– y la lucha por el poder, de tal modo que éste no expresa sino “la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros”. Cfr. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1986, p. 28.

No hay justicia judicial sin verdad. Si el proceso transforma lo no ocurrido en un hecho de la causa, no hay verdad judicial, y el ejercicio de la administración de justicia por parte del tribunal llamado a conocer de aquélla, ya no tiene dónde apoyarse. La justicia se vuelve imposible.

b) No es verdadera la existencia del secuestro calificado que se imputa al General Pinochet, y que sirve de base a la resolución de desafuero.

Se discutió mucho, por la prensa, si la resolución que desaforó al senador Pinochet respetó, en toda la medida de lo necesario, el nexo entre proceso jurisdiccional y verdad de los hechos que se le imputan a aquél. La disputa se centró en la existencia del delito de secuestro en contra de determinadas personas que figura en el proceso rol 2182-98 que conoce el juez Guzmán Tapia, cuyos cuerpos no han aparecido.

El *fallo de mayoría* de dicha resolución sostiene, en lo medular:

i) *"Que por lo que se refiere a la tipificación de los delitos de secuestro, se ha sostenido en estrados, por la defensa del senador Pinochet, que ellos no podrían entenderse configurados porque lo que consta en autos es que las supuestas víctimas de tales ilícitos habrían sido "substraídas" de los lugares en los cuales se encontraban privadas de libertad y no "encerradas" o "detenidas", como lo exige el tipo contenido en el artículo 141 inciso primero del Código Penal. Pero tal argumento no puede ser aceptado, pues, en verdad, para ser "encerradas" o "detenidas" las víctimas de un secuestro tienen que ser "sustraídas" del lugar en que previamente se encontraban; de suerte que entre la conducta de "sustraer" y las de "encerrar" no existe contradicción alguna, sino, por el contrario, una sucesión lógica de antecedente a subsecuente" (Considerando 51).*

ii) *"Que también se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido respecto de las personas desaparecidas con ocasión de los hechos a que se refiere el proceso no puede ser el de secuestro agravado, pues nadie cree que ellas estén todavía con vida, privadas de libertad, y, por el contrario, todo el mundo piensa que fueron muertas. Aunque esto último pudiera ser verdad, nada dice en contra de la posibilidad de configurar el secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha que se dictó el Decreto Ley N° 2.191 sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última" (Considerando 54).*

El **voto de minoría**, por su parte, afirma tajantemente:

(i) *"De acuerdo con los antecedentes que aporta el proceso que se ha examinado en profundidad, de la realidad fáctica del mismo, aparece palmariamente comprobado que las supuestas víctimas de los delitos de secuestro agravado fueron muertas o asesinadas el 4, el 16 (o 17) y el 19 de octubre de 1973, en las ciudades de Cauquenes, Copiapó y Calama, lo que se demuestra con los elementos de convicción que se examinarán en los considerandos siguientes"*(Considerando 4) .

"Que todos los antecedentes anteriormente expuestos conducen a la convicción de que todas las personas individualizadas en la motivación primera como víctimas de secuestros reiterados agravados, fueron ultimadas o asesinadas en el mes de octubre de 1973, de suerte que se aleja de toda racionalidad calificar tales hechos como delito de secuestro calificado, lo que importa suponer que se encontrarían actualmente vivas o desaparecidas, presunción ficta que se aparta dramáticamente de la realidad descrita precedentemente" (Considerando 8).

De los razonamientos expuestos, se puede deducir que:

a) Desde el punto de vista de su **formulación lógica**, el fallo de mayoría concluye en un juicio *conjetural*, que excluye la certeza, pues acepta que no hay antecedentes concretos que prueben su aserto. El voto de minoría, en cambio, concluye en un juicio *asertivo*, que afirma con seguridad la no realidad de los secuestros basado en que, de todo lo obrado en el proceso, no se puede sostener sino que esas personas fueron ultimadas.

b) Desde el punto de vista de la **fundamentación en los hechos que obran en la causa**, el fallo de mayoría no prueba *positivamente* la existencia de los secuestros en ninguno de los considerandos que dedica al tema; sólo hay una referencia genérica, obviando toda precisión, en su considerando 63, a motivos de la sentencia de primera instancia. El voto de minoría sí alude a las probanzas directas que permiten concluir que hay muertes y no secuestros, y a ello dedica especialmente los considerandos 5, 6 y 7.

c) Desde el punto de vista de los **medios de prueba** utilizados, el fallo de mayoría utiliza la *presunción judicial* para sostener la existencia del secuestro; el voto de minoría utiliza variadas pruebas directas.

Si el juicio del fallo de mayoría respecto de la existencia del secuestro no es asertivo, ni se funda positivamente en los hechos que obran en el proceso, ¿en razón de qué pruebas puede darse por acreditado, a su modo, el delito permanente de secuestro?

En realidad no hay secuestros. Hay una *adecuación de los hechos a una figura penal que no corresponde*, expediente que sirve para no aplicar la ley de amnistía.

Volveremos sobre este tema en el acápite 5.5.

c). Una gestión judicial que basa su decisión obviando la verdad de los hechos atenta contra el debido proceso. El principio de razonabilidad.

La verdad del proceso está vinculada a lo que modernamente se denomina *principio de razonabilidad*, en virtud del cual se exige que a) toda *decisión jurídica* se funde en un razonamiento que la justifique; y b) que todo razonamiento jurídico i) opere sobre la base de *proposiciones verdaderas o plausibles*, por oposición a aquellas que son falsas o menos plausibles (razonamiento verdadero); y ii) que esas proposiciones se vinculen entre sí según las reglas de la inferencia lógica, a fin de evitar el error o el sofisma (razonamiento correcto).²⁵ El principio de razonabilidad puede considerarse, por ello, como una exigencia connatural al principio del debido proceso.

Reproduzco a este propósito el razonamiento del voto de minoría, que me parece bastante expresivo de lo que se debe concluir: *"El proceso y la investigación que se sigue en la causa número de rol 2182-98, en cuanto a los delitos de secuestro agravado de personas que se encuentran muertas, no se ajusta a las normas del debido proceso, porque tal procedimiento e investigación se aparta de la correspondiente racionalidad e impide un juicio justo y en consecuencia quebranta la garantía que al efecto consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que se robustece con las normas establecidas por los tratados internacionales actualmente vigentes"*. (Considerando 11)

5.4. Las "fundadas sospechas" de responsabilidad penal que se atribuyen al General Pinochet, en cuanto se basan en la doctrina de la verticalidad del mando, nada concluyen sobre la base de hechos concretos, y atentan, en consecuencia, contra el principio del debido proceso.

La existencia de fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor al senador cuyo desafuero se solicita se basan no en pruebas directas, sino en presunciones. El punto es si esas presunciones concluyen

²⁵ A este propósito es útil *"El razonamiento jurídico"*, de Jorge Streeter Prieto, en A.A.V.V., *"Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos"*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 106-107. Hay en este autor, sin embargo, afirmaciones que no compartimos en cuanto a lo que constituye la raíz del razonamiento verdadero.

realmente en la participación criminal a partir de los antecedentes que les sirven de base.

El fallo de mayoría afirma:

i) *"Los actores de los hechos investigados en la causa mencionada, y que se encuentran sometidos a proceso, formaban parte de un conjunto de un grupo de militares encabezados por un General de Brigada, y que conformaban, además, un Coronel, dos Mayores y un Teniente de Ejército, asistidos por dos oficiales pilotos que comandaban un helicóptero institucional, en el cual visitaron diversas ciudades del sur y norte de Santiago, en cumplimiento de una misión militar encomendada por el a la sazón Comandante en Jefe del Ejército, esto es, el actual Senador Vitalicio Augusto Pinochet, según lo declara el propio Arellano, en labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales. A raíz de esta misión se cometieron hechos que revisten incuestionablemente (...) caracteres de delito"* (Considerando 65).

ii) *"Que es conocida la gran importancia que tiene en una Institución Armada de la República la verticalidad del mando y la obligación del inferior de cumplir estrictamente las órdenes del superior, lo que de no hacer, puede significarle medidas disciplinarias, juicios militares, la destitución u otros más graves cuando ocurren en tiempo de guerra"* (Considerando 66).

iii) *"Que si se considera la regla de la verticalidad del mando y que a la Comisión del General Arellano se la dotó de todos los elementos logísticos necesarios para llevar a cabo su cometido y que ante los excesos producidos no hubo ninguna reacción ni sanción a los responsables, debe concluirse que la orden de proceder en la forma que se ejecutó debió haber sido decretada por el propio Comandante en Jefe de la época"* (Considerando 70).

El voto de minoría, por el contrario, afirma:

i) *"Del examen de los antecedentes de la causa no se desprenden indicios o sospechas fundadas que vinculen al requerido, con algún grado de participación, en la comisión de los hechos que determinaron la muerte de las víctimas (...)"*.

"Es útil reiterar que las instrucciones que impartió el Comandante en Jefe del Ejército de la época al General Sergio Arellano Stark, con ocasión de la comisión que se le encomendara, se circunscribieron al cumplimiento de labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales, según aparece reconocido por todos los protagonistas de autos, sin que aparezcan sospechas verdaderamente fundadas de que hubiere existido por parte del primero concierto o inducción que pudiera vincularlo a los graves delitos que se perpetraron con motivo del cometido indicado".

“Esta conclusión se refuerza con las declaraciones prestadas por el propio Arellano en el curso del proceso y se infiere del texto de la carta que con fecha 16 de julio de 1998 le enviara al Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte”, etc. (Considerando 10).

Es una tradición jurídica universal –que, por lo demás, consolida exigencias del derecho natural– el que un inculpado sólo responda penalmente por los delitos cometidos en virtud de su propia y personal actividad debidamente acreditada en un proceso judicial. Sin embargo, lo que el fallo de mayoría, en la práctica, hace es imputar una especie de “responsabilidad intelectual” bajo la figura de suponer que el General Pinochet en virtud de la verticalidad del mando “dio orden” de cometer los ilícitos que esa misión, llamada periodísticamente “caravana de la muerte”, ejecutó.

No existe al respecto ninguna prueba *fáctica* de la que pueda deducirse su participación. Así lo establece el voto de minoría, e indirectamente también el voto de mayoría, al tener que recurrir a la regla de la verticalidad del mando para atribuirle responsabilidad.

Los jueces están utilizando un método que, en sustitución de toda otra prueba, presume responsabilidades predeterminando y prejuzgando que ella existe en virtud de la sola consideración teórica y abstracta de la doctrina de la verticalidad del mando que rige a las instituciones armadas, verticalidad que, en todo caso, desde el mismo punto doctrinario alegado, ha sido construida y regulada para funcionar en la legalidad, no en la ilegalidad.

En realidad, si se ha de hablar de “autoría intelectual”, haciendo abstracción de prescripciones y amnistías, quienes por antonomasia debieran ser juzgados en razón de ello son los líderes del marxismo.

5.5. La doctrina del secuestro como delito permanente para evitar la aplicación de la ley de amnistía

Cuesta comprender la interpretación que sobre la amnistía formuló la decisión de la Corte Suprema que desafió al senador Pinochet.²⁶ Como se sabe, ha hecho suya la tesis de que no procede aplicar la amnistía en relación a personas detenidas en 1973, de las que hasta el día de hoy se desconoce su paradero, por suponer que la privación de libertad inicial de ellas se continuaría perpetrando.

Causa desconcierto, en primer lugar, que no se esté dando a la amnistía su sentido natural e histórico, que es el del olvido de los ilícitos cubiertos por

²⁶ Vid. considerandos 57, 58, 59 y 61 del fallo de mayoría.

ella.²⁷ La amnesia legal, y por vía de consecuencia, la amnesia jurisdiccional sobre hechos punibles, tanto en su verificación como en su pena, en aras de un bien político y social.

En segundo lugar, dicho desconcierto se agudiza al constatar que se está refiriendo a secuestros que estarían durando ininterrumpidamente, en la práctica, por más de un cuarto de siglo. Y a mayor abundamiento, sin que se sepa que en el proceso que se lleva ante la I. Corte de Apelaciones en contra del General Pinochet se hayan investigado y probado los supuestos esenciales de ese mismo secuestro, cuales son la mantención bajo custodia de alguien en un lugar determinado, con todas las prestaciones mínimas necesarias para su subsistencia.

Ello, como sabemos, llevó al voto de minoría a formular una constatación gravísima: "que se aleja de toda racionalidad calificar tales hechos como delitos de secuestro calificado... presunción ficta que se aparta dramáticamente de la realidad..."²⁸

Estos desconciertos no pueden esquivar múltiples planteamientos e interrogantes. La propia Excm. Corte Suprema ha establecido innumerables veces que ninguna autoridad del Estado puede fundar sus decisiones en hechos inexistentes, o no debidamente comprobados. ¿Cómo no pedir entonces aquí una nítida coincidencia con ese fundamental principio?

Según ya hemos dicho, la matriz de todo proceso judicial, y muy en particular del penal, tiene su fundamento en la determinación de la verdad de los hechos, según el mérito de los medios de prueba legales vigentes. La verdad judicial, y específicamente en el caso del sometimiento a proceso, no puede ser alcanzada sin referencia a lo real, debidamente probado o justificado, según se desprende del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

Permítasenos preguntar entonces, ¿con qué medios de pruebas se ha tenido por acreditado o justificado hasta el presente el secuestro que da por subsistente? ¿Testigos, confesión, informe de peritos, instrumentos públicos o privados, inspección personal del tribunal para indagar espacios que puedan cobijar a alguien secuestrado, o presunciones e indicios?

Está claro que la única probanza determinante, tratándose de desaparecidos con los que no se ha tenido contacto personal durante más de 25 años, sería la de presunción, y sabemos que para que las presunciones constituyan prueba completa de un hecho se requiere "*que se funden en hechos reales y probados,*

²⁷ Una interpretación en el sentido contrario a lo criticado en el texto puede verse en el considerando 9 del voto de minoría.

²⁸ Considerando 8.

y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; que sean múltiples y graves; que sean precisas de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y que la una concuerde con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna a la misma conclusión de haber existido el de que se trata".

Estas exigencias contenidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, son una expresión en extremo acertada de la "razonabilidad" de que hablábamos, y que debe presidir sine qua non todo proceso ajustado a la ley y al derecho.

De no darse todas las condiciones para la presunción antes reproducidas, es claro que sólo estaríamos en presencia de una mera "suposición" de una realidad, a fin de arribar a una consecuencia cuya certeza resulta necesariamente incierta. Y eso es definible como "hipótesis", y más cercanamente, tal vez, a lo que se conoce como "hipótesis de trabajo", es decir, la que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquélla. En esa forma define el concepto de hipótesis el Diccionario de la Real Academia.

Se sabe que es improbableísimo que los detenidos estén vivos, pero se actúa como si lo estuvieran. Esto va contra la naturaleza misma de las presunciones, que son medios para conocer una verdad a partir de otra conocida. Cuando lo que se dice presumir no tiene asidero objetivo, se está ante una ficción, la cual puede ser un discutible recurso de técnica legislativa, pero que le está absolutamente vedada, por la naturaleza misma de su función, al juez.

Porque en definitiva uno se pregunta ¿cómo podrían los actuales oficiales, inculcados o procesados, durante más de 25 años, tener vivos y privados de libertad, y en qué lugar y en qué condiciones, a las personas cuyo secuestro se les imputa? ¿Se ha investigado acerca de quiénes podrían haber compuesto el equipo indispensable de apoyo –proveedores, guardianes, médicos, etc.– encargado de mantener durante 25 años a las víctimas? ¿No habría sido lo indicado realizar verdaderas operaciones "peinetas" o "rastrillos" a través de todo el territorio nacional, para inspeccionar bajo tierra o en la superficie, todo escondrijo o habitáculo susceptible de conservar al secuestrado? ¿Dónde están esas y otras tantas medidas que la sola sospecha de secuestro harían necesarias?

Porque no se entiende que ante conclusiones tan inverosímiles se utilice la presunción, o mejor dicho, la apariencia de presunción o "hipótesis de trabajo", como medio de prueba, y como única prueba, para dar por acreditado el secuestro, y no la muerte.

6. Conclusión

Si atendemos a los fundamentos mismos del debido proceso y a su alto contenido humano, se ha de afirmar que éste conlleva algunas implicancias que deben respetarse necesariamente si realmente queremos hablar de "proceso justo". Con mayor motivo, si queremos hablar de "verdad" y de "reconciliación".

Algunas de esas implicancias han sido tratadas especialmente en el presente escrito en razón de que, de un modo u otro, a mi juicio, según lo que ya se ha reseñado, fueron alteradas por la resolución de nuestro máximo tribunal que desaforó al senador Pinochet, en un contexto y en una medida que calificué de "política", en un cierto sentido convencional de la palabra.

Me resta decir que, por más que algunos defiendan esta decisión en el ámbito del derecho, por mi parte considero que, en líneas generales, no es razonable que en un procedimiento en el que se declara: a) que es un *antejuicio*;²⁹ y b) que incluso *carece de competencia* para determinar con *precisión* los hechos punibles y la participación en ellos,³⁰ se imponga una carga como el desafuero, fruto de un proceder donde se hacen esfuerzos argumentales enormes por dar cabida a los hechos que figuran en el proceso del Ministro Guzmán Tapia contra la parte acusada, atribuyéndole responsabilidades por la vía de las presunciones, lo que es más propio de un *proceso* que de un *antejuicio*; lo que además presupone *competencia*, no *carencia de ella*. Aquí nuevamente podría consumarse otra anomalía respecto del debido proceso.

Al fin, no puedo sino concordar con las palabras con que concluye el voto de minoría de la resolución de desafuero de primera instancia: "*pareciera desprenderse que con la solicitud de desafuero no se pretende como finalidad principal y última la sola formación de causa contra el senador Pinochet, sino más bien y preferentemente, y transcurridos ya más de 26 años desde el Once de Septiembre de 1973, en que la Junta Militar asumió el Gobierno de la Nación, la apertura de un enjuiciamiento a un ex Gobernante, a un período de la historia institucional del Estado, al cambio de Gobierno en 1973, y a la substitución del régimen de gobierno de entonces, sobre la base de cargos singulares formulados al señor Pinochet...*", por lo que a juicio de "estos disidentes, un proceso de tal clase y finalidad escapa y es ajeno por cierto al control de este órgano jurisdiccional, y no podría servir de base legítima a una sentencia de desafuero en contra del nombrado Senador".

²⁹ Considerando 19.

³⁰ Considerando 56.

DOCUMENTOS ANEXOS

Documento I

El oficio del Presidente Aylwin al Presidente de la Corte Suprema, de fecha 4 de marzo de 1991, dice textualmente:

"Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que el informe señala y el enorme impacto que ellos han tenido en la conciencia nacional, me considero moralmente obligado a solicitar a la Exma. Corte Suprema que, en ejercicio de sus atribuciones, instruya a los tribunales correspondientes para que activen con la mayor diligencia los procesos actualmente pendientes sobre delitos a que el Informe adjunto se refiere y los que deban instruirse con motivo de los antecedentes que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación les ha remitido oportunamente".

"Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga justicia en estos casos (...) no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Exmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas".

"Pienso que una interpretación sistemática de las normas constitucionales, su legislación complementaria y de los tratados vigentes, exigen que se realicen las investigaciones necesarias para determinar la existencia del delito y la individualización de los responsables y para sancionarlos penal y civilmente cuando corresponda. Muchos de esos delitos son de ejecución permanente, como los que han afectado a los detenidos desaparecidos, y, en consecuencia, pueden y deben ser siempre investigados".

"Confío en que la Exma. Corte, en ejercicio de sus atribuciones, dispondrá lo necesario para que los tribunales competentes se aboquen al conocimiento de estos casos con el mayor celo y diligencia. Por su parte, el Ejecutivo y los servicios que de él dependen presentarán a esos tribunales la mayor colaboración posible".

Documento II

Un enorme trabajo de recopilación, en 6 volúmenes, ha sido publicado recientemente en Berlín, Alemania, bajo la dirección de Víctor Farías, con los auspicios del CEP, titulado "La Izquierda Chilena (1969 – 1973): Documentos para el estudio de su estrategia", Centro de Estudios Públicos, 2000.

Entre otros muchos antecedentes, es útil, para introducirse en el tema, el análisis de los *"Principios Orgánicos del Partido Socialista de Chile"*, documento interno de carácter oficial del año 1970, que reproducimos aquí en algunos acápites, en que se muestra la radicalidad del socialismo chileno en cuanto a sus fines y a sus métodos, y el carácter programado de ambos.

2. "Objetivos del Partido":

*"El Partido Socialista, de acuerdo con su doctrina, sus principios marxistas leninistas y sus objetivos políticos, es una organización revolucionaria que expresa y representa los intereses históricos de la clase obrera y de las masas explotadas en Chile. En tal condición, **más que una simple agrupación de personas que acepten una doctrina, es un organismo vivo de acción que une dialécticamente el pensamiento, la voluntad y la actividad de sus miembros para impulsar la transformación violenta de la sociedad capitalista chilena**".*

*"Su tarea es **organizar y conducir la acción de los trabajadores para derribar el régimen vigente, conquistar el poder y construir una sociedad socialista. Como vanguardia de las clases explotadas, es su destacamento más avanzado, resuelto, dinámico y consciente en la conducción y desarrollo de las luchas diarias y permanentes de las masas contra el sistema actual**".*

3. Carácter del Partido:

*"Los objetivos que persigue el Partido Socialista y la aceptación y utilización integral de la ideología marxista para alcanzarlos, **determinan su naturaleza orgánica, esencialmente revolucionaria**".*

*"Debe **dirigir su lucha contra el orden establecido y las clases que defienden ese orden; contra los instrumentos e instituciones creados por esas clases para mantener sus sistema opresor (Estado y partidos burgueses, Ejército, Policía, Iglesia, etc.) y también contra la influencia ideológica de la burguesía, que, como clase dominante, impone su filosofía egoísta (sic) de vida, de la sociedad y de las relaciones entre los hombres**".*

"Concretamente el Partido Socialista tiene que enfrentarse contra el sistema de explotación (...) y debe educar a las masas desarrollando su conciencia de clases y revolucionaria para que sean capaces de conquistar su liberación. En consecuencia, es un partido que tiene una teoría y una práctica revolucionaria; métodos y acción práctica igualmente revolucionarios. Su sola existencia le da tal carácter: se constituyó para destruir el orden existente y construir una nueva sociedad".

1. Fundamentos Políticos del Partido:

"Marx y Engels uniendo sus concepciones teóricas a la práctica revolucionaria, determinaron las características generales que debía poseer el partido vanguardia de los trabajadores. Lenin, organizador del primer partido que fue capaz de derribar el sistema capitalista e iniciar la construcción de la sociedad socialista, sistematizó y desarrolló el papel dirigente del partido en la lucha de clases y fundamentó sus principios orgánicos y normas de vida interna".

"El conjunto del pensamiento de los fundadores del socialismo científico y el aporte legado por el conductor máximo de la Gran Revolución Socialista de Octubre constituyen la ideología marxista leninista, base teórica y práctica de la lucha de los trabajadores por su liberación económica y social".

"Los principios orgánicos del Partido Socialista tienen sus raíces en todo este legado del movimiento obrero y en la experiencia histórica de los partidos de la clase trabajadora de todo el mundo" (op. cit. Vol I, pp. 329, 330, 328).



Documento III

"Principios Orgánicos del Partido Socialista de Chile", documento interno de carácter oficial del año 1970.

4. El deber de trabajo del militante socialista:

"La simple aceptación intelectual de principios del partido no basta para ser militante, si esa disposición no va unida a la actividad socialista. La tarea histórica de hacer triunfar el socialismo no puede ser realizada por un partido cuyos miembros no se integren efectivamente al quehacer socialista".

"El Partido no cumple su misión si tolera que sus miembros no hagan vida política organizada regular y permanezcan ajenos a la lucha de masas. Sólo una organización en la cual cada militante conozca y acepte cabalmente sus principios, su programa y su política y esté dispuesto a ejecutar tareas, obligaciones y sacrificios que imponga la lucha, puede considerarse realmente la vanguardia del pueblo".

11. Sobre la estructura y la lucha en la ilegalidad:

"No puede haber una forma inmutable de organización del Partido. Sin embargo, el carácter y objetivos del socialismo determinan su estructura básica. Tanto la lucha en el seno de las masas como la acción contra el orden capitalista exigen determinadas características. Llevar a la práctica la condición esencialmente revolucionaria del partido significa organizarse propiamente para el trabajo ilegal y la actividad clandestina y ser capaz de pasar de la acción legal a la ilegal en cualquier momento... Es decir, debemos estructurarnos para una lucha que, en determinado momento, cambia de forma. Nosotros nos mimetizamos de acuerdo a la situación concreta y no necesitamos darnos una nueva estructura" (Op. cit., Vol. I, pp. 330, 338).

