DEPARTAMENTO PENAL

MATERIA : Defensa en Consejo de Guerra; delitos art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar y Nº278 y 274 de ese mismo Cuerpo Legal.

DEFENSA CAUSA 1-73

Acusación pide la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, por la autoría del delito que sanciona el art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar, y de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, por la autoría del delito de conspiración para la sedición o motín de acuerdo a los artículos 278 y 274.

T E M A R I O

Primera Parte

INAPLICABILIDAD DEL ART. 245 Nº1 DEL C.J.M. (pág.2)

I.- El Delito descrito en el art. 245 del C.J.M. está incorporado al orden jurídico universal y se le conoce como "Traición Bélica". (pág.2)

A. Motivo de la inclusión del art. 245 en el CJM (pág.2)

B. Naturaleza específica del Art.245 del C.J.M. (pág.4)

1) Esencia y nombre universalmente reconocidos del delito sancionado en el art. 245 del C.J.M. : la traición bélica. (pág.4)

2) La formulación que el art. 245 del C.J.M. chileno hace de la traición se ajusta en todas sus partes a la universalmente reconocida traición bélica.- (pág.8)

a) El contexto del art. 245 dentro del Código de Justicia Militar. (pág.8)

b) El art. 245 del C.J.M. individualmente considerado. (pág.12)

II.- Análisis de un concepto central del artículo 245 del C.J.M. : el enemigo.- (pág.18)

A.- El concepto genérico de adversario y el concepto específico de enemigo. (pág.18)

B.- La calidad de enemigo es una situación jurídica propia. (pág.19)

C.- La calidad de enemigo la otorga la guerra. (pág.21)

D.- El Enemigo a que se refiere el art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar. (pág.25)

1. Ha de ser un contrario en la guerra (pág.26)
2. Ha de representar un Estado extranjero. (pág.26)
3. Irrelevancia del art. 419 del C.J.M. respecto del art. 245 Nº1. (pág.27)

Segunda Parte

LA PARTICIPACION DE ... (pág.30)

I.- La participación de... respecto de los hechos que la Fiscalía relaciona con el art. 245 Nº1. (pág.30)

II.- La participación de... respecto de los hechos que la Fiscalía relaciona con el art. 278 vinculado al 274. (pág.36)

HONORABLE CONSEJO DE GUERRA

Comparece Hernán Montealegre Klenner, abogado, ya individualizado, en la causa 1-73, por JORGE HERNANDEZ FIGUEROA, para quien la Fiscalía pide la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, al acusarlo de autoría del delito que sanciona el art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar, y de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, al hacerle el cargo de ser autor del delito de conspiración para la sedición o motín de acuerdo a los arts. 278 y 274 del mismo cuerpo legal.

En razón de las dos acusaciones que se hacen a mi defendido, necesariamente deberé hacerme cargo de cada una de ellas por separado. En la primera parte de mi defensa me referiré, en forma temática, al art. de traición, el 245 Nº1; el otro artículo, en cambio, el que se relaciona con la sedición militar, no lo trataré por separado sino que incluirá sus aspectos esenciales para el caso de mi defendido, al referirme, en la segunda parte, a su participación real en los hechos de esta causa.

El motivo de tratar primero temáticamente el art. 245 está en la necesidad de presentar de una manera concluyente las razones de por qué esta Defensa estima que tal disposición es inaplicable a los hechos de esta causa. La novedad y envergadura de esa disposición, así como la altísima pena que en virtud de ella se pide para mi defendido, explica la extensión que tendrá esta parte de la defensa; pero también explica el ánimo de verter en torno a esta materia la máxima cantidad de luz.

El art. 245 Nº1 es inaplicable porque él sólo se postula dentro de una situación previa de guerra entre Chile y una Potencia extranjera y porque todo él gira en torno a un concepto, el del enemigo, cuyo carácter se adquiere también sólo dentro de una situación de guerra. Dado a que esta situación no era la existente a la época de los hechos que se juzgan, y en el caso de mi defendido, Jorge Hernández, se trata de hechos acaecidos entre marzo y octubre de 1972, no existe la posibilidad de contemplar su conducta a la luz de este artículo. Tengo, entonces, que demostrar que la situación objetiva de que hablo, esto es, la guerra, y, más concretamente, la guerra extranjera, es parte integrante del tipo penal del art. 245 Nº 1 y que no cabe ninguna otra interpretación sino esa.- Es lo que haré, señalando cómo la naturaleza propia del art. 245 no es la de referirse a la traición en general sino que sólo y específicamente a la traición de guerra, el cual es un delito singular conocido internacionalmente, y, luego, señalando cuáles son las consecuencias y los presupuestos del carácter de enemigo.

123-4

PRIMERA PARTE

INAPLICABILIDAD DEL ART. 245 Nº1 DEL C.J.M.

I. EL DELITO DESCRITO EN EL ART.245 DEL C.J.M. ESTA INCORPORADO AL ORDEN JURIDICO UNIVERSAL Y SE LE CONOCE COMO " TRAICIÓN BELICA ".

A. MOTIVO DE LA INCLUSION DEL ART. 245 EN EL C.J.M.

Es importante reparar en que el Código de Justicia Militar tiene una doble estructura. En efecto, unas de sus disposicio - nes miran sólo hacia una reglamentación interna de las fuerzas armadas. Pero, dado a que es un rasgo esencial de éstas la po - sibilidad de que se enfrenten con fuerzas armadas extranjeras, otras de sus disposiciones se ponen expresamente en el supuesto de este evento, en cuyo caso no es posible desconocer el interés jurídico de la otra parte, el que está amparado no por el dere - cho interno de ella sino por uno que trasciende el interés indi- vidual de ambas partes en conflicto y que no es otro que el dere- cho internacional. Dado a que uno de los rasgos esenciales de las fuerzas armadas es la protección de la seguridad exterior de la República, no es dudoso que el derecho militar que las rigen es muy particularmente sensible al derecho internacional. Si a las primeras disposiciones que se han mencionado, donde esta últ- tima circunstancia no influye, puede llamárselas "internas" y "cerradas", estas últimas, donde tal circunstancia es decisiva, se ordenan en torno a una estructura "externa" y "abierta". Es- tas últimas no pueden sino armonizar con los requerimientos uni- versales del derecho internacional, ya que de otra manera éste no existiría o se rompería. Una disposición de esta naturaleza es el art. 245 del Código de Justicia Militar.

Los delitos tipificados en los diversos enumerandos del art. 245 del Código de Justicia Militar son conocidos en todos sus de- talles en la legislación, jurisprudencia y doctrina universales, obedeciendo su incorporación a dicho cuerpo legal a un proceso general en Occidente en el que, desde la segunda mitad del siglo pasado, se incorporó a legislación interna de los países, parti- cularmente a sus Códigos militares, disposiciones elaboradas en convenciones internacionales relativas a los usos y leyes de la guerra. En general, estas incorporaciones en el derecho interno de normas elaboradas por la comunidad internacional obedecieron a compromisos formales o tácitos de hacer tal cosa, o, en otros casos, su sentido fue ajustar el derecho interno a situaciones previstas en la norma internacional.

Un doble proceso, pues, se desarrolló en la época: las leyes de la guerra, que hasta entonces se habían basado sólo en el de- recho consuetudinario, empezaron a codificarse y a ampliarse me- diante tratados o convenciones (siendo, los más importantes, los Convenios de Ginebra de 1864, los tres Convenios de la Haya de 1899 y los trece de La Haya de 1907), y, por otra parte, los Es- tados las incorporaron formalmente a su derecho interno, armoni- zando las conveniencias internas con las situaciones previstas por el derecho internacional.

Paul Guggenheim, uno de los más notables tratadistas contemporáneos en la materia, describe así este desarrollo: "En el curso del siglo XIX asistimos a la transformación -aunque incompleta y parcial- del derecho costumbrista de la guerra en derecho convencional. Simultáneamente, se produce un movimiento del derecho interno de los países hacia la codificación de las reglas del derecho de la guerra para el uso de los ejércitos nacionales, codificación adaptada a las necesidades particulares de éstos últimos" (Traité de Droit International Public, pg.306, Tomo II, Ginebra, 1954). Cita, a continuación, el excepcional valor de la obra de Lieber, de 1863, titulada "Instrucciones en campaña para el Ejército de los Estados Unidos", y enumera las siguientes convenciones, llegando hasta la época actual, que tendrían validez universal: Declaración de París de 1856, convenciones de Ginebra de 1864, 1906, 1929 y 1949, Declaración de San Petersburgo de 1868, convenciones de La Haya de 1899 y 1907, Protocolo de Ginebra de 1929 e instrumento de Londres de 1936.

Michael Akehurst, por su parte, ("Introducción al Derecho Internacional", Londres y Madrid, 1972), describe así el mismo desarrollo: "Durante la segunda mitad del siglo XIX comenzaron los Estados a adoptar manuales de Derecho Militar, que incluían una codificación de las leyes de la guerra, para su utilización por los jefes militares sobre el terreno. Esta práctica condujo a un mayor respeto hacia las leyes de la guerra, así como a una mayor precisión en su formulación. Al mismo tiempo, las leyes de la guerra, que se habían basado hasta entonces casi enteramente en el derecho consuetudinario, comenzaron a ser codificadas y ampliadas por Tratado" (Op. cit., pg. 385).

Antonio Quintano Ripollés, tratadista español, se refiere a la materia en los siguientes términos: "En los convenios internacionales, a partir del de Ginebra de 1864 (art. 28) se comprometieron los gobiernos de las Altas Partes Contratantes a hacer insertar en sus respectivos cuerpos legales disposiciones de carácter penal que reprimiesen la perpetración de los actos calificados internacionalmente de ilícitos" (Tratado de Derecho Peanl Internacional e Internacional Peanl, Madrid, 1955, Tomo I, pg. 541). Poco antes, había expresado: "El primer paso hacia la incriminación de la conducta ilícita en la guerra, en un plano positivo y de carácter permanente tuvo lugar en cada país en las legislaciones penales comunes y más frecuentemente militares, que son, en verdad, las más apropiadas para ello, tanto en razón de materia como de persona" (Op. cit. pg. 529). Advierte, poco después, que "las convenciones internacionales no deben estudiarse sólo dentro del angosto marco jurídico de lo contractual en que fueron pactadas, sino en el más vasto de verdaderos principios de derecho a los que la voluntad comunitaria expresa ha conferido permanente validez y rango penal" (op.cit., pg. 549). "Ocurre, en efecto," dice en otro lugar, "que las legislaciones nacionales suelen incluir entre los delitos locales, singularmente en los Códigos Penales Militares y ordenamientos de campaña, actos que, a su vez, han sido previstos en normas internacionales superiores, tales como las convenciones de La Haya" (Op. cit., pg. 270). En diversas partes de su obra, el tratadista español explica de qué manera resulta así protegido un aspecto del derecho internacional mediante el ordenamiento penal interno, estableciéndose una complementación armónica en la protección del bien jurídico interno y del bien jurídico internacional.

En suma, las normas contractuales internacionales, en especial en lo que se refiere a la conducta en la guerra, y como fruto del nuevo espíritu internacional que surge a mediados del siglo pasado, han precedido en general a las normas locales, las que han ido a la zaga y las han secundado incorporándolas total o parcialmente a la vez que complementando los intereses locales al ajustar las conveniencias internas a las situaciones previstas en la norma internacional.

Lo dicho basta para destacar el antecedente internacional que tienen ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar, antecedente que, naturalmente, forma parte integrante del significado de la norma interna. Esto ocurre, en especial, en las que el Código denomina expresamente "delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado", entre los que están, de manera preeminente, la traición y el espionaje (arts. 245 y 252 del Código de Justicia Militar). También es el caso de aquellos que se encuentran bajo el título "Delitos contra el Derecho Internacional" cuyo solo nombre ostenta la vinculación inherente del derecho militar al derecho internacional de que he hablado. El propio art. 253, por lo demás, incluído en el título de los delitos contra la soberanía y la seguridad exterior del Estado, esto es, aquel al que pertenece el art. 245, nos remite formalmente a "las leyes de la guerra prescritas por el Derecho Internacional", lo que una vez más nos advierte de la vinculación sustancial que estas normas tienen con el derecho internacional. Se trata, en suma, en el caso particular del art. 245 que interesa, de una materia que tiene un significado propio y específico universalmente reconocido, dado su antecedente internacional que voy a detallar, y que requiere, por tanto, de acuerdo a la norma interpretativa del art. 21 del Código Civil, ser entendida en su acepción técnica. Más aún, es imperativo hacerlo así desde el momento en que a nuestro país ligan convenios internacionales que, entre otros efectos, requieren de una armonía entre el orden jurídico chileno y el orden jurídico internacional.

B. NATURALEZA ESPECIFICA DEL ARTº 245 DEL C.J.M.

Para mayor claridad, dividiré esta materia, Honorable Consejo, en dos partes analíticas: primero, la esencia y nombre universalmente reconocidos del delito que describe el art. 245, esto es, la traición bélica, y, segundo, mostraré cómo su forma nacional se ajusta en todos sus aspectos a la universal.

1) Esencia y nombre universalmente reconocidos del delito sancionado en el art. 245 del C.J.M.: la traición bélica.

El art. 245 del Código de Justicia Militar chileno, en sus ocho enumerandos, contempla diversas formas de lo que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina universales conocen como TRAICION BELICA. Este delito aparece tradicionalmente unido al ESPIONAJE BELICO, práctica que también recoge nuestro Código de Justicia Militar.

Basta abrir cualquiera obra importante de Derecho Internacional para encontrar descrito o aludido estos delitos. Así, Joseph Kunz (La problemática actual de las leyes de la guerra, pg. 93, Cuadernos de la Universidad de Vallalolid, 1955), lo alude específicamente como "traición de guerra", añadiendo su nombre en inglés, "war treason". Podestá Costa, el internacionalista argentino (Tratado de Derecho Internacional Público, pg. 109, 4a. ed.,Bs. Aires, 1961), explica este delito de traición de guerra o traición bélica. Ernesto Barros Jarpa, por su parte, en la pg. 470 de su obra sobre Derecho Internacional que es texto de estudio en nuestras Escuelas de Derecho, explica el espionaje bélico y lo diferencia de la traición. Paul Guggenheim, en su obra ya citada, detalla con nitidez los rasgos del espionaje bélico. Leo Oppenhein, el más destacado de los internacionalistas contemporáneos y la máxima autoridad reconocida en la materia en el mundo occidental, dedica capítulos especiales excepcionalmente lúcidos a ambos delitos en los Volúmenes I y II del Tomo II de su clásico Tratado de Derecho Internacional. No es preciso continuar. El motivo de esta enumeración es sólo corroborar, que, debido al antecedente internacional que el delito que nos interesa tiene, es él internacionalmente conocido en su naturaleza específica, técnica, propia del derecho militar en situación de guerra internacional.

¿ Qué es la traición bélica ? Concentraré mi exposición sólo en las explicaciones que dá Leo Oppenheim, en homenaje a la brevedad y en homenaje a su autoridad indiscutida en la materia. Hé aquí cómo empieza el Capítulo X del Volumen I del Tomo II de su obra citada, que se titula, justamente, "El espionaje y la traición bélica":

"La guerra no puede hacerse sin toda clase de informaciones acerca de las fuerzas y de las intenciones del enemigo y acerca del carácter del país donde está la zona de operaciones militares. Para obtener la información necesaria se ha considerado siempre legal emplear espías y, también, hacer uso de la traición de soldados enemigos o súbditos privados del enemigo, bien sean sobornados u ofrezcan la información voluntaria y gratuitamente. El art. 24 de las reglas de La Haya establecía la vieja regla consuetudinaria de que el empleo de los medios necesarios para obtener información acerca del enemigo y del país se considera permitido. El hecho, sin embargo, de que éstos métodos son legales por parte del beligerante que los emplea no impide el castigo de tales individuos comprometidos en procurar información. Aunque un beligerante actúe legalmente al emplear los espías y traidores, el otro beligerante que los castiga actúa del mismo modo legalmente. Ciertamente, el espionaje y la traición bélica tienen un doble carácter.

Porque las personas que cometen actos de espionaje o traición bélica se consideran criminales de guerra y pueden ser castigados, pero el empleo de espías y traidores se considera legal por parte de los beligerantes" (Op.cit., pgs.429 y 430).

Oppenheim expresa que la traición bélica consiste en "un cierto número de actos hostiles para el beligerante en cuyas líneas se comete", pero como estos actos hostiles pueden ser cometidos, como se ha dicho, por personas enemigas, agrega que "debe distinguirse -la traición bélica- de la traición propiamente dicha, que puede hacerse solamente por persona que debe fidelidad, aunque temporal, al Estado injuriado" (op. cit., pag. 432 y 433).

123-8

De acuerdo a lo expresado, los actos constitutivos de traición bélica se desdoblan por razón de su sujeto activo:

a) Si ellos son ejecutados por un miembro de las fuerzas armadas o súbdito del Estado beligerante que se ha traicionado, se rompe el deber de fidelidad hacia el propio Estado y el delito será, también subjetivamente, traición.

b) Si ellos, en cambio, son ejecutados por un soldado enemigo o por un habitante de territorio enemigo ocupado, por no producirse un quebrantamiento del deber de fidelidad hacia el propio Estado, no pueden ser calificados, subjetivamente, de traición propiamente tal.

Objetivamente, la situación y requisitos de la conducta son los mismos; incluso la penalidad. Sólo cambia la posición subjetiva del sujeto activo ante el acto. Esto revela que esta posición es irrelevante para los efectos propios de la traición bélica y que, por tanto, de lo que en ella específicamente se trata no es de sancionar un quebrantamiento del deber de fidelidad hacia el propio Estado, sino que, como lo explicaré con más detalle más adelante, de proteger la eficacia de las operaciones de guerra de la fuerza armada nacional, que pueden ser delictivamente dañadas tanto por nacionales como por extranjeros, enemigos o neutrales.

En síntesis, y en palabras de Oppenheim, "el espionaje y la traición bélica tienen un doble carácter. El Derecho Internacional concede a los beligerantes el derecho a usarlos. Por otra parte, les dá el derecho de considerarlos, cuando se cometen por soldados enemigos, o por individuos privados enemigos dentro de sus líneas, como actos de guerra ilegítima, y consecuentemente sujetos a castigo" (Op. cit. pgs.125 y 126). A esto sólo cabe agregar que, cuando los actos constitutivos de la traición bélica son ejecutados por nacionales del Estado beligerante injuriado, el hecho es una traición de guerra en el sentido objetivo y también subjetivo del término.

Acerquémonos, ahora, al detalle de la conducta propia que se denomina traición bélica. He aquí la noción que dá Oppenheim:

"La llamada "traición bélica" consiste en todos aquellos actos cometidos dentro de las líneas de un beligerante que son perjudiciales para éste y que están destinados a favorecer al enemigo. Pueden ser cometidos, no sólo en país enemigo ocupado, o en la zona de las operaciones militares, sino en cualquier lugar dentro de las líneas de un beligerante" (Op.cit., pg. 126). De este concepto, aceptado en la doctrina, jurisprudencia y legislación universales (en su obra, el autor que cito, al tratar el tema en forma excepcionalmente erudita, a su vez cita a no menos de 48 autores, desde Grocio (año 1625), hasta Baxter (año 1950), de este concepto, digo, Oppenheim singulariza luego los casos a los que se dá el nombre de traición bélica :

"Los siguientes", dice, "son los casos principales a los que ha sido aplicada la designación "traición bélica" :

1. La información de cualquier clase dada al enemigo;

2. La entrega voluntaria de dinero, provisiones, munición, caballos, vestimenta, etc., al enemigo;

3. Cualquier asistencia voluntaria a las operaciones enemigas, sea al servir de guía en el país, al abrir la puerta de cualquier vivienda defendida, al reparar un puente destruído o de otra manera;

4. El intentar inducir a los soldados a desertar, a rendirse, a servir como espías, etc.; negociar la deserción, rendición, y el espionaje ofrecido por soldados;

5. Intentar sobornar a los soldados u oficiales en interés del enemigo y negociar tal soborno;

6. La liberación de los prisioneros de guerra enemigos;

7. La conspiración contra las fuerzas armadas o contra los oficiales individuales y miembros de ella;

8. La destrucción de trenes militares, de líneas de comunicación o de telégrafos o teléfonos en interés del enemigo y la destrucción de cualquier material de guerra para el mismo objeto;

9. El guiar falsa o intencionadamente a tropas mediante un guía alquilado; o por uno que ha ofrecido sus servicios voluntariamente;

10. El prestar servicios postales o somilares al enemigo" (Op. cit., pg. 126).

Veamos, ahora, algunos ejemplos, de casos reales acontecidos y fallados por tribunales de guerra, para lograr una visión lo más concreta posible de esta materia. En 1780, durante la guerra de independencia americana, el general americano Arnold, comandante de West Point, intentó abandonar sus fuerzas y unirse a las británicas. Para ello, entabló negociaciones con Sir Henry Clinton con el objeto de rendir West Point. Sir Henry, entonces, envió al Comandante André para hacer el acuerdo final con Arnold. Elaboró André este acuerdo, pero fue posteriormente sorprendido y cogido dentro de las líneas americanas. André, al haber negociado la traición de Arnold, cometió, a su vez, un típico acto de traición bélica.

Un caso de espionaje bélico es el cometido en la misma guerra por Nathah Hale, capitán americano que, después de haberse retirado las fuerzas americanas de Long Island, volvió a ingresar allí, disfrazado, y obtuvo información valiosa sobre las fuerzas inglesas que habían ocupado la isla. Fué cogido y ejecutado como espía bélico.

En 1904, durante la guerra ruso-japonesa, dos japoneses disfrazados con vestimenta china fueron sorprendidos tratando de destruir un puente de ferrocarril en Manchuria, en la retaguardia de las fuerzas rusas. Fueron conducidos a un tribunal marcial que los declaró culpables y ordenó su ejecución. El caso es típico de traición bélica (no de espionaje bélico, porque el motivo de su acción no fue la obtención de informaciones).

123-10

En fin, en 1949 (citado por Oppenheim, op. cit., pg. 433), en el juicio "Weizsaecker", fallado por el tribunal norteamericano de Nuremberg, se declaró que la prohibición de emplear prisioneros de guerra en relación con las operaciones bélicas no impone al Estado captor el deber de no usar los servicios voluntarios "incluyendo aquellos relativos a la traición" del prisionero de guerra.

En esta materia, pues, no se trata de temas nuevos en los que los tribunales de guerra puedan partir "desde la nada". Por el contrario, se trata de conceptos y normas estrictamente definidas y vigentes en el orden jurídico internacional al que nuestro país se halla ligado. Siguiendo al art. 21 de nuestro Código Civil ellas constituyen una "ciencia o arte especial" : la del derecho de la guerra, relevante en materia militar, cuyas formulaciones están, como lo demostraré a continuación, rigurosamente incorporadas a nuestra legislación nacional, no sólo porque las hacen vigentes los convenios internacionales y el modo específico de vigencia interna que tiene el derecho internacional, sino porque nuestro Código de Justicia Militar las incorpora específicamente, haciéndolas suyas.

2) La formulación que el art. 245 del C.J.M. chileno hace de la traición se ajusta en todas sus partes a la universalmente reconocida traición bélica.-

Nuestro ordenamiento jurídico interno prevé y se ajusta a las situaciones descritas. Hay, a la verdad, todo un conjunto de disposiciones que protegen nuestra seguridad exterior y que, por implicar de alguna manera una relación con lo extranjero, se vinculan cnecesariamente al derecho internacional. En cuanto protegen esa seguridad mediante la sanción de delitos, ellas están repartidas en tres textos : en el Título I del Libro II del Código Penal, en los Títulos II, III y XI del Código de Justicia Militar y en el Título I de la Ley de Seguridad del Estado. Por su naturaleza común de trascendencia externa, de repercusión internacional, ellos constituyen un todo, esto es, forman lo que el Código Civil llama un contexto (art. 22)y deben, por tanto, ser sistemáticamente interpretados. El art. 245 del Código de Justicia Militar, en suma, lejos de ser una pieza aislada en nuestro ordenamiento jurídico, está rigurosamente unido a un conjunto de disposiciones que forman su contexto específico, contexto que, de acuerdo a la norma interpretativa del art. 22 del Código Civil, ilustra el sentido del art. 245 ya que éste no puede pugnar con aquél. Voy, pues, a referirme, primero al contexto del art. 245 y luego a él singularmente; pero de aquel contexto, por exigencias de tiempo,me referiré sólo al inmediato, esto es, al contexto que tiene dentro del propio Código de Justicia Militar.

a) El contexto del art. 245 dentro del Código de Justicia Militar.-

Se trata, como he dicho, de comprobar la correspondencia de este contexto con las pautas internacionales.

En primer lugar, el Título II del Libro Tercero, del que el art. 245 es el segundo artículo. Excluyendo el artículo que precede a éste, esto es, el 244, que se remite a cuatro pre

ceptos del Código Penal, sólo 9 de los 14 restantes son realmente descriptivos de conductas sustantivas nuevas, siendo los demás de carácter formal o de mecánica legal. Pero todavía habría que dejar aparte los artículos 255 a 257, puesto que ellos, por expresa disposición del Código (art. 255) no constituyen "traición", y se encuentran ubicados en este título por una razón práctica de analogía y no por razones de identidad de fondo. Todo el título gira en torno a dos delitos fundamentales, la traición y el espionaje, siendo sus dos artículos básicos, respectivamente, el 245 y el 252. El orden del Código es que entra los artículos 245 y 251 de las normas pertinentes a la traición, y entre el 252 y el 254 dá las del espionaje. Veamos, ahora, la correspondencia de estos artículos con las pautas internacionales, particularmente aquellos que, como he dicho, contienen realmente descripciones sustantivas de conducta y no son de mera mecánica legal. Dejaré para más adelante, para tratarlo individualmente, como lo he advertido, el art. 245 completo.

El art. 246 no es de los sustantivos, de modo que no es necesario considerarlo. El 247 sí lo es. Dice así :

"El prisionero de guerra que falta a la palabra empeñada de no volver a tomar las armas contra el Ejército Nacional," sufrirá la pena que indica.

Esta norma reproduce el art. 33 de la Declaración de Bruselas y el art. 12 del Convenio de La Haya, que dicen :

"Todo prisionero de guerra, puesto en libertad bajo palabra, vuelto a sorprender haciendo armas contra el gobierno con el cual se ha comprometido por su honor, o sus aliados, puede quedar privado de los derechos de prisionero de guerra y ser llevado a los tribunales para su castigo".

Incluso la situación de actuar en contra de los aliados está reproducida en nuestro Código, puesto que la incluye expresamente el art. 249. Más aún, dado que el art. 10 del Convenio de La Haya y el 31 de la Declaración de Bruselas, estipulan que "los prisioneros de guerra pueden ser puestos en libertad bajo palabra, si las leyes de su país los autorizan para darla", el art. 376 del Código de Justicia Militar, que pertenece también al contexto del art. 245 (está en el Título XI), se pone en guardia y establece : "El oficial chileno que, habiendo caído prisionero de guerra, acepte su libertad bajo palabra de no tomar las armas contra el enemigo", sufrirá la pena que indica. La correspondencia de todas estas disposiciones, en suma, no puede ser más absoluta.

En seguida, el art. 248. En su inciso 1° dice :

"El que pusiere en libertad a prisioneros de guerra con el objeto de que regresen a las filas enemigas", sufrirá la pena que señala.

Tanto Podestá Costa como Oppenheim se refieren textualmente a esta situación como una forma universalmente reconocida de traición bélica. De hecho, justamente aplicándose esta disposición que, como digo, pertenece a "las leyes y usos reconocidos de la guerra", se ejecutó, durante la Primera Guerra Mundial, en Bruselas, a una dama de apellido Cavell, por ayudar a soldados aliados a huir.

123-12

El inciso 2º del art. 248 es justo una formulación genérica de la traición bélica tal como ella se define universalmente.

El art. 249, al incluir a los "aliados" como objeto pasivo de los delitos anteriores, reproduce una práctica de las Convenciones de La Haya.

El art. 252, el próximo de carácter sustantivo, que detalla cuatro formas de espionaje bélico, y al que debe unirse el art. 253, se ajusta en todo al art. 29 del Reglamento de La Haya, que expresa :

"No se puede considerar como espía más que al individuo que, obrando clandestinamente o con falsos pretextos, recoge o trata de recoger informes en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarles a la parte contraria. Así, los militares no disfrazados que han penetrado en la zona de operaciones del ejército enemigo, con el objeto de recoger informes, no serán considerados como espías. Del mismo modo, no se consideran como espías a los militares y no militares que cumplen abiertamente su misión , ya sea a su propio ejército, ya sea al ejército enemigo".

Basta la lectura de los artículos mencionados del Código de Justicia Militar para reconocer que sus normas sobre espionaje se ajustan en forma absoluta a estas pautas. Incluso el Nº4º del art. 252, que castiga como espía al que oculta o pone a salvo a un espía, corresponde a una norma prescrita por el derecho internacional. Es así como Oppenheim nos dice que "ayudar a favorecer el espionaje y ocultar a sabiendas a un espía son, según una regla consuetudinaria del derecho internacional, actos punibles, como si fueran en sí mismos actos de espionaje" (op.cit., pg. 430), Véase hasta qué punto son deudoras estas disposiciones que someramente señalo de sus antecedentes internacionales.

El art. 254, que es de mera mecánica legal, reproduce una norma contenida en el art. 228 del Código de Justicia Militar español, que es, por lo demás, del cual se tomó, textualmente, la redacción para el espionaje bélico del art. 252 de nuestro Código recién referido.

Los otros artículos del Título, del 255 al 258, son, como he dicho, catalogados por el propio Código como no constituyendo "traición" y, por tanto, no es necesario referirse a ellos.

En cuanto a los artículos contenidos en el Título III del Código de Justicia Militar, su sólo epígrafo, "Delitos contra el Derecho Internacional", excusa, en homenaje a la brevedad, tratar en detalle de ellos. En cambio, para corroborar lo que he venido sosteniendo, me bastará con citar lo que, para este Título, expresa don Renato Astrosa Herrera en su obra "Derecho Penal Militar" que comenta nuestro Código Militar chileno : "Se trata de conductas lesivas al Derecho de Gentes... En cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas, los Estados, en cada país, en sus Códigos Penales o Militares, crean figuras delictivas que se conforman con esas normas internacionales, a fin de asegurar su respeto por parte de los combatientes" (Pg. 161).

Quedan, por último, los artículos del Título XI, del 372 al 376.

El art. 372 establece una prohibición de comercio con el enemigo que es una práctica de todos los países occidentales y que, por su naturaleza, es de vastas consecuencias en derecho internacional y se la incluye en todos los tratados sobre la materia.

El art. 373 es una aplicación de la institución de derecho internacional de la guerra, las "requisiciones bélicas", de modo que tampoco puede ser más elemental su sometimiento a los principios que rigen esta institución.

En cuanto al art.374, es una reproducción fiel del art. 8° del Convenio de La Haya y 28 de la Declaración de Bruselas, que dice : "Los prisioneros de guerra están sometidos a las leyes y reglamentos vigentes en el ejército en cuyo poder se hallen. Después de la intimación es permitido hacer uso de las armas contra un prisionero de guerra que se escapa. Vuelto a prender puede castigársele con penas disciplinarias o sometérsele a una vigilancia más severa. Si después de haber logrado escapar vuelve a caer prisionero, no debe castigársele con pena alguna por su anterior fuga". El art. 374, como dije, repite a la letra estas disposiciones.

El art. 375, por su parte, está en estricta correspondencia con el art. 4° del Convenio de La Haya y 23 de la Declaración de Bruselas, que dice : "Cualquier acto de insubordinación -de los prisioneros de guerra- autoriza, respecto de ellos, las medidas de rigor necesarias".

El art. 376, en fin, como ya se ha analizado a propósito del art. 247, está en estricta correspondencia con el art. 10 del Convenio de La Haya y 31 de la Declaración de Bruselas.

Al final de este somero recorrido, el Honorable Consejo podrá apreciar con qué fidelidad, a veces repitiéndose a la letra, se ajustan todas estas disposiciones a las pautas y situaciones previstas en las convenciones, costumbres y principios del derecho internacional de la guerra, lo cual, dicho sea de paso, habla bien de nuestra sensibilidad hacia el orden juridico internacional. En suma, el contexto inmediato del art. 245 reproduce con fidelidad las directrices ciertamente técnicas del derecho internacional de la guerra.

Antes de abordar el art. 245 mismo, es necesario decir una apalabra sobre el art. 109 del Código Penal, con el que el art. 245 tiene una vinculación sustantiva y, por tanto, interesa indicar su naturaleza. La circunstancia de estar ambas disposiciones en Códigos diversos es puramente accidental y extrínseca y no debe ocultar la identidad sustancial de ambas, que se percibe ya de su sola lectura, y que se corrobora por los siguientes elementos de juicio: ambas disposiciones están bajo el título de delitos contra la seguridad exterior o soberanía del Estado; ambas tienen la misma norma en cuanto al iter criminis (art. 111 en el Código Penal y 250 en el Código de Justicia Militar); ambas contemplan la posibilidad de que el sujeto pasivo sea no sólo la República sino los aliados de ella. Más aún, el art. 244 del Código de Justicia Mili-

123-14

tar de hecho incorpora dicho artículo al propio cuerpo legal militar, con lo que él queda justo antecediendo al 245. Todavía más: incluso hay una identificación en la descripción de una conducta, precisamente la que más interesa, esto es, la que se hace en el inciso 6° del art. 109 del Código Penal y la del N°1° del art. 245 del Código de Justicia Militar. Dicho inciso del Código Penal castiga, en efecto, a quien "suministrare al enemigo planos de fortificaciones, arsenales, puertos o radas". La consecuencia más importante que esta identidad tiene para este proceso está en la evidencia, reconocida por todos nuestros autores y comentaristas nacionales del Código Penal, que el art. 109 que nos ocupa es aplicable sólo en circunstancias de guerra de nuestro país con una Potencia extranjera. Las diversas conductas que este art. 109 describe son todas de traición bélica, como se desprende de una simple confrontación de su texto con la lista de tales casos que he reproducido y que es dada por Oppenheim. Ahora bien, dada su identidad sustantiva con el art. 245 que interesa, no cabe sino prever con total certeza que éste último se ajustará también con la misma fidelidad a las pautas internacionales de la traición bélica y que su posible aplicación se planteará también sólo en el evento de guerra internacional en que se encuentre comprometido nuestro país. Es, en efecto, lo que ocurre, y lo que analizaré a continuación.

b. El art. 245 del C.J.M. individualmente considerado.

Sometiéndome al mismo orden metódico que he seguido, consideraré someramente primero los enumerandos 2° a 8° de este artículo, para, al final, ensamblar la última pieza de este conjunto, la que más interesa, su enumerando 1°. En todo caso, como ya lo he explicado, conviene recalcar que este método de irse acercando a él por etapas sucesivas y cada vez más próximas, es en esencia un proceso interpretativo fijado por el art. 22 del Código Civil y su efecto no es otro que dilucidar la norma singular que interesa.

aa) El art. 245 Nos 2 a 8.

El N°2 del art. 245 dice así; "El militar que sedujere tropa chilena o que se hallare al servicio de la República, para que se pase a las filas enemigas o deserte las banderas en tiempo de guerra", sufrirá la pena que señala. Corresponde a una típica conducta de traición bélica universalmente reconocida (punto 4 de la lista transcrita dada por Oppenheim: inducir a los soldados a desertar).

El N°3 expresa : "El militar que directa o indirectamente mantuviere relaciones con el enemigo sobre las operaciones de la guerra, o que, sin la debida autorización, entrare por cualquier medio en entendimiento con el enemigo para procurar la paz o la suspensión de las operaciones". Es una conducta típica de traición bélica; se trata de una singularización de la norma genérica del punto 4 de la lista transcrita: negociar o intentar negociar la rendición.

El N°4 se refiere a diversos actos de sabotaje y es exactamente la traición bélica descrita en la lista mencionada en su punto 8.

El N°5 contiene incluso una definición de lo que es en esencia la traición bélica, calzando casi a la letra con la que reproduje antes y que es dada por Oppenheim, ya que describe un acto que se ejecuta "en el territorio de las operaciones de guerra con intención de favorecer al enemigo o de causar perjuicio a las fuerzas chilenas". Me parece notable la correspondencia absoluta de este concepto, incluso de lenguaje, con la pauta internacional dada para la traición bélica.

En cuanto a la conducta que describe, se trata de precaverse ante estratagemas de guerra desleales.

El N°6° es una forma de inducir a los soldados a rendirse (punto 6° de la lista transcrita), esto es, una traición bélica reconocida.

El N°7, que castiga al que "en plaza sitiada o bloqueada por el enemigo, o en operaciones de campaña, promoviere algún complot o sedujere tropas para obligar al que manda a rendirse, a capitular o a retirarse", abarca tanto el punto 4 de la lista: inducir a la rendición, como el 7, que nos habla de conspiración contra las fuerzas armadas, o, aún, el N°5, esto es, el intento de soborno a los soldados u oficiales: en suma, actos todos típicos de traición bélica.

El N°8, que castiga al que "estando en acción de guerra o dispuesto a entrar en ella, se fugare en dirección al enemigo", distingue con claridad entre el desertor y el tránsfuga. El desertor, como tal, abandona simplemente una función; el tránsfuga, en cambio, lo hace con la intención de pasarse al enemigo, siendo, como tal, un traidor; si es capturado posteriormente, no tiene los derechos de prisionero de guerra y puede ser juzgado como criminal. La disposición transcrita calza en todas sus partes con esta norma de derecho internacional. (ver Podestá Costa, pg. 86, op. cit., y Oppenheim, pg. 274, op. cit.) Es, en suma, un acto de traición de guerra.

bb) <u>El art. 245 N°1.</u>

Queda, por último, Honorable Consejo, calzar la última pieza de este conjunto que he ido ensamblando metódicamente. Tanto el art. 109 del Código Penal, como los enumerandos 2 a 8 del art. 245, que constituyen el contexto más inmediato del art. 245, N°1, se han revelado como actos típicos de traición bélica, ajustándose en todas sus partes a las pautas internacionalmente vigentes. En cuanto al contexto más amplio que rodea y es parte sistemática del art. 245 N°1, también reveló ajustarse en todo a las normas técnicas del derecho de la guerra. ¿Acaso el N°1 será, en todo este sistema, mediato e inmediato una disposición heterogénea puesta por el legislador expresamente en un lugar central del conjunto para pugnar y romper el sistema tan laboriosamente ensamblado? La sola idea repugna a toda racionalidad. Y la verdad, en efecto, está muy lejos de ello, porque el enumerando 1° del art. 245 constituye precisamente el más importante y reconocido de los actos de traición bélica, armoniza en la totalidad de sus aspectos con su contexto

123-16

en nuestra legislación chilena y se ajusta a la letra a las acepciones y significados propios del derecho técnico de la guerra. He aquí este enumerando primero :

"El militar que pusiere en conocimiento del enemigo el santo y seña, las órdenes y secretos militares que le hubieren sido confiados, los planos de plazas de guerra o de fortificaciones, sean permanentes o de campaña, las explicaciones de señales, los estados de fuerzas, la situación de minas, torpedos o sus estaciones, o cualquiera otra noticia o dato que pueda favorecer sus operaciones o perjudicar las del Ejército Nacional".

¿Cómo dudar por un instante que se trata del resguardo interno más poderoso ante lo que el art. 24 del Convenio de La Haya reconoce como: "el empleo de los medios necesarios para procurarse informes del enemigo y del terreno se consideran lícitos"?

Recordemos, al respecto, la nítida exposición de Oppenheim ya citada: "La guerra no puede hacerse sin toda clase de información acerca de las fuerzas y las intenciones del enemigo y acerca del carácter del país donde está la zona de operaciones bélicas. Para obtener la información necesaria se ha considerado siempre legal emplear espías, y, también, hacer uso de la traición de soldados enemigos o súbditos privados enemigos, bien sean sobornados u ofrezcan la información voluntaria y gratuitamente. El art. 24 de las reglas de La Haya establecía la vieja regla consuetudinaria de que el empleo de los medios necesarios para obtener información acerca del enemigo y del país se considera permitido". Pareciera, en verdad, que el N°1 del art. 245 hubiese sido escrito para resguardarse, en forma literal, de cada uno de estos riesgos de guerra que aquí con tanta nitidez se señalan.

Tres aspectos pueden destacarse de inmediato: el art. 245 N°1 es el más preclaro ejemplo de traición bélica; sus elementos genéricos son una exacta definición de dicho delito, y, en fin, el art. 245 tiene una unidad innegable.

a) El primer ejemplo que cita Oppenheim como universalmente reconocido de traición bélica, es, justamente : "La información de cualquier clase dada al enemigo". Por otra parte, como se ha visto, el art. 24 de La Haya se pone precisamente, también, en este caso de la información que se dá al enemigo. Podestá Costa, por su parte, el internacionalista argentino citado, lo menciona también como el primero de los casos de traición bélica: "suministrar informaciones al otro beligerante". Es evidente que se trata, en suma, de una cuestión vital, una de las más sensibles en situación de guerra: los beligerantes tienen real avidez de informaciones el uno del otro y la peligrosidad de ellas es incalculable. No por azar nuestro Código de Justicia Militar, también, lo enumera no sólo como un caso entre muchos de traición bélica sino que, nuevamente ciñéndose a las pautas internacionales en la materia, justo lo enumera como el primero y más importante caso de traición bélica. Aún nuestro Código Penal de 1874, muy anterior, por tanto, al Código de Justicia Militar, al describir en art. 109, como se dijo, casos de traición bélica, no pudo dejar de mencionar el "suministrar al enemigo planos de fortificaciones, arsenales, puertos, o radas". Ante estas evidencias, cualquier intento de

hacer del enumerando 1° del art. 245 una disposición aparte y heterogénea a su contexto, no pasa de ser una artificialidad jurídica, que no resiste el menor análisis.

Ya las "Instrucciones en campaña para el Ejército de los Estados Unidos", de 1863, obra que he citado anteriormente por el lugar relevante que ocupa como una de las primeras codificaciones de las leyes y usos de la guerra y cuya relevancia internacional se aprecia incluso por su influencia en las Convenciones de La Haya, en su art. 89 castiga al "ciudadano, militar o no, que, obteniendo informaciones por vía legítima, las transmita al enemigo", y en su art. 92 establece que "será considerado como traidor el ciudadano o habitante de territorio ocupado que entregue informaciones a su propio gobierno separado por el ejército enemigo o a este mismo ejército". Y, en fin, en su art. 90 dicen : "Las leyes de la guerra consideran como traidor a la persona que, en un lugar o distrito bajo ley marcial, entrega al enemigo informaciones, de cualquiera naturaleza que sean". Véase, pues qué honda raigambre en el pasado de Occidente tiene el delito descrito en el art. 245 N°1, el más representativo de la traición bélica, y de qué manera él se halla absolutamente condicionado por condiciones de guerra reales, sin las cuales no es posible plantear su aplicabilidad, ya que forman parte integrante de los elementos del tipo penal.

b) Si nos atenemos, ahora, no a la conducta singular descrita de la entrega de informaciones, sino a los elementos estructurales dentro de los cuales se incorpora dicha conducta singular, y que, por tanto, le pertenecen constitutivamente, resulta que encontraremos todos los elementos genéricos por los que, según hemos visto, se define la traición bélica en general. En efecto, la definición que cité es ésta: "La llamada "traición bélica" consiste en todos aquellos actos cometidos dentro de la línea de un beligerante que son perjudiciales para éste y que están destinados a favorecer al enemigo". La estructura genérica del art. 245 N°1 dice exactamente así : "Un acto en favor del enemigo susceptible de favorecer sus operaciones o de perjudicar las del ejército nacional". No es necesario hacer ningún comentario, como no sea el de quedar atónitos ante la identidad de idea y lenguaje usados.

c) La unidad, en fin, del art. 245 en sus diversos enumerandos, está fuera de toda duda. Se trata, en todos los casos, de ejemplos de traición bélica. Más aún, los enumerandos 4° y 5° repiten la misma estructura genérica descrita en el punto anterior; así, el 4° habla de "un acto que de modo malicioso pone entorpecimiento a las operaciones del Ejército o facilita las del enemigo", y el 5°: "un acto que, en el territorio de las operaciones de guerra, se hace con la intención de favorecer al enemigo o de causar perjuicio a las fuerzas chilenas". La total identidad de situación genérica de estos tres enumerandos, explícitamente concebida, está más allá de todo debate y constituye una ligazón expresa y cerrada de la totalidad de los enumerandos. La unidad del artículo puede comprobarse incluso desde fuera de él. En efecto, hay tres artículos posteriores que se remiten a este art. 245 : el 246, el 249 y el 250; pues bien, todos ellos lo hacen aludiendo al 245 en bloque, sin para nada sugerir una autonomía de su primer enumerando.

123-18

cc) Sujeto activo y bien jurídico protegido por el art. 245 del C.J.M.-

Para terminar esta parte de mi exposición sobre la inaplicabilidad del art. 245 a los hechos de este proceso, dada la peculiar naturaleza bélica de esa disposición, deseo decir una palabra sobre las dos cuestiones señaladas en el epígrafo recién leído. La primera respecto al sujeto activo de este delito.

De acuerdo a una opinión, dado que el art. 245 Nº1 comienza : "El militar que... (cometiere la acción a que se refiere)", y el 246 lo complementa con: "El chileno no militar que... (cometiere la misma acción)", y a que sólo los chilenos pueden ser militares en nuestro país, concluye en que sólo los chilenos pueden cometer este delito. Pero esta opinión no es la correcta, y el punto es de interés ya que de la determinación nacional del sujeto activo dicha opinión deduce que la naturaleza propia de este delito consiste en ser una "traición a la patria". El error proviene del falso concepto que se tiene de lo que el Código entiende por "militar".

Para definir qué es militar hay que atenerse, como primera norma, a la dada por el art. 20 del Código Civil: "Cuando el legislador ha definido expresamente ciertas palabras, hay que atenerse a dicha definición". Ahora bien, en su art. 6º el Código de Justicia Militar incluye una enumeración (aunque ni siquiera exhaustiva, como se verá), de personas a las que califica de "militares" para los efectos del Código de Justicia Militar. "Para los efectos de este Código", dice, "se considerarán militares" (y separaré) :

1) "Los que se encuentran comprendidos en las leyes o reglamentos de planta o dotaciones del Ejército, Armada, Carabineros y Aviación, Oficiales de Reclutamiento, conscriptos los miembros de las fuerzas armadas desde que sean llamados al servicio": no parece dudoso que aquí se trata, en efecto, sólo de chilenos;

2) "Las personas que las sigan en campaña, en el estado de guerra": desde luego, ya aquí no concurre necesariamente el elemento nacionalidad;

3) "Los rehenes" : aquí, sin margen a duda, se trata precisamente de extranjeros, esto es, se excluye (en principio) la nacionalidad chilena;

4) "Los prisioneros de guerra" : igual cosa, se trata justo de extranjeros.

Pero, he agregado, el art. 6º del Código de Justicia Militar ni siquiera es exhaustivo. He aquí el art. 377 del Código: "Los oficiales extranjeros admitidos en las instituciones armadas en tiempo de guerra, quedan sujetos a todas las disposiciones de este Código que comprenden a los oficiales chilenos."

Por otra parte, los "militares" del enemigo, ¿no son militares? No se trata, naturalmente, de que se les aplique a ellos la totalidad de las disposiciones del Código de Justicia

militar chileno, en especial las que he llamado "internas" de éste. Pero, el delito que he analizado es precisamente uno en que el derecho internacional y las convenciones de manera expresa permiten el castigo del militar enemigo; ¿por qué, entonces, excluírsele de esta penalidad que con tanto rigor se aplica al chileno? En su caso, no se trataría, naturalmente, de órdenes o secretos que se le hubieran "confiado", pero sí podría ser él sujeto activo, en el caso del Nº1 del art. 245, de la totalidad de las otras descripciones, como, sin duda, de la totalidad de los enumerandos del art. 245. El Código califica específicamente de "militar" al enemigo en los casos del art. 252 y 253, y el art. 263, que usa sólo el sustantivo "militar" en su último inciso, no es dudoso que bajo ese rótulo entiende sólo en ese caso al militar enemigo, esto es, extranjero.

De modo que hay muchos casos, unos indiscutibles y otros susceptibles de debate, en que nuestro Código de Justicia Militar formalmente incluye como sujeto activo del art. 245, incluyendo su enumerando 1º, a un extranjero. Quiero destacar que los rehenes y prisioneros de guerra, extranjeros, son normales sujetos de este delito de traición bélica: ¿quién, en verdad, en mejor posición que ellos para sobornar a los soldados nacionales, para que se pasen al enemigo, para seducirlos, para inducirlos a rendirse, para sacerles información y luego de alguna manera entregarla, o aún, para ellos mismos elaborar dicha información puesto que se encuentran dentro de las líneas y muchas veces en el lugar mismo de las operaciones del ejército nacional? ¿En virtud de qué puede privárseles de castigo, sólo para acomodar el art.245 a una supuesta naturaleza excluyente de "traición a la patria"? Puesto que, como es obvio, si es un extranjero enemigo el que comete este delito, no traiciona a su patria, sino, por el contrario, la favorece, ni tampoco traiciona a la del ejército perjudicado, porque no es la patria de él.

Este punto, pienso, es decisivo para dar su correcta y específica calificación jurídica a este delito del art.245 del Código de Justicia Militar. No es tanto el quebrantamiento de la fidelidad al propio Estado lo que a él preocupa sino lisa y llanamente <u>la eficacia de las operaciones de guerra del Ejército nacional y su seguridad dentro de sus líneas,</u> las que pueden ser dañadas delictuosamente tanto por nacionales como por extranjeros. Es éste el específico bien jurídico protegido. Si es un chileno el que daña este bien jurídico, hay traición bélica objetiva y subjetiva; si es un extranjero, hay traición bélica sólo objetivamente. Como en ambos casos se consuma el delito, es irrelevante para su naturaleza específica la nacionalidad de su sujeto activo.

De todas maneras, <u>el punto central que interesa para este proceso de cuanto he explicado hasta ahora es que su posible comisión se plantea sólo dentro de una situación previa de guerra real.</u> El delito del art. 245 Nº1 y siguientes, no es, en efecto, una traición genérica, sino una muy específica reconocida internacionalmente y a cuyas pautas universales se ciñe con toda propiedad y razón nuestro precepto nacional, siendo, a la vez, pieza central y armónica de su contexto en nuestra ley positiva interna. El se denomina "traición bélica", "traición de guerra".

123-20

II. ANALISIS DE UN CONCEPTO CENTRAL DEL ART. 245 DEL C.J.M.: EL ENEMIGO.

A. EL CONCEPTO GENERICO DE ADVERSARIO Y EL CONCEPTO ESPECIFICO DE ENEMIGO.

El dictámen de la Fiscalía atribuye la calidad de "enemigos" a ciertos grupos que nombra, y sobre la base de esa atribución construye el tipo penal del art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar, artículo que, ciertamente, gira por completo en torno al concepto de "enemigo". No puede menos, por tanto, la Fiscalía, que reconocer que si no prueba la existencia y actividad de un auténtico enemigo en los hechos que ha investigado, no hay posibilidad alguna de aplicarles el art. 245 Nº1.

Ahora bien, Honorable Consejo, no es efectivo, como espero demostrarlo en forma irrebatible, que, desde el punto de vista jurídico -el único que cabe en esta audiencia, los grupos que aparecen en el proceso y de que se nos habla en el dictamen constituyan lo que el Código de Justicia Militar, en particular en su art. 245, entiende por "enemigo". No debatiré si en algún otro sentido cabe calificar a esos grupos de "adversarios", puesto que lo único que interesa ahora, lo único relevante para demostrar la inaplicabilidad del art.245 Nº1 del Código de Justicia Militar desde este punto de vista es probar que ellos no son capaces de configurar el "enemigo" preciso a que alude dicho cuerpo legal, ya que si no son ese específico enemigo no hay posibilidad de construir el art.245 sobre los hechos de este proceso.

Conviene, en efecto, tener en claro que no todo "adversario" es un "enemigo". "Adversario" es un término genérico; "enemigo", en cambio, es una noción específica. Quien ataca de alguna manera a alguien, por ejemplo, puede ser un homicida, un ladrón, un rival de cualquiera naturaleza, hasta un demente, etc., aspectos todos que lo hacen un adversario de la persona atacada, pero no un enemigo en su acepción propia. Quien ataca, puede también ser, por supuesto, un enemigo, lo que implica igualmente ser un adversario, pero uno diverso a como lo es el homicida, el ladrón, el rival, etc.: es un adversario específico que actúa dentro de ciertos presupuestos que son justamente los que hacen que lo llamemos enemigo y no de otra manera. En esta condición específica la única que interesa para los efectos del art. 245 del Código de Justicia Militar. No basta con una actitud genérica de adversidad, de "desear el mal o un daño a otro" para constituirse en su enemigo. Por dos razones de derecho ello no es así, una de técnica interpretativa y la otra de naturaleza de la institución.

a) Como se ha expresado anteriormente, el Código de Justicia Militar es un cuerpo legal llamado a regir sólo situaciones específicas y técnicas, propias de la condición militar y es por ello que, dentro de esas situaciones, desplaza a la ley de carácter más general. Este principio está expresamente consagrado en el art. 4º del Código Civil, el cual dice que las disposiciones contenidas en los Códigos del Ejército y Armada priman, por su carácter específico, por sobre las genéricas del Código Civil, o, para el caso, de otras leyes generales. Esto significa que, automáticamente, al desplazarse la

ley general y ser regida la situación por la ley especial, los términos propios y técnicos de ésta son los únicos idóneos para definir jurídicamente los hechos. No puede la ley especial abdicar de uno de sus términos propios recurriendo a nociones de la ley general, ya que de esa manera destruye la especialidad de la situación y la generaliza de manera inaceptable. O la situación es genérica, y entonces rige la ley general en todo su vigor y no la especial, o es específica, y entonces hay que definirla con los términos precisamente elaborados para ella. No es posible dudar, desde este punto de vista, que "enemigo" es un término técnico, propio del derecho militar y no del derecho común, y, por tanto, no cabe abdicar de su noción específica apelándose a la ley general. Si así se hiciera, se quebraría el principio elemental de derecho que he explicado y que aparece consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como una norma interpretativa de la ley. La cuestión es, pues, qué es estrictamente un enemigo en el derecho militar, única acepción que interesa para los efectos del art. 245 y de todos los artículos del Código de Justicia Militar.

b) La segunda razón por la cual no puede aceptarse sino la acepción técnica, "militar", del término enemigo, está en que la condición de tal constituye una situación de excepción tan marcada, que sólo puede tenerla quien cumpla rigurosamente con ciertos presupuestos excepcionales a los que me referiré. En efecto, las acciones que <u>en derecho</u> pueden ejecutarse en contra del enemigo, como las que éste está facultado para ejecutar, son de naturaleza tan excepcional que hacer de la noción de enemigo un concepto genérico equivaldría a hacer de la excepción una normalidad, lo que es un contrasentido, y significaría dar vigencia a facultades que, al solo iniciar su examen, rechazaremos en forma perentoria, su aplicación genérica y sólo admitiremos su aplicación específica. Esto me vincula al segundo punto que trataré.

B. <u>LA CALIDAD DE ENEMIGO ES UNA SITUACION JURIDICA PROPIA</u>

La cuestión clave de la calidad de enemigo está en captar que ella constituye, en cuanto tal, una situación jurídica que genera derechos, desde ella misma y hacia ella. Me explico. Al enemigo, por ser tal, se le puede apresar, se le puede forzar, se le puede herir, incluso se le puede matar. Si es de verdad enemigo, todas estas acciones, y muchas otras, pueden ejecutarse en contra suya, esto es, son absolutamente permisibles en derecho y lo único que hay que hacer es invocar la calidad real de enemigo de ese adversario. Nada más es necesario. Al enemigo se le apresa, se le hiere, se le mata, etc., no porque sea un delincuente sino porque es un enemigo, y si justificamos nuestra acción de apresarlo, de herirlo, etc., por algún otro motivo que no sea su calidad de enemigo es que sencillamente no es un auténtico enemigo en el sentido jurídico del término.

Esta primera reflexión lleva necesariamente la consecuencia de que la calidad de enemigo no es una condición unilateral, sino una relación recíproca entre dos partes. Si el otro es mi enemigo, obviamente, yo soy el enemigo del otro. Pero, si es así, entonces él puede ejercer en contra mía las

mismas acciones que yo aplico en contra de él en cuanto enemigo. Todo enemigo supone una situación bilateral de enemistad. Si no surge, con todas sus consecuencias jurídicas, esta mutua atribución, no puede decirse en derecho que se está ante un enemigo.

La tercera reflexión, consecuencia de la anterior, es que ni la calidad de enemigo es una situación delictiva ni los drásticos actos que se ejercen en contra de él son delictivos. Así, el cautivar a miembros de las fuerzas armadas enemigas no es delito de secuestro, como no es delito de lesiones ni homicidio el herirlos o matarlos : todos ellos son actos legítimos dentro del estatuto jurídico de la enemistad. De la misma manera éste permite exigir contribuciones a los súbditos enemigos, el practicar requisiciones, el internarlos; puede ocuparse su territorio sin que por ello se cometa el delito de usurpación; pueden capturarse sus naves y aeronaves y sus bienes públicos, sin que se cometa robo; puede prohibirse a los súbditos propios el comercio con el enemigo; puede incluso, y como meta última de los actos resepados, intentar dañarse irreparablemente al Estado enemigo. Voy a dar inmediatamente la razón de por qué es todo esto jurídicamente permisible; lo que ahora interesa es destacar este cúmulo de actos y situaciones como los que definen la relación específica de enemistad. Porque si se juzga a alguien por cometer alguno de los actos reseñados quiere decirse lisa y llanamente que ese alguien no tiene la condición jurídica de enemigo, puesto que, como he explicado, si la tuviera, no podría ser juzgado por actos que son legítimos dentro de los términos propios de la enemistad.

Un enemigo puede, por cierto, ejecutar otros actos que los reseñados y que constituyan delito. Si un soldado viola a una mujer enemiga, por ejemplo, comete delito de violación, y ello porque tal acto no está comprendido dentro del estatuto legítimo de la enemistad, y, como él, numerosos otros que son constitutivos de delitos comunes tampoco están comprendidos. De la misma manera, hay crímenes de guerra específicos que permiten enjuiciar al enemigo por su comisión, porque, nuevamente, tampoco están comprendidos en el estatuto legítimo de la enemistad. Pero un enemigo puede ejecutar todos aquellos actos que están comprendidos dentro de este estatuto sin que jamás, por ejecutarlos, se transforme en un delincuente. Como la enemistad es una relación bilateral, sostener lo contrario sería hacer de uno mismo un delincuente al ejecutar dichos actos contra el enemigo.

De allí que el cautiverio del enemigo, esto es, su privación de libertad en poder del contrario, no lo es a título de "reo", sino que muy precisamente a título de "prisionero de guerra", y no puede durar más de lo que dure la relación de enemistad.

Con justeza expresan todas estas ideas las Convenciones de la Haya, al establecer, primero, que no se permite poner al enemigo fuera de la ley, y al decir, segundo, que "los prisioneros de guerra son enemigos legales desarmados" (Art.4°).

La relación de enemistad, pues, no es constitutiva, por sí misma, de una situación penal: los enemigos no son criminales enfrentándose. Si algún delito se provoca entre ellos, no será por su condición específica de enemigos. El carácter

de enemigo faculta a ciertas acciones y reacciones excepcionales -herir, matar, cautivar, destruir- a las que no está facultado quien no tiene ese carácter. De allí que al homicida se le castiga porque no tiene en derecho la facultad de quitar la vida, como la tienen los contrarios que se definen por la relación de enemistad.

Es por esto, Honorable Consejo, que no acepta esta Defensa que los grupos de que se nos habla en el dictamen tengan la calidad de enemigos : no la tienen porque no están definidos por una relación bilateral de enemistad dentro de la cual puedan recurrir legítimamente a las instancias extremas descritas. Si aquellos grupos fuesen de verdad enemigos no podría castigárseles porque se armen o ataquen, ya que ambos actos son legítimos dentro de la auténtica enemistad. Si al hacerlo decimos que delinquen, no podemos acto seguido calificarlos jurídicamente de enemigos. Según lo expresado, el enemigo, en cuanto tal, es un sujeto de derechos y obligaciones específicas ; pero, para poder serlo, requiere de una capacidad jurídica propia. Los grupos de que se nos habla, no tienen dicha capacidad jurídica. Y no la tienen justo por lo que he anticipado explicaré es la razón de por qué se permite en derecho que la relación de enemistad se defina de manera tan extrema. Se trata de que el carácter de enemigo surge sólo en situación de guerra, de modo que no pueden ejercerse las facultades propias de la enemistad sino en esas condiciones. Sin situación de guerra, no hay capacidad jurídica para ejercer los actos propios de la enemistad. Esto nos lleva al siguiente punto que trataré.

C. LA CALIDAD DE ENEMIGO LA OTORGA LA GUERRA.

La razón de por qué la enemistad se define en forma tan drástica, facultando a los enemigos a emprender las más excepcionales acciones los unos contra los otros, es porque dicha calidad se adquiere sólo dentro de la más extrema de las situaciones sociales, la última que afecta a los Estados, la que pone en tela de juicio su supervivencia, la única dentro de la cual puede permitirse que los seres humanos definan sus relaciones en términos tan excepcionales: la de la guerra. La guerra es justo esa situación de violencia generalizada, donde los contrarios apelan a la fuerza con igual energía, de tal manera que el derecho de nadie se transforma en el derecho de todos y no hay otra solución sino la de definir las relaciones entre los contrarios en los términos parejos y crudos de la enemistad. Es sólo este desenlace de un conflicto en una situación de violencia generalizada el que permite definir una relación de adversidad en los términos extremos de la enemistad. Sólo la guerra tiene la capacidad jurídica de convertir a los adversarios en enemigos y de otorgarles los derechos excepcionales de éstos últimos. Si no hay guerra, no hay enemigos. Es la situación bélica la que permite cautivar, herir, matar, destruir; es decir, la que permite tener la capacidad jurídica de enemigo y actuar como tal. En tiempo de paz, cada uno de estos actos es un delito, porque no existe la causal jurídica de justificación que constituye la guerra y que es un supuesto de la relación recíproca de enemistad.

No hay una sola disposición en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico que concilie la existencia de un enemigo con el tiempo de paz. En efecto, los textos que se refieren al enemigo, la Constitución Política, el Código de Comercio, el Código Penal y el Código de Justicia Militar, invariablemente lo postulan dentro de una situación de guerra. Es por ello que no se encuentra nunca tampoco una sanción para quien tiene la condición de enemigo o ejerce los actos de tal. ¿Hay algún artículo del Código de Justicia Militar que castigue al enemigo por su condición de tal o por los actos de herir, matar, destruir, cautivar que como tal le corresponden ? ¿ Lo hay en el Código Penal? La respuesta es negativa en ambos casos y la razón es la misma; porque la condición de enemigo se dá dentro de una situación de guerra que constituye una causal de justificación jurídica de sus actos propios de enemigo, causal que jamás puede constituirla el tiempo de paz.

Nuestra legislación interna, a la que hay que añadir la doctrina de todos los autores nacionales que se han referido a la materia y que están también contestes en que no cabe hablar de enemigo sin el previo requisito de la guerra, coincide con la legislación y doctrina universales sobre este punto específico.

En lo que concierne a la doctrina universal, y en homenaje a la brevedad, voy a concentrarme sólo en la máxima autoridad en la materia, el ya citado tratadista Leo Oppenheim, y sólo aludiré a ciertos pasajes álgidos de su obra particularmente aptos para verter luz inequívoca en el punto específico que trato. Su obra, de cuatro extensos volúmenes, está doctrinariamente dividida en dos temas : el uno se titula "Paz", el otro, "Guerra". Pues bien, no hay una sola línea en los dos extensos volúmenes de la Paz donde se use el vocablo "enemigo", o siquiera se sugiera que de alguna manera aunque impropia pueda usarse ese término en tiempo de paz. Pero abramos los dos volúmenes de la Guerra, y todo gira en torno al concepto de enemigo. El Capítulo VII de esta parte de la Guerra, formalmente se titula "El carácter enemigo", donde se recogen y sintetizan conceptos ya aparecidos en capítulos anteriores y se proyectan los capítulos futuros, Léase este capítulo y se verá cómo, desde sus primeras líneas, subordina el concepto de enemigo al de beligerante, esto es, al de ejercicio de los derechos de la guerra. Como definición genérica sienta ésta :"Los súbditos de un beligerante y su propiedad tienen carácter enemigo". No hay, pues, enemistad, sin beligerancia. Es por esto que, agrega, "los súbditos de un Estado neutral y su propiedad no lo tienen (el carácter enemigo)", y no lo tienen precisamente porque su relación no se define por las condiciones de la beligerancia, por la situación bélica. En cambio, y siguiendo con los neutrales, "por otra parte", dice, "si entran en las fuerzas armadas de un beligerante, o hacen ciertas cosas en su favor, o cometen actos hostiles en contra de un beligerante, adquieren carácter enemigo". No puede expresarse más claramente que el carácter enemigo se adquiere sólo por el ejercicio de los actos específicos de la beligerancia que define el derecho de la guerra. Si no se está comprometido en una situación de guerra, hay sólo, dice Oppenheim, "relaciones pacíficas" y no cabe hablar de enemigos. La total subordinación del concepto de enemigo al de guerra está clásicamente expresada en las siguientes palabras : "Los actos por los que los súbditos de los Estados neutrales pierden su carácter neutral, y adquieren el enemigo, no necesitan imperativamente ser come-

tidos después del comienzo de la guerra. Pueden, incluso antes de que ésta estalle, identificarse en tal grado con un Estado extranjero que, en el momento de apertura de hositilidades contra tal Estado, les transmita carácter enemigo ipso facto, al menos que rompan en seguida su conexión con tal Estado. Este, por ejemplo, es el caso cuando un súbdito extranjero, en tiempo de paz, se enrola en las fuerzas armadas de un Estado y continúa sirviendo después del comienzo de la guerra." La enemistad, pues, sólo se adquiere en virtud de la guerra, es sólo ésta la que es capaz de transmitir dicha calidad: por muy cerca que se esté de ella, si al final de cuentas ella no estalla, no surge la condición de enemigo.

La obra de Oppenheim, que en uno de sus aspectos no es sino una síntesis del pensamiento universal en la materia, es consecuente con esta idea hasta el punto de que jamás, al tratar extensamente sobre actos de fuerza en las relaciones entre los Estados que no son propiamente actos de guerra, como el bloqueo pacífico, las represalias, etc., no aplica jamás el vocablo "enemigos" a los adversarios en estas situaciones. Es sólo por cuestión de tiempo que no me referiré más en extenso a esta obra contemporánea que es la más importante en la materia, pero quiero dejar sentado que es un principio estructural de ella que sólo la guerra es idónea para transmitir la calidad de enemigo.

En cambio, voy a ilustrar aún más este punto recurriendo ya no a la doctrina, sino a la legislación universal, de la cual, por lo demás, es parte sustancial de aquella no más que su exégesis. La cuestión aparece definida de manera tan concluyente en las leyes norteamericanas y británicas de comercio con el enemigo, de 1917 y 1939, que después de escuchar sus términos no parecerá necesario agregar nada más. Para no repetir, voy a limitarme a las leyes británicas. Hé aquí la definición legal de enemigos que dan : "Enemigo es cualquier Estado, o Soberano de un Estado, en guerra con su Majestad". Asimismo, la expresión "súbdito enemigo" está definida en la ley de comercio con el enemigo de 1939 (art. 15) y en la ley de importación, exportación y aduanas de 1939, como "un individuo que, no siendo ni súbdito británico ni persona protegida por Gran Bretaña, posee la nacionalidad de un Estado en guerra con este país". Para abarcar el carácter enemigo de las socieda - des y no sólo de los individuos, la sección 2 de la ley de comercio otorga dicho carácter a "cualquier conjunto de personas constituído o reconocido en, o según las leyes de, un Estado en Guerra con Gran Bretaña". El párrafo 15, en fin, define "territorio enemigo" como "cualquier área que esté bajo la soberanía u ocupación de una potencia con la que Su Majestad esté en guerra". Es la guerra, pues, la que confiere el carácter de enemigo a un Estado, a una persona, a una sociedad, a un territorio, y la única forma de eludir a este carácter es eludiendo la guerra, sustrayéndose de alguna manera a sus efectos de enemistad. Es así como, en octubre de 1939, el Consejo Federal Suizo, promulgó un decreto mediante el cual una sociedad reconocida según las leyes de Suiza puede, mediante petición, cambiar su centro de administración, en el caso de guerra, a cualquier lugar en el que el Gobierno de Suiza pueda establecer su sede. El sentido del decreto, como es fácil colegir, está en que si Suiza era entonces o es ahora ocupada por fuerzas enemigas y, en consecuencia, el Gobierno Suizo cambia su sede al extranjero, las sociedades en cuestión no se

transformen automáticamente en súbditos enemigos en el sentido de las leyes que prohiben el comercio con el enemigo, ya que, como se ha visto, el advenimiento de las condiciones de guerra transmite de derecho la calidad de enemigo. Las leyes francesas, alemanas, etc., consagran estos mismos principios, los que en innumerables casos han sido aplicados por los tribunales pertinentes.

Si de las legislaciones extranjeras vamos ahora al ámbito de los convenios internacionales, encontraremos idéntico principio. El art. 46 de la Conferencia Marítima de Londres, por ejemplo, establece que un mercante neutral adquierē carácter enemigo sólo si toma parte directa en las hostilidades, principio que provoca en Oppenheim un comentario idéntico a uno ya citado, pero que, por su claridad, conviene consignar nuevamente : "El acto por el cual un buque neutral adquiría carácter enemigo no necesitaba necesariamente haber sido cometido después de la apertura de hostilidades, porque podía, incluso antes de la misma, identificarse de tal forma con el Estado extranjero que, con el comienzo de la guerra contra tal Estado, se le transmitiría carácter enemigo ipso facto, al menos que rompa su relación con él. Esta fué, por ejemplo, la situación de un mercante extranjero que en tiempo de paz había sido fletado por un Estado para el transporte de tropas o de material de guerra, y continuó cumpliendo su contrato a pesar del comienzo de la guerra."

El art. 16 del Convenio V de La Haya se construye sobre idénticos principios, al establecer "Los nacionales de un Estado que no toman parte en la guerra se consideran como neutrales", Me limitaré a transcribir el comentario, por demás evidente, que esta disposición merece a Paul Guggenheim, el otro eminente tratadista ya citado: "La no participación de estas personas en la guerra tiene como consecuencia que no pueden ser considerad s como enemigas" (Pa. 360, op. cit.).

La cuestión está consagrada en la propia Carta de las Naciones Unidas. En su art. 53 Nº2, en efecto, formalmente define lo que es un "Estado enemigo", y dice que "dicho término se aplica a todo Estado que durante la segunda guerra mundial haya sido enemigo de cualquiera de los signatarios de esta Carta". Y es por ello que, dadas las condiciones de paz existentes hoy día, los autores de derecho 9internacional dan a esos Estados el nombre técnico de "Estados ex-enemigos" (Ver, por ej., Michael Akehurst, pg. 379 y ss., op. cit.).

La unanimidad, pues, en torno a este punto, no puede ser más absoluta, y la compañía de nuestra legislación interna, que también lo consagra, no puede ser mejor. Debo subrayar, al respecto, que el término "enemigo" está en nuestro país consagrado en la Constitución Política del Estado, esto es, tiene rango constitucional. El art. 6° es el que se refiere a esta calidad, al hablar de "prestación de servicios, durante una guerra, a enemigos de Chile o de sus aliados" y en lo cual vemos que nuestra Constitución vincula, como no podía menos, la calidad de enemigo con la existencia de una guerra.

Puede, por último, recurrirse hasta al Diccionario de la Lengua. Allí encontraremos que, en su acepción pertinente, la voz enemigo está definida como: "El contrario en la guerra".

123-27

Esta unanimidad a todos los niveles, nacionales, extranjeros e internacionales; doctrinarios y legales; jurídicos y hasta lingüísticos, demuestra de que no es posible sostener lo contrario sin marginarse del orden jurídico interno e internacional. Todavía, habría que responder a la siguiente interrogante: ¿Cuál sería el estatuto jurídico de un enemigo en tiempo de paz? Esto es, ¿qué acciones podrían ejercerse en contra de él en cuanto enemigo? ¿Cómo se le definiría jurídicamente? ¿Cuál es su contraparte dentro de la relación de enemistad? Y si por definición la enemistad es una relación de igualdad, esto es, de reciprocidad por lo que respecta al carácter de enemigo, ¿qué acciones puede él ejercer hacia su contrario? La sola formulación de estas preguntas revelan el contrasentido de responderlas en situación de paz, ya que el orden jurídico no admite que en tiempo de paz existan derechos parejos y recíprocos para invocar su ejercicio excepcional. Ello sólo es susceptible de hacerse en una situación parejamente excepcional como lo es la guerra. El derecho que tiene la autoridad para perseguir y castigar a quienes infringen la ley emana de su potestad punitiva por la que está autorizada excluyentemente a reprimir la delincuencia: pero ella no emana de su potestad bélica para ejercer los derechos de la beligerancia. Reprimir la delincuencia no es combatir con enemigos. El enemigo, en cuanto tal, no está fuera de la ley; o, tal vez, si se quiere, y como un buen resumen de este punto, cabe decir que está fuera de la ley de paz pero no fuera de la ley de guerra; precisamente porque es la guerra y no la paz la única idónea para conferir el carácter de enemigo y para autorizarlo a ejercer los derechos excepcionales de la beligerancia.

Cabe, todavía, preguntar: ¿cuáles serían los efectos de la guerra si ya antes de ella se es enemigo? La guerra no consiste sino en el ejercicio de los derechos de la beligerancia, esto es, en la legitimación del cautivar, herir, matar, destruir al contrario por medio de la fuerza; en suma: en la facultad de tratar a otro Estado, a sus nacionales, a su territorio, a sus bienes, etc., como enemigos. Pero si se dice que todo esto puede ya hacerse antes de la guerra, no se entienden cuáles son los efectos jurídicos de ésta; a la verdad, la guerra se queda sin consecuencias jurídicas. La coherencia se obtiene sólo si se ponen las cosas en su lugar: es la guerra la que otorga el carácter de enemigo, la que instaura la relación recíproca de enemistad y la que autoriza al ejercicio de los derechos de beligerancia que a los enemigos en cuanto tales corresponde. Antes de la guerra, se es sólo adversario, pero como ello no constituye un estatuto jurídico propio, los actos que como tales se hagan de cautivar, herir, matar, destruir, constituirán todos ellos delitos determinados, Pero al transformarse, por la guerra, los adversarios en enemigos, tales actos no serán ya delictivos sino que propios de los derechos legítimos de la beligerancia.

No hay, en suma, sino una conclusión posible: el carácter de enemigo supone la guerra.

D. EL ENEMIGO A QUE SE REFIERE EL ART. 245 Nº 1 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.-

Lo expresado hasta ahora, más algunas ideas complementarias que van a agregarse, indica que son características

irrenunciables del enemigo a que se refiere el art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar, primero, el ser un contrario en una guerra, y, segundo, el de representar a un estado extranjero. Ligada a estas dos características está la improcedencia de pretender relacionar el art. 419 del Código de Justicia Militar, como lo intenta el dictamen de la Fiscalía, con el art. 245 Nº1 que nos ocupa.

1. Ha de ser un contrario en una guerra.-

El fundamento de esta aseveración está tanto en las reflexiones recién hechas que condujeron a la conclusión de que el enemigo supone la guerra, como en las anteriores, que nos revelaron que la naturaleza del delito descrito en el art. 245 no es otra que la traición bélica, esto es, se trata de un delito de guerra.

2. Ha de representar a un Estado extranjero.-

La razón está en que, por referirse el art. 245 a una situación sólo de guerra internacional y no de guerra civil, como va a demostrarse, la relación de enemistad se dá en este caso entre Potencias extranjeras. Que se trata sólo de guerra internacional se infiere de los siguientes elementos interpretativos :

a) El Código de Justicia Militar sienta expresamente que es éste un delito contra la seguridad exterior del Estado, lo que ratifica el art. 244 del Código al incorporar formalmente a este Título II delitos descritos en el Código Penal cuya esencia es también el atentar en contra de la seguridad exterior del país, como también expresamente lo sienta ese Código. Ahora bien, la seguridad exterior se refiere a atentados que provienen de fuera del país. Es así como el art. 106 del Código Penal, incorporado al Código de Justicia Militar por el art. 244 de éste, describe la conspiración en contra de la seguridad exterior de nuestra República como "inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile".

b) La Ley de Seguridad del Estado distingue entre la seguridad exterior (Título I) y la seguridad interior (Título II). En su artículo 1º dice que los delitos previstos en el Título II del Libro III del Código de Justicia Militar son delitos en contra de la soberanía nacional y seguridad exterior, entre los que está, desde luego, el art. 245, que no es uno cualquiera de ese Título del Código de Justicia Militar sino que, como lo anticipé, es, junto al 252 del mismo, el más importante del Título. En contraposición a estos delitos en contra de la seguridad exterior, la Ley de Seguridad del Estado se refiere a los delitos en contra de la seguridad interior, y sólo aquí (art. 4º) postula la situación de guerra civil. La guerra civil, pues, es un asunto de seguridad interior, no de seguridad exterior. Pero como el art. 245 del Código de Justicia Militar es de seguridad exterior, nada tiene que ver con él la guerra civil, y el enemigo a que él se refiere, pues, no puede ser sino el contrario en una guerra internacional, un representante de una Potencia extranjera.

c) El art. 249 del Código de Justicia Militar, del mosmo Título que el 245, expresa que "cuando alguno de los

delitos señalados en los artículos precedentes se sometieren respecto de los aliados de la República que obren contra el enemigo común" etc., es decir, expresamente se nos describe la situación del art. 245 como de guerra internacional: la República de Chile como tal luchando contra un enemigo que no puede ser sino un extraño a la República, en cuyo evento puede Chile estar aliado con Estados extranjeros para combatir a la Potencia enemiga del concierto aliado.

d) El art. 109 del Código Penal, como se ha explicado, forma una unidad con el art. 245 del Código de Justicia Militar: está incorporado al Código Militar por el art. 244 de éste y su esencia es también la traición bélica, como el 245. No puede ponerse en duda, y nadie nunca lo ha hecho, de que este art. 109 se refiere a una situación de guerra internacional; en efecto, ya en la primera descripción de conducta delictiva se refiere a un enemigo entrando al territorio de la República. Pero, si forma una unidad, desde todo punto de vista, como se explicó, con el art. 245, éste no puede sino postularse igualmente en condiciones de guerra internacional.

e) Por último basta atenerse a la sola lectura del art. 245 para encontrarse con que el enemigo de que allí se habla está definido por su relación con nuestro "Ejército nacional", con las "tropas chilenas", con las "fuerzas chilenas", con la "tropa al servicio de la República", descripciones que le suponen todas un inequívoco carácter foráneo.

3. Irrelevancia del art. 419 del C.J.M respecto del art. 245 Nº1.-

Relacionado con lo anterior, es el momento de hacerse cargo de la pretensión de la Fiscalía de vincular sustancialmente los dos artículos recién nombrados.

El art. 419 pertenece a las disposiciones complementarias del Código, entre las que se definen diversos conceptos y situaciones que aparecen en las descripciones de algunos tipos penales de él. Naturalmente, pues, estas disposiciones complementarias se movilizan cuando es pertinente, esto es, en aquellos casos en que las situaciones que ellas se encargan de definir aparecen previstas en los tipos penales que van a aplicarse. Así, por ejemplo, la definición de lo que ha de entenderse por una fuerza "en campaña", sólo operará cuando el tipo penal concreto se ponga en este evento y no en aquellos casos cuando tal situación no es prevista. Estas disposiciones complementarias, en suma, no tienen un vigor universal, para todos los artículos del Código, sino que tienen un carácter selectivo: hay que examinar si el artículo prevé la situación definida en la norma complementaria, en cuyo caso ésta es operante.

El art. 419 complementario que interesa dice así :

"Se considerará que una fuerza está "frente al enemigo", no sólo cuando notoriamente lo tenga a su frente, sino desde el momento que haya emprendido los servicios de seguridad en contra de él.

Y se entiende por enemigo, para estos efectos, no solamente al extranjero, sino cualquiera clase de fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente".

En opinión de la Fiscalía, como reiteradamente lo expresa en su dictámen, este artículo estaría entregando una definición de "enemigo", concretamente, de enemigo interno, con lo que el concepto de enemigo aparecería desdoblado en enemigo externo y enemigo interno. Este razonamiento la lleva a sostener que el enemigo de que habla el art. 245 bien puede ser también un enemigo interno. En opinión de esta Defensa, la interpretación que la Fiscalía ha hecho del art. 419 es equivocada, por las razones que se darán; pero, previamente, deseo en todo caso ponerme en el supuesto de que dicha interpretación de ese artículo fuese acertada. La cuestión interesa porque, incluso en esta hipótesis, el art. 419 no sería relevante respecto al 245.

En efecto, si el art. 419, como pretende la Fiscalía, definiese al enemigo interno, debido al carácter selectivo de estas disposiciones complementarias ello sólo sería relevante para aquellos tipos penales donde se nos habla o se sugiere un enemigo interno, pero no para aquellos artículos donde, o ningún enemigo tiene nada que ver o se trate excluyentemente de un enemigo exterior. Esta última situación la hace ver el legislador o expresando formalmente en el tipo penal las palabras "enemigo extranjero", o describiendo las cosas de tal forma que es inequívoca su referencia excluyente al enemigo exterior. De acuerdo a las razones terminantes que se han expresado, es éste último el caso del art. 245, que excluye la guerra civil y, por tanto, al enemigo interno. Nada tiene que ver con él, pues, una norma complementaria que definiría supuestamente al enemigo interno.

Pero, lo cierto es que no es correcta la afirmación de la Fiscalía en el sentido de que el art. 419 tenga por finalidad definir lo que es enemigo. Sorprende, desde luego, esta interpretación, puesto que ella contradice abiertamente lo que establece la sentencia del Consejo de Guerra de la Fuerza aérea de Chile que falló la primera parte de este mismo proceso 1-73 y que fue aprobada por el Comandante del Comando de Combate y Juez de Aviación, General José Berdichewsky Scher, el mismo que ha ordenado la convocatoria del presente Consejo. En efecto, a fs. 79 de ese fallo, se dice textualmente :

"Nuestro Código de Justicia Militar no define el concepto de enemigo, sino que, en su art. 419, señala cuándo una fuerza está "frente al enemigo", y qué debe entenderse por tal "para estos efectos". (Considerando XVI, letra B).

Parece extraño que sea la propia Fiscalía la que corrija esta aseveración. Esta Defensa, en cambio, concuerda con ella. En verdad, la finalidad de dicha disposición complementaria no es la de definir al enemigo, sino algo diverso: la de definir una situación álgida y sensible en la que en ciertos casos pueden encontrarse las fuerzas armadas, la de estar "frente al enemigo". Esta expresión es usada como circunstancia calificante en algunos de los delitos que describe el Código, e interesa, pues, saber exactamente de qué se trata.

Al respecto, el art. 419 dice tres cosas: primero, que dicha situación ocurre cuando se tiene notoriamente al frente al enemigo; segundo, que ella surge también desde el momento en que se emprenden los servicios de seguridad en contra del enemigo; y tercero, que para los efectos de constituirse esta situación calificante se entiende que ella también se produce no sólo frente al enemigo extranjero sino frente a cualquiera fuerza rebelde o sediciosa militarmente organizada. La voz "enemigo", pues, es usada en el segundo inciso del art. 419 con una doble limitación: primera, se la reconoce impropia, puesto que expresamente se dice no que "es" enemigo, sino que "se entiende" por enemigo; y, segunda, esta impropiedad se excusa porque la palabra está usándose no para definirse lo que ella en sí misma sea sino sólo para los efectos de ampliar el significado de la expresión "frente al enemigo". El probable motivo de esta ampliación está en que la peligrosidad de la situación que quiere caracterizarse no depende, en opinión del legislador, de la nacionalidad del oponente sino de su capacidad combativa.

Queda, pues, claro, que de lo que se trata no es de definir lo que es un enemigo sino de definir en toda su amplitud una situación en la que puede encontrarse la fuerza armada. Esta situación, como he dicho, es una circunstancia calificante de algunos de los tipos penales del Código; dado el carácter selectivo que tienen estas disposiciones complementarias, este art. 419, operará, pues, sólo en aquellos casos en que el tipo penal prevea la situación de estarse "frente al enemigo". Ahora bien, esta situación no está prevista por el art. 245, de modo que no cabe sino concluir que el art. 419 no es operante por lo que el art. 245 se refiere, y es improcedente, por tanto, que la Fiscalía lo traiga a colación a propósito de este artículo.

Yendo al fondo del asunto, se entiende perfectamente por qué el legislador no hizo de la circunstancia de estarse "frente al enemigo" una situación separada y calificante del delito de traición bélica. No lo hizo, porque la naturaleza de la traición bélica, en particular la del art. 245 nº1, revela idéntica peligrosidad para las operaciones del Ejército Nacional cualquiera sea el momento particular en que éste se encuentre al cometerse el delito. A mayor abundamiento, la concreción descriptiva de los diversos enumerandos del art. 245 revela su naturaleza autónoma y ajena a disposiciones complementarias genéricas.

Pero el recurso al art. 419 que ha efectuado la Fiscalía, sirve para reforzar un punto que he destacado. Porque el art. 419 dice que, para los efectos de la circunstancia de estar "frente al enemigo", se entiende por enemigo no sólo al extranjero; esto implica automáticamente, pues, que para los otros efectos, por enemigo se entiende sólo al enemigo extranjero. Y como el art. 245 Nº1 no nos habla de la circunstancia de estar "frente al enemigo", no cabe sino concluir en que hay que entender que el enemigo de que habla es sólo el enemigo extranjero.

En suma, Honorable Consejo, de la misma manera que la naturaleza del art. 245 se reveló como siendo no la traición en general sino la específica traición bélica, la traición de guerra internacionalmente conocida e incorporada al orden jurídico universal, a la que es inherente una situación de guerra real en la que opera el ejército nacional, así ahora, del

123-32

análisis del carácter de enemigo en general y del que tiene el enemigo concreto a que se refiere el art. 245 N°1, se deduce también este requisito previo de la guerra, y, más concretamente, de la guerra internacional. Esto es lo que había que demostrar sin dejar margen a dudas, ya que de la circunstancia de ser las operaciones de guerra en contra de un enemigo extranjero un elemento integrante del tipo penal del art. 245 N°1, emana la inaplicabilidad de este artículo a los hechos de esta causa.

SEGUNDA PARTE

LA PARTICIPACION DE JORGE HERNANDEZ FIGUEROA

Como lo expresé al comienzo de mi defensa, es en el curso de este desarrollo que me referiré al otro cargo que la Fiscalía hace a Jorge Hernández, esto es, la de haber violado el art. 278 del Código de Justicia Militar, en relación con el art. 274 del mismo. Previamente, sin embargo, es preciso referirse a los hechos sobre los cuales la Fiscalía pretende construir el delito que sanciona el art. 245 N°1, puesto que, a pesar de que esta disposición sea en última instancia inaplicable por las razones dadas, es necesario definir qué es entonces lo que esos hechos constituyen.

I. La participación de Jorge Hernández respecto de los hechos que la Fiscalía relaciona con el art. 245 N°1.-

El cargo que hace la Fiscalía es que Hernández habría recibido de un uniformado la siguiente información de carácter militar: el número de vehículo existentes en el Grupo de Aviación N°7, el número o cantidad de aviones existentes en esa base aérea, los roles de guardia, horario y número de centinelas, e información sobre el armamento utilizado por los centinelas en las guardias. Para demostrar de qué manera se encuentra este hecho legalmente acreditado en el proceso, la Fiscalía en su dictámen acusatorio remite al testimonio de cuatro proce sados, que son : Luis Verdugo, Luis Miguras, José Pérez, y Manuel López; sin embargo, todavía, en forma indirecta, remite también a los testimonios de : Manuel Peña, José Rojas, Victor Hugo Hernández, y Sergio José Lontano. Al parecer, si nos guiamos por el número de estos testimonios, la realidad del hecho de que una persona determinada desde dentro de la institución le informó a Hernández sobre las cuatro cuestiones de que se le acusa haber recibido información, estaría suficientemente acreditada. Pero bastará examinar el contenido de los testimonios al respecto para llegar a una conclusión contraria: la efectividad del hecho no está legalmente comprobada.

Examinemos primero los que, de acuerdo a la Fiscalía, son los cuatro testimonios más comprometedores para Hernández sobre el particular.

En primer lugar, el de Luis Verdugo, A fs. 1561 vta. Luis Verdugo reconoce en su declaración haber entregado ciertos antecedentes sobre el Grupo 7 a un tal Víctor, que, por supuesto no es Jorge Hernández sino otra persona que se nombra en el proceso. En cambio, jamás Verdugo, en la totalidad de las declaraciones que presta en el proceso, reconoce haber entregado alguna información a Jorge Hernández, a pesar de ser expresamente interrogado y aún careado con Hernández sobre el particular. No se entiende, pues, cómo la Fiscalía puede citar el testimonio de Verdugo para probar la realidad del hecho de haber recibido Hernández información. Desde luego, tampoco Verdugo dice en ninguna parte que alguna otra persona le haya entregado información a Hernández. El testimonio de Verdugo, en suma, no sirve para acreditar el cuerpo del delito que se imputa a Hernández.

En segundo lugar, el testimonio de Luis Miguras. Es todavía más sorprendente que se cite este testimonio, puesto que Miguras, a fs. 1566, refiriéndose a esta supuesta entrega de informaciones a Hernández dice textualmente : "No le entregué nada", y a fs. 1566 vta. vuelve sobre ello al decir : "Como no le entregué informaciones me propuso que comentara en la Unidad lo que conversábamos...". Miguras, por lo demás, no está acusado por la Fiscalía de haber entregado informaciones a nadie, de modo que no se entiende por qué Su Señoría el Fiscal recurre a este testimonio para los efectos de acreditar el cuerpo del delito que imputa a Hernández.

En tercer lugar, la declaración de José Pérez. El dictámen nos remite a fs. 1572 vta. Pero la remisión no es acertada, ya que la declaración de ese lugar es luego formalmente corregida por el declarante, corrección que la Fiscalía acoge e incorpora expresamente al proceso. En efecto, a fs. 1963 vta. Pérez declara : "Me retracto de haber dicho que Miguras, Verdugo y Lontano le entregaban información a Jorge Hernández El Calígula; al parecer éste se relacionaba más con Miguras pero no podría afirmar que era éste el que le entregaba información, ya que no me consta". A pesar de sindicar Pérez a Miguras como probable informante de Hernández, hemos visto que tal cosa no convence a la Fiscalía puesto que Miguras no es acusado de tal cosa. Pero hay aún una cuestión que añadir en las relaciones de Pérez con Hernández. Dado que éste último afirma en el proceso que Pérez le señaló ciertas poblaciones donde vivía personal uniformado, como la Juan Antonio Ríos, la Juanita Aguirre, José Pérez, careado con Hernández, sostiene : "No le he dado información. Por lo demás, todo el mundo sabe que la Juanita Aguirre es una población de uniformados". Hay, pues, primero, la negativa de Pérez de haber entregado información, segundo, la intrascendencia que otorga a la que se le menciona. En definitiva, la Fiscalía tampoco otorgó relevancia a este asunto, puesto que ni acusa a Pérez de haber violado el art. 245 ni señala esta específica información entre los datos militares que supuestamente habría recibido Hernández y de los que concretamente lo acusa. Tampoco, en suma, es el testimonio de Jorge Pérez idóneo para acreditar el cuerpo deldelito que nos ocupa.

El cuarto testimonio directamente incriminatorio que cita el dictámen es el de Manuel López. Se trata de un hecho en el que también estuvo presente Jorge Peña, y es necesario, pues, traer a colación también sus palabras. López habla de la entrega a Hernández de un plano de zonas de aseo (Fs. 1960 vta.),

123 - 34

el propio Hernández declara haber olvidado el asunto pero que haciendo memoria recuerda que se trataba de algo imperfecto hecho en un papel casi transparente y Peña, por su parte, (fs. 2001) declara que el tal plano no tenía escrita ninguna cosa, se refería a las zonas de aseo y a los grupos internos de la base que les correspondía hacer el aseo de la Escuela de Es - pecialidades. El asunto, en fdefinitiva, ha sido también visto en su proporción real por la Fiscalía, puesto que ni acusa a López ni a Peña de haber violado el art. 245 ni señala planos de aseo entre los datos militares que supuestamente habría recibido Jorge Hernández. Estas declaraciones, en suma, no sirven para acreditar legalmente la efectividad del hecho de que Hernández realmente recibió las específicas informaciones militares de que se le acusa y que nos detalla el dictamen.

Pero éstas son, Honorable Consejo, las pruebas que nos ofrece la Fiscalía para convencer de su acusación. A ellas, sin embargo, que serían las pruebas directas, sugiere que hay que agregar otras declaraciones que indirectamente se referi - rían a la efectividad de su específica acusación. Pero, lo cierto es que estas otras declaraciones, como es de prever, son aún más febles para los efectos que interesan que las anteriores. En efecto, se recurre a la de Jorge Peña, a la que ya me he referido, pero curiosamente se nos añade la que presta a fs. 1641 y ss. donde éste deja expresa constancia que, y cito, "me negué a informar", declaración después de la cual la Fiscalía incluso lo deja en libertad y retorna al proceso sólo una vez que Lopez lo menciona en la cuestión de los así llamados planos de aseo que ya traté. En cuanto a la declaración de Jorge Rojas, la parte pertinente dice así : "Me preguntó (Hernández) qué clase de armamento teníamos y yo le contesté que el mismo que cuando él estaba en el Grupo 7, no había nada extraordinario". Tampoco aquí, por lo visto, se escurrió ningún secreto militar; Rojas, por lo demás, es acusado por la Fiscalía sólo de haber violado los deberes militares. Respecto al testimonio de Víctor Hugo Hernández, que se añade, éste expresamente niega haber entregado información alguna a Jorge Hernández, y añade : "Ignoro quién le entregaba información a esta persona" (Fs. 1845), aseveraciones que mantiene al ser luego careado con Jorge Hernández (Fs. 1845), aseveraciones que mantiene al ser luego careado con Jorge Hernández (Fs. 1845 vta.). Por último la remisión a la declaración de Sergio José Lontano es tal vez la que más sorprende, si cabe, puesto que ésta persona expresa no haber tenido nunca ningún tipo de contacto político con Jorge Hernández (fs. 1965).

Son estas declaraciones, Honorable Consejo, la totalidad de las pruebas que presenta la Fiscalía. Mediante ellas, se nos dice, se encuentra legalmente acreditado en este proceso la efectividad del hecho de que un uniformado entregó a Jorge Hernández las específicas informaciones militares que se detallaron. Muy por el contrario, esta Defensa piensa que la conclusión categórica de lo expuesto es que la cuestión está lejísimo de hallarse acreditada legalmente. Porque hay un aspecto esencial en una investigación criminal, civil o militar, que hay que esclarecer, y de la que el dictámen, por lo demás, tiene expresa conciencia.

Se trata de la diferencia decisiva que existe entre probar la realidad de un hecho delictuoso, esto es, la circunstancia de haberse efectivamente producido, y, por otra parte, determinar al responsable de ese hecho. Son los dos pilares,

123 - 35

claramente discernibles y separados, sobre los que descansa la investigación criminal, y que en nuestra legislación se denominan técnicamente, primero, determinar el cuerpo del delito, y, segundo, determinar al delincuente.

El art. 108 del Código de Procedimiento Penal, básico en la materia, dice textualmente : "La existencia del cuerpo del delito, o sea el hecho punible, es el fundamento de todo juicio criminal; y su comprobación, por los medios que determina la ley, es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario". Dos cuestiones destacan de esta norma legal:

1° : Que la comprobación de la efectividad de existir objetivamente un hecho punible específico es el primer paso ineludible y el único acceso posible al juicio criminal. Sin que previamente se haya comprobado que de verdad existe un hecho punible, ninguna acusación puede hacerse a nadie sobre responsabilidad en ese hecho: en esta cuestión descansa todo nuestro procedimiento de investigación criminal.

2° : En segundo lugar, de acuerdo a la norma citada, la comprobación del hecho punible, fundamento de todo juicio criminal, debe hacerse mediante "los medios que determina la ley". ¿Cuáles son estos medios? Los enumera el art. 110 del mismo cuerpo legal citado; la inspección hecha por el propio tribunal, incluso auxiliado por peritos, las declaraciones de testigos, los documentos que existan, sean públicos o privados, y las presunciones capaces de producir pleno convencimiento. Estos son los únicos medios mediante los cuales nuestro ordenamiento jurídico permite que se compruebe la circunstancia de existir objetivamente un hecho delictuoso para el cual habrá que buscar luego un responsable. Si la investigación, mediante estos cinco medios de prueba, no es capaz de acreditar fehacientemente que de verdad existe un hecho punible, una circunstancia definida en la ley civil o militar como delito, entonces, naturalmente, no tiene ningún sentido buscar un responsable para ese hecho, es decir, un delincuente, y sólo cabe el sobreseimiento de la investigación.

Si, en cambio, se encuentra comprobado por alguno o algunos de esos cinco medios de prueba que existe objetivamente un hecho punible, entonces sí que cabe orientarse hacia la segunda etapa del juicio criminal, la que consiste en determinar la persona responsable de tal hecho punible ya comprobado. Para esta segunda etapa, la ley es también precisa, y encarga de señalar cuáles son los medios con que el investigador cuenta para acreditar la responsabilidad subjetiva de una persona, esto es, para determinar no ya el hecho punible sino el delincuente. El art. 111 del Código de Procedimiento Penal es el pertinente en la materia. El establece : "El delincuente puede ser determinado por uno o más de los medios expresados en el artículo que precede (-es decir, los cinco medios que señaló para comprobar el cuerpo del delito, el hecho punible-), y, además (-dice este artículo-), por la confesión de él mismo, acorde con los datos que comprueben el cuerpo del delito". Es decir, para determinar la persona responsable de un hecho punible ya comprobado, contamos con los cinco medios de prueba que nos sirvieron para comprobar éste, más un medio nuevo, la confesión del propio inculpado. Esto quiere

decir, automáticamente, que la confesión del inculpado sirve sólo para acreditar su responsabilidad subjetiva, pero, jamás paraacreditar el hecho punible objetivo y previo. En un procedimiento criminal, pues, la confesión del inculpado juega un papel en el juicio sólo en la segunda etapa de éste, no en la primera. Es lo que técnicamente se expresa diciéndose que la confesión no es válida para acreditar el cuerpo del delito sino sólo la responsabilidad del delincuente. Nótese que el art. 111 que he citado nos señala que la confesión, y cito, debe estar "acorde con los datos que comprueben el cuerpo del delito", esto es, el cuerpo del delito se comprueba mediante otros datos previos, y la confesión, para ser eficaz, debe concordar con esos datos ya recogidos y establecidos sin tomar en cuenta la confesión.

Este punto es esencial, y recibe su confirmación en varias disposiciones de nuestras leyes. Voy a limitarme a indicar sólo dos de ellas. El art. 340, por ejemplo, del mismo cuerpo legal citado, nos dice que "si el inculpado reconociera francamente su participación en el hecho punible que se pesquisa, una vez comprobada la existencia del cuerpo del delito, podrá el juez declararlo reo". En otras palabras, la comprobación del hecho punible es independiente a la aceptación de responsabilidad que a sí mismo se atribuya el propio inculpado. El art. 481, por su parte, (del mismo cuerpo legal), al referirse a la confesión del inculpado, establece : "La confesión del reo comprobará su participación en el delito, cuando reúna las condiciones siguientes : (menciona primero tres que no son relevantes para este punto que trato, pero hé aquí la cuarta condición) 4°: Que el cuerpo del delito está legalmente comprobado por otros medios; y la confesión concuerde con la circunstancia y accidentes de aquél". No es posible, pienso, verterse más evidencia sobre este imperativo legal que la tiene hasta la saciedad: Nunca puede recurrirse a la confesión del inculpado para acreditarse legalmente la existencia objetiva de un hecho punible.

Pero, como he dicho, el dictámen de la Fiscalía tiene conciencia de esta exigencia, al menos en el aspecto formal. Sus acusaciones, en efecto, están siempre divididas en las pruebas que entrega para comprobar, primero, el delito de que acusa, y, segundo, la responsabilidad del inculpado. Ahora bien, y concentrándome en el caso de mi defendido, Jorge Hernández Figueroa, el ciudado formal de la Fiscalía se comprueba por el hecho de que, al presentar las pruebas que acreditarían la existencia del hecho punible objetivo, se limita sólo a las declaraciones de otros procesados, sin incluír la confesión de Hernández. Es decir, nos asegura que para acreditar el cuerpo del delito no ha utilizado la confesión del inculpado, lo que se ajusta plenamente a derecho según lo que hemos visto. El problema está en que esta presentación formalísticamente correcta lleva en su fondo una infracción justo a este principio de derecho. Me explicaré.

El cuerpo del delito en el presente caso está descrito con exactitud por el propio dictámen a fs. 2042: "La información, datos, noticias, y secretos militares, que el civil referido recibiera, es la ya relacionada en el Considerando Décimo Primero N°1 de este Dictámen". Este Considerando, a su vez, nos dice que la información entregada consiste en los cuatro datos a que ya hice referencia antes; "Número

de vehículos existentes en el Grupo de Aviación N°7, su número o cantidad de aviones, roles de guardias, horario y número de centinelas y armamento utilizado por los centinelas en las guardias". Lo que hay que acreditar, pues, es que estos datos específicos fueron entregados por un uniformado a Jorge Hernández, ya que en ello consiste el hecho delic - tuoso objetivo, el cuerpo del delito. Pero, según lo que se ha explicado, esta circunstancia hay que probarla median te medios de prueba que excluyan la confesión de Jorge Hernández, ya que ella jamás puede ser utilizada para acreditar el hecho objetivo delictuoso que se le imputa. Como prueba, la Fiscalía presenta las declaraciones de otros procesados; pero grande es nuestra sorpresa al comprobar, según se ha visto, que absolutamente ninguno de estos procesados ni ningún otro en esta causa declara haber entregado o visto a alguien entregar estos datos a Jorge Hernández. ¿De dónde proviene la idea de que tal información fue recibida por éste? De la propia confesión de Jorge Hernández de fs. 1865 vta. donde precisamente declara que cierta persona le habría en - tregado, y cito, "información relativa al número de vehículos de la unidad, al número de aviones, roles, horas, números de centinelas, armamento que usaba la guardia". La remisión que la Fiscalía hace, pues, al Considerando Décimo Primero N°1 de su dictamen, para comprobar el cuerpo del delito de que acusa a Hernández, nos hace desembocar por entero y exclusivamente en la confesión de éste para acreditar la información específica de que acusa. Con ello, infringe las normas de derecho explicadas y que formalísticamente quiso observar. La consecuencia es que no queda legalmente acreditado el hecho objetivo delictuoso, ya que no es aceptable para la ley que ello pretenda hacerse basándose única y exclusivamente en la confesión del inculpado, como es el presente caso. Y si no se ha establecido fehacientemente, por los medios legales, la primera etapa del juicio criminal, que es probar que se ha producido un hecho delictuoso específico, no cabe avanzar hacia su segunda etapa, que es la determinación del responsable de ese hecho.

No constituye una solución válida para salir de este obstáculo vital el apelar a la facultad que el Código dá de apreciar los elementos probatorios en conciencia. Y no lo es, justo porque la facultad consiste en eso, en poder apreciar en conciencia <u>la prueba</u>, la que, ciertamente, está definida en nuestra ley. Para los efectos de acreditar el hecho punible, son elementos probatorios solamente los cinco indicados: sólo ellos, pues, pueden ser apreciados en conciencia para establecerlo.

La confesión, en cambio, no es prueba para estos efectos, y mal puede, entonces, apreciársela en conciencia. La facultad de que se habla no es una capacidad omnímoda para dar p or acreditados hechos por medios diversos a los enumerados por la ley chilena, o para admitir pruebas que la ley chilena expresamente declara inadmisibles, como es el presente caso. Obsérvese que la facultad que dá la ley a los tribunales militares de guerra es la de apreciar <u>la prueba</u> en conciencia, no la de apreciar <u>los hechos</u> en conciencia. Con precisión el texto legal del Código de Justicia Militar habla, incluso de la apreciación en conciencia de los "elementos probatorios", que, según hemos visto, son cinco si se trata de acreditar el hecho punible y seis si se procura determinar la responsabilidad del inculpado.

En definitiva, Honorable Consejo, por lo que se refiere a los hechos en los que supuestamente habría estado comprometido Jorge Hernández Figueroa y que la Fiscalía relaciona con el art. 245 Nº1 del Código de Justicia Militar, esta Defensa rechaza por completo los cargos, debido, primero, a la inaplicabilidad de ese artículo a este proceso y, segundo, a que por no estar legalmente acreditada la existencia del hecho punible específico no cabe determinar respecto a él responsabilidades subjetivas.

II. La participación de Jorge Hernández respecto de los hechos que la Fiscalía relaciona con el art. 278 vinculado al 274.

Al parecer, está suficientemente acreditado en el proceso el hecho de que Jorge Hernández, entre los meses de marzo y octubre de 1972, se habría reunido en varias oportunidades con algunos de los uniformados que son también parte de este proceso para tratar temas de carácter político. La Fiscalía lo acusa en su dictamen de haber llevado a cabo una labor de infiltración de sus ideas políticas, de haber promovido la formación de células políticas, de haber efectuado un trabajo de concientización y educación políticas, para todo lo cual habría inducido a funcionarios a participar en las reuniones que él promovía. La cuestión consiste en determinar cuál es el delito que se habría cometido mediante estas actividades, o si no cabe calificarlas de delictivas. Para la Fiscalía, mediante estos actos Jorge Hernández cometió el delito de conspiración a la sedición militar, calificación que extrae fundamentalmente del hecho de haberse elaborado en el curso de esas reuniones dos supuestos planos: el uno, de fuga; el otro, se le llama "de falla", ambos de los cuales irían a aplicarse y cito, "en caso de producirse un hecho que juzgaran contrario a sus ideas políticas" (Fs. 2041 vta. del Dictamen),

Las personas que hablan del supuesto plan de fuga son las siguientes : Luis Miguras, a fs. 1567 vta. 1568 y 1568 vta.; pero el plan a que se refiere es uno que se habría elaborado en el curso de una reunión de julio de 1973, sobre la que nunca nadie nombra a Hernández como participante. Como lo he advertido, y es necesario insistir en ello, los contactos de Jorge Hernández con los uniformados se desarrollaron sólo entre los meses de marzo y octubre de 1972, y nadie lo menciona en fechas diversas a éstas.

José Pérez, a fs. 1573, toca también el tema, pero sólo para decir : "Sobre algún plan de fuga de la Unidad a mí no me informaron nada".

José Rojas, a fs. 1644 vta., en los mismos términos que Pérez, declara : "Sobre el plan de fuga a mí no me habían informado nada".

Luis Verdugo, por su parte, se refiere en tres oportunidades a un supuesto plan, a fs. 1561 vta., 1562 y 1967, pero en las tres oportunidades lo ubica para agosto-septiembre de 1973 y nunca menciona a Jorge Hernández como relacionado con él.

La única persona que se refiere en este proceso a un supuesto plan de fuga para 1972, mes de septiembre, es precisamente Jorge Hernández, a fs. 1865 vta. y 1949 vta., donde explica que se trató de una conversación individual que tuvo con Luis Verdugo.

En relación al así llamado "plan de falla", las personas que se refieren a él son las siguientes: Víctor Hernández, a fs. 1647 vta., para explicar que, en el evento de un golpe de Estado en septiembre de 1972, había que impedir que los aviones de la base se moviesen; Luis Verdugo, a fs. 1652 vta. y 1967, expresando textualmente en ésta última: "Efectivamente con Hernández El Calígula se conversó de que no volaran los aviones, pero sólo fué una conversación; ello fué ante la posibilidad de que hubiera un golpe de Estado. Yo no estaba de acuerdo con que los aviones salieran a bombardear en ese caso, y había que impedir que salieran a volar. " En fin, el propio Jorge Hernández se refiere a él, a fs. 1865, y explica, a fs. 1865 vta., que, y cito, "la forma en que produciríamos la falla de los aviones, consistía en evitar que éstos pudieran despegar".

Es importante tener presente, para calificar debidamente la conducta de Jorge Hernández, ciertos testimonios suyos en el proceso que integran su actuar a los elementos intencionales que lo guiaban y que son esenciales para definir su posición subjetiva ante los hechos. Esta posición subjetiva, en efecto, es central para la determinación de su responsabilidad.

A fs. 1950 vta., refiriéndose a estos supuestos planes de que se ha hablado, y digo "supuestos" porque en el proceso no consta nada más sobre ellos que el haber sido tema de conversación particular entre él y Luis Verdugo, expresa : "Todo esto que he explicado, sucedía en septiembre de 1972, cuando se pensaba en un golpe de estado por un grupo minoritario".

Pero el punto más importante a este respecto es hacerme cargo del siguiente testimonio de Herñández que rola a fs. 1866 y que el dictamen de la Fiscalía cita expresamente para demostrar que estamos ante una real conspiración a la sedición, al menos por lo que se refiere al ánimo que guiaba a mi defendido; dice así : "Ahora bien, debo dejar en claro que yo tenía conciencia que mediante la tarea de infiltración en las filas de la FACH, perseguía convencer y concientizar a un grupo de uniformados a fin de promover la insubordinación en las filas, ya que de ese modo servía a los fines de mi movimiento". Pero este testimonio, Honorable Consejo, se halla excepcionalmente contradicho por muchos otros que ha prestado mi defendido y que corroboran otros procesados, y no es válido para juzgar el auténtico ánimo que guía a una persona buscar en sus declaraciones aquella frase que más pueda perjudicarla y luego exhibirla como la más exacta expresión de sus intenciones. Para apreciar éstas debidamente es necesario ponderarlas todas, teniendo presente la peculiar situación de nerviosismo y desorientación natural en quien se enfrenta ante una investigación criminal y que no es precisamente el mejor de los momentos para expresarse con claridad. Esa claridad debe buscarla a quien toca dictaminar sobre los hechos desde el punto de vista de la justicia, al Honorable Consejo.

De acuerdo a la Fiscalía, y cito a fs. 2042 vta. de su dictamen, "la confesión precedente hace plena prueba en contra del acusado, ya que está de acuerdo con las demás piezas del sumario y reúne los requisitos del art. 481 del Código de Procedimiento Penal". En opinión de esta Defensa, en cambio, tal frase separada no reúne los requisitos del art. 481 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición, a la que ya aludí anteriormente a propósito de la invalidez de la confesión para acreditar el cuerpo del delito, dice que la confesión del reo prueba su participación en el delito cuando reúne cuatro requisitos. El cuarto de ellos es que, y cito, "que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél". Ahora bien, la confesión de Hernández a que hago referencia la presenta la Fiscalía para probar su responsabilidad en los hechos que más le interesan como específicos de sedición, entre los que es capital el así llamado plan de fuga. Pero, según lo que expuse, del plan de fuga de 1972 nadie habla en el proceso sino Hernández, lo que viene a significar que no está acreditada legalmente su efectividad, y no se ajusta, por tanto el testimonio de Hernández que aduce la Fiscalía con el 4° requisito recién nombrado.

Pero tampoco se ajusta su confesión con el tercero de los requisitos del art. 481 y que dice así: "Que el hecho confesado sea posible y aún verosímil atendidas las circunstancias y condiciones personales del reo". No es, en efecto, verosímil el carácter tajante de aquel testimonio si se le pone junto a otros de Hernández sobre el mismo punto específico.

A fs. 1949 vta. Hernández expresa que inculcaba a los uniformados el que, y cito, "trataran de destaccarse profesionalmente, para que sus compañeros no pensaran que el pensar junto con la izquierda los hiciera incumplidores...". Aquí se expresa, pues, justo lo contrario del testimonio que ha separado la Fiscalía. A fs. 1952, vta., dice Hernández: "En cuanto al frente interno que se formaría para reclamar las reivindicaciones contenidas en el documento del FREFAC, no se trataba de hacer peticiones en forma amotinada, sino de exigir estas reivindicaciones formando opinión entre los uniformados, especialmente los suboficiales".

Incluso aquella parte del testimonio citado que alude a que la labor y penetración de Hernández fue hecha con un sentido específicamente "mirista", se halla desdecida por otras declaraciones. A fs. 1947, Jorge Hernández dice : "Nos bastaba con que compartieran nuestras ideas, sin buscar directamente su ingreso al MIR". A fs. 1962, declara: "Yo nunca dije exactamente que era del MIR, pero quedó claro que yo representaba una actitud de ideas políticas aún más de izquierda que las pregonizadas por el Presidente Salvador Allende, pero que orientadas hacia los uniformados no consistían en atraerlos concretamente hacia el MIR, sino infundir en ellos una actitud que llamamos constitucionalista de apoyo al Gobierno de la UP". Sobre lo mismo insiste a fs. 1967 vta., lo que se encuentra, aún, corroborado por testimonios de otros procesados, Manuel López, por ejemplo, a fs. 1961, aludiendo a Hernández dice : "Nunca pregunté ni se me dijo cuál era su militancia política, pero me daba cuenta que era de la Unidad Popular". Luis Verdugo, también, refiriéndose a Hernández dice : "No recuerdo que me haya dicho que era del MIR. Yo lo veía a Hernández como a un amigo. No sospechaba que fuera del MIR, o que las reuniones que teníamos, de algún modo se relacionaban con el MIR o po -

123-41

día beneficiar a este movimiento" (Fs. 1968).

Todos estos testimonios, en suma, corrigen el que ha separado la Fiscalía y muestran que no puede llamársele "Plena prueba" como se le denomina en el dictamen.

Para la Defensa, no resulta adecuada la calificación de conspirar a la sedición que se dá a estos actos de Hernández. La sedición militar, en efecto, es un asunto puramente institucional, como también lo es su conspiración. Es un error, a mi parecer, relacionar el art. 278 con el 274, como lo hace la Acusación, puesto que el art. 278 se refiere al 272. El 278 se refiere a "la conspiración para el delito de sedición o motín", y el 272 es el que define lo que es el delito de sedición o motín. El art. 274, en cambio, tiene una autonomía descriptiva y se vincula al 272 en virtud de la voluntad del legislador de sancionar a su sujeto activo asimilándolo al promotor de sedición, pero no esel delito de sedición o motín. En todo caso, los actos de Hernández no pueden verse a la luz del art. 274 porque para éste es esencial la seducción, la que consiste en convencer mediante engaños ya que para nada ha intervenido en el actuar de Hernández. Si no se prueba el engaño, y no es él nombrado en ninguna parte de la Acusación, no procede el art. 274 ni siquiera en el grado de conspiración que se pretende.

Pero para rechazar el cargo de que Jorge Hernández haya de verdad participado en una conspiración para la sedición militar hay aún otra razónde peculiar claridad, sencillez y objetividad. La conspiración es una cuestión plural. El conspirador no existe, sólo existen los conspiradores. El inciso 2º del art. 8º del Código Penal define bien la conspiración al decir que ella existe "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito". Nos encontramos en este proceso, en cambio, con la situación sorprendente de que hay una sola persona acusada de conspirar a la comisión del art. 274 del Código de Justicia Militar. Esto es imposible. O se acreditan, por los medios de prueba legal, el o los otros conspiradores dentro del proceso, esto es, las personas individual y legalmente determinadas con las cuales Jorge Hernández se concertó para cometer este delito o no cabe bajo ningún respecto acusarlo de conspiración ya que no existe el conspirador solitario. Es notable encontrarse con un dictamen (fs. 2041) que construye el cuerpo de un delito consignando expresamente que su supuesto autor es una persona singular -"un civil", dice- y luego lo acusa de una actividad especifica que sólo puede ser hecha en un concierto.

Pero tampoco es posible hablar en el caso de Hernández de conspirar a la sedición militar si examinamos el sujeto pasivo de su acción. La sedición militar o motín es una rebeldía institucional llevada a efecto por un conjunto de militares. Para no dejar sujeto a una apreciación subjetiva y variable la determinación de este conjunto, la ley lo cuantifica.. Dice que han de ser "en número de cuatro o más" (art. 272 del Código de Justicia Militar). Esto significa, ineluctablemente, que el concierto que se necesita para hablar de conspiración para la sedición militar no es ya el genérico de dos personas al menos, de que nos habla el Código Penal, sino uno específico de, al menos, cuatro militares comprometidos en el hecho. Si no fuera así, nos encontraríamos con la siguiente situación absurda: si sólo dos o tes militares se reúnen con propósitos de rebeldía pero al final no se rebelan, podría acusárseles de sedición en grado de conspiración; en cam-

bio, si de hecho se rebelan y producen el daño ejecutando los actos que la ley califica como sediciosos, no podrían ser acusados de sedición. El sujeto activo de cuatro militares al menos, en suma, ha de estar presente en todos los grados del desarrollo del delito para que pueda hablarse de él. Tres no pueden conspirar a la sedición militar, tienen que ser al menos cuatro; si son menos de éstos el hecho podría ser sólo constitutivo de proposición a este delito o de incumplimiento de deberes militares, según los casos. Ahora bien, en el caso de Jorge Hernández, civil, son sólo tres los militares vinculados a su actuar a quienes la Fiscalía acusa del delito de conspirar para la sedición : Luis Verdugo, Luis Miguras y Víctor Hernández; los demás militares vinculados a Jorge Hernández están todos acusados sólo de incumplimiento de deberes militares, art. 299 Nº3. Según la Fiscalía, pues, la conspiración para la sedición militar, por lo que respecta a Jorge Hernández, y poniéndonos en el hipotético caso de que él estaba induciendo a ella, estaba integrada por sólo tres militares, esto es, no pudo nunca haber llegado a ser en esas condiciones sedición militar, y, por tanto, no puede decirse que se trataba de conspiración a ella. A mayor abundamiento, consta en el proceso que Hernández abandonó las cosas en ese estado, en octubre de 1972, y, por tanto, él es el límite riguroso de los hechos donde pueden buscarse elementos incriminatorios. Según esto, aún poniéndonos en el punto de vista de la calificación de los hechos dada por la Fiscalía, todo lo más resulta mera proposición al delito, no una conspiración para él, en cuyo caso, por mandato expreso del art. 278 del Código de Justicia Militar, debe rebajarse la pena asignada al delito consumado de sedición en dos grados.

Con este punto de la penalidad voy a concluir mi defensa. El artículo concreto que la Fiscalía estima haber infringido Hernández es el 274; reconoce, sin embargo, que se trata de un asunto sólo en su nivel conspirativo, por lo cual relaciona el art. 274 con el 278 que es el que se refiere a la conspiración para la sedición militar. Según lo que expresé, la vinculación de estos dos artículos no es acertada, porque el delito de sedición militar es el señalado en el art. 272 y no el del 274, y, por tanto, la referencia del 278 es sólo el 272. Lo que ocurre es que el 274, por su estrecha relación con un peligro muy real de motín, asimila al autor de ese delito con el tratamiento penal que dá al promotor mismo del motín consumado, pero la conducta misma que ejecuta el autor del 274 no consiste en amotinamiento ni es él tampoco el sujeto activo propio del delito de sedición del 272.

Sin embargo, aún situándonos dentro de la tesis de la Fiscalía, que consiste en relacionar el art. 278 con el 274, es preciso destacar que la penalidad que extrae de esta vinculación es notoriamente errada ya que no se ajusta a las normas estrictas que se dan en el art. 278. El error proviene de pensarse que la escisión que hace el art. 272 de sedición o motín, entre promotores y meros ejecutores, se proyecta hacia el momento conspirativo y que cabe hablar, entonces, entre conspiradores en calidad de promotores y conspiradores en calidad de meros ejecutores. Pero esto no es así, ya que la diferencia entre el promotor y el mero ejecutor se dá solamente en el momento de ejecutarse el delito de amotinamiento. Conspirar para un delito es algo muy diverso a cometerlo de hecho. Sólo en el momento de su ejecución es cuando se sabe

quien asume el papel de promotor de su desarrollo y quien se limita a adoptar el papel de mero ejecutor. En el nivel conspirativo, se está en una situación de igualdad penal, en eso consiste un concierto de voluntades. Si no hay tal concierto de voluntades, es que no hay conspiración y entonces habría que bajar hacia la proposición, donde en efecto es una sola la persona que ha resuelto la comisión de un delito y propone a otros el cometerlo (art. 8º, inciso tercero, Código Penal), o subir hacia la inducción de un delito, en cuyo evento nos salimos también del nivel conspirativo, que no es el caso de autos.

El segundo error, a juicio de esta Defensa, que comete la Fiscalía para fijar la pena de diez años que solicita, consiste en que (aunque no lo dice expresamente se deduce de la penalidad que pide) proyecta también sobre el nivel conspirativo la circunstancia calificante que contempla el art. 272 para el amotinamiento consumado, esto es, la de ejecutarse el motín "frente al enemigo". Pero esta suposición la rechaza terminantemente esta Defensa desde luego por dos motivos: primero, porque la circunstancia de "frente al enemigo" requiere del estado o tiempo de guerra, como se deduce de los arts.418, 419 y 420 del Código de Justicia Militar y corroboran, entre otros, los artículos 300, 301, 302, 303, 304 y 310 del mismo cuerpo legal. Suponer que a la fecha de los hechos de que se acusa a Hernández, marzo a octubre de 1972, nuestro país vivía en tiempo de guerra, significaría, entre otras cosas, que toda persona condenada en un juicio militar desde esa fecha no puede sino estar cumpliendo una pena de tiempo de guerra, ya que todos los delitos militares desde entonces habrían sido de ese estado. La aplicación de una pena de tiempo de paz o de tiempo de guerra no es discrecional para el tribunal, ya que la circunstancia de vivirse en uno u otro estado es un hecho independiente válido para todos o válido para nadie. Pero, en segundo lugar, y ligado a lo anterior, incluso si nos ponemos en la hipótesis de intentar independizar la circunstancia de "frente al enemigo" del estado de guerra, nos queda aún la realidad insoslayable del carácter objetivo que ella tiene (como agravante universal (art. 213 Nº1), y como circunstancia calificante específica en los casos pertinentes), esto es, la imposibilidad de desconocerla en todas las penas militares aplicadas desde entonces. Las normas por las que se rigen las penas son sustantivas e imperativas, de modo que deducirlas sobre la base de que una circunstancia objetiva como la de "frente al enemigo" se cumple en unos casos y en otros no equivale a infringir la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Ninguna de estas dificultades surge si se aplica el art. 278 correctamente. El expresa: "La conspiración para el delito de sedición o motín, se castigará con la pena inferior en un grado a la que corresponda al delito". La pena que corresponde al delito es la de presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo (la regla legal es que las rebajas se hacen siempre a contar de la menor de las penas que corresponde al delito), de modo que un grado menos es presidio o reclusión menor en su grado mínimo: de sesenta y uno a quinientos cuarenta días. Esta es la pena que corresponde en el evento de que el Honorable Consejo ratificase la acusación de la Fiscalía por este delito de conspiración para la sedición militar.

123 - 44

Por las razones expuestas, no procede, sin embargo, acogerse la calificación jurídica que de los hechos se hace en el dictámen, de modo que, esta Defensa solicita:

1° : por no estar dados los elementos materiales necesarios para hablarse de conspiración (ni se acredita en el proceso aquellos que habrían estado concertados con Jorge Hernández respecto al art. 274, ni, por otra parte, éste estaba concertado con cuatro militares al menos), debe rechazarse este calificativo; pero es posible, sin embargo, que pudiera hablarse de proposición. En este evento, cabe aplicar la regla del propio artículo 278 que establece que, en tal caso, la pena debe ser rebajada no en uno sino en dos grados de la que corresponde al delito.

2° : Solicito al Honorable Consejo considere la posibilidad de que los hechos sean contemplados no a la luz del Código de Justicia Militar sino de la Ley de Seguridad del Estado en su art. 4°, letra b), que castiga a quienes inciten o induzcan a la indisciplina a individuos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o al desobedecimiento de las órdenes de sus superiores jerárquicos. En torno a esta disposición no cabrían los reparos materiales insuperables que se han señalado para el artículo del Código Militar. Si al final el tribunal la aplicara, solicito expresamente sea aplicada a mi defendido la pena alternativa de extrañamiento que en forma explícita contempla ese artículo.

3° : En cualquier evento, hago valer la atenuante de irreprochable conducta anterior de mi defendido.