

LA OBEDIENCIA FORZADA

Clara Leonora Szczaranski Cerda*

Un oficial chileno, a cargo de un regimiento, señaló que tuvo que dar una orden, manifiestamente ilegítima, a otro oficial, subordinado, para que la implementara con personal a su cargo. Al representársela su inferior, él le aclaró que no podía ser de otra manera, puesto que la orden superior debía ser cumplida sin que fuera posible evitarlo. Ello ocurrió ante testigos. El oficial mandante reiteró al mandado que esa orden debía cumplirse por la investidura de quien la había emitido, y que, en tiempo de guerra, el no cumplir órdenes de un superior dotado de tal poder de mando expone a graves sanciones, incluida la muerte del inferior y del mismo mandante específico.¹

Hechos como el reseñado, ocurridos en nuestro país, y que han dado lugar a una serie de lentos y complejos procesos, generando tensos debates sociales, nos llaman a formular algunas reflexio-

* CLARA LEONORA SZCZARANSKI CERDA. Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

¹ De no afectar esos dichos al secreto del sumario, podrían precisarse y transcribirse textualmente las respectivas declaraciones.

nes en torno a la responsabilidad penal que nos parece justo imputar en esos casos.

Estimamos que tales casos obedecen a contextos históricos y a crisis jurídicas –como en general ocurre con los denominados crímenes de lesa humanidad– y suelen victimizar, además de a los ofendidos propiamente tales, a los hechores. Frente a tales situaciones, no estamos solos ni somos los primeros². Las naciones intentan, cada una acorde con su espíritu, respuestas.

El moderno Derecho Humano pide que todos los crímenes internacionales y, entre ellos, y en especial, los de lesa humanidad, sean juzgados *latu sensu*. Muchos se preguntan si ello es posible. Otros temen que los procedimientos afecten la estabilidad del país. Las mayorías al parecer, sin embargo, no consideran legítimo ni bueno para la historia social no juzgar las acciones que agredieron la vida o derechos esenciales de seres humanos, y que, por eso, lesionan de modo estructural y permanente a la humanidad misma y ponen en riesgo su futuro si no son reprimidas o desincentivadas.

Entre las soluciones históricamente propuestas, llaman más la atención –entre otras que se plantean y a que haremos referencias que buscan evitar la contrarreacción de los imputados a cualquier costo, brindando olvido y amnistía totales y dejando, ante la historia, en igual pie a quienes respetaron al ser humano y padecieron la lentitud de sus dudas, desaciertos e ineficiencias, con quienes ignoraron los derechos de los hombres y fueron, tal vez eficientes, pero pasaron por sobre las personas y las consideraron rubros de logística o de infraestructura. En esta misma tendencia llaman también la atención las respuestas que buscan, a falta de poder suficiente, establecer sólo las verdades históricas o consensuadas, sin determinar consecuencias legales que deriven de esa verdad (salvo la gran adquisición de la conciencia, lo que no es menor), en comisiones no jurisdiccionales, prescindiendo de acciones judiciales, pues la verdad y el reconocimiento del dolor padecido pueden ser, para las víctimas, reparaciones suficientes.

Concuerdo en que se debe privilegiar el futuro sobre el pasado y el perdón por sobre el castigo; tal es mi opción personal de todos modos, intelectual y afectiva.

² Así lo testimonian Argentina, España, Grecia, Guatemala, Polonia, Sudáfrica, Uruguay, entre otros.

Pero lo anterior responde desde el punto de vista personal, y no necesariamente del bien común, a los problemas que plantean los crímenes de lesa humanidad. La reparación particular puede alcanzarse para muchos si todos llegan a conocer la verdad, la injusticia de las imputaciones que gravaron a sus deudos, la nobleza de la que las víctimas eran portadoras, y la arbitrariedad que padecieron e, incluso, la crueldad o barbarie de los hechos.

Pero me pregunto, al intentar este artículo, si el problema está en brindar reparación particular o en intentar una autocrítica social, un cuestionamiento colectivo, asumido como Nación, más allá de nuestras penas individuales, que pueda ser útil para cimentar una convivencia futura pacífica y estable, que supere la inercia de los conflictos y deje atrás, para siempre, las soluciones de fuerza. Que pueda servir para asegurar la firme regulación de nuestros intereses, deberes y derechos bajo normas preestablecidas, abstractas y generales, esto es, bajo el imperio del derecho, del estado de derecho, única lógica capaz de ir dejando atrás a los antagonistas esenciales de la paz y de lo justo.

Por otra parte, entre quienes promocionan, en el extremo opuesto, el “hacer justicia”, ondea peligrosamente el fundamentalismo que confunde la justicia con castigo y que rechaza. Esos fundamentalismos no quieren recordar que ya la ley del talión fue una evolución del primitivo deseo de revancha y de castigo al establecer una exigencia de proporcionalidad entre el mal y la ofensa, y, por ello, fue ya mucho más justa que la venganza particular, desarticulada y visceral. Asimismo, la sanción de diezmar fue otro progreso, seleccionando los destinatarios del castigo, el que quedaba como fuerza deterrente para los sobrevivientes. Actualmente, el debido proceso y el moderno derecho penal, con sus distinciones –tan verdaderas– entre culpabilidad y antijuricidad, y con la precisión de los elementos que hacen fundado el reproche de culpabilidad a un individuo, son, sin duda, otro paso adelante de una humanidad que explora la justicia y que pretende ser cada vez más dueña de resolver los conflictos con un creciente sentido de lo abstracto y del derecho y, por lo mismo, con menos prejuicios, ideologías e integristas y que perfila, cada vez más, el disvalor del arbitrio y del abuso de poderes fácticos como contrarios a la certeza, seguridad e igualdad jurídicas.

Los derechos humanos son importantes, trascendentales para la paz y el progreso y para la estabilidad de éstos. Son estratégicos

para la evolución humana. Tal vez por ello mismo deben cuidarse de ser campo de todo extremo o de dar pie a exaltaciones desmedidas de la individualidad, en oposición a los derechos colectivos y valores macrosociales. Su defensa es difícil y compleja, y debe ser cuidadosa y prudente, obligadamente la resultante de procesos consensuados de maduración y del ejercicio mismo del convivir democrático. Estos procesos imponen la participación, la que da necesariamente lentitud a las resoluciones sociales, como dice Monseñor Cristián Precht, quien nos recuerda también que, para alcanzar alguna justicia, se requieren, además verdad y derecho, cuestiones también “lentas”, pero “estables”, las que, pese a esta aparente desventaja en el tiempo, dan lugar a “reconciliaciones verdaderas y a perdones sinceros”, duraderos en el tiempo.³

Parte de lo anterior pasa por entender, ante los crímenes de contexto histórico, particularmente los de lesa humanidad, qué pasó, por qué pasó, qué pensaron quienes entonces actuaron, qué llegaron ellos a saber y a manejar como motivación de sus respuestas, qué grado de libertad física o moral les fue otorgada.

Los paradigmas actuales en materia de responsabilidad penal nos obligan a considerar, antes de reprochar una conducta al sujeto activo de un delito, el grado de comprensión que tenía al momento de los hechos y la libertad de que dispuso, y es en base a esta lógica, aunque sea aparentemente algo distinto, por qué no responde un inimputable ni quien actúa amenazado de muerte. Es más sencillo, claro, no reprochar nada al que debido a su enfermedad psiquiátrica mal entiende o desconoce por completo la realidad y actúa compelido por su paranoia. Pero, ¿es tan distinta esa hipótesis de aquella en que quien estuvo cautivo en un circuito cerrado de información nada supo de lo que en realidad ocurría y obedeció órdenes emanadas de quien siempre respetó? ¿O de aquella en que de no ejecutar el mandato recibido habría sacrificado su propia vida?

Entre quienes **obedecieron** órdenes criminales (excluyo a quienes comandaron con libertad) desde el reducido ángulo o rendija de mi visión de lo justo, sólo se debiera imputar responsabilidad penal a quienes actuaron informadamente y fueron libres de desobedecerlas, y que, sin embargo, optaron por la comisión del crimen o,

³ Cristián Precht: “Las Comisiones de Verdad y Reconciliación como actos de nobleza”. Santiago. 25 abril 2002, presentación del libro “Las Comisiones de Verdad y los nuevos desafíos en la promoción de los Derechos Humanos “

incluso, adhirieron a éste o lo promovieron. Opinión que intentaremos fundar y desarrollar.

NO EXISTEN DEBERES ANTIJURÍDICOS

La obediencia jerárquica no puede dar lugar a crímenes cuando el ordenamiento jurídico está plenamente operativo. Las antinomias que parezcan presentarse no son tales sino aparentes, resueltas por el derecho que hace del ordenamiento jurídico un todo sin soluciones de continuidad, necesariamente en armonía, como en el juego de las eximentes.

La hipótesis de un deber de obediencia antijurídico es incompatible con el derecho. Si el deber existe, entonces quien ha dado la orden ha tenido fundamento legal y propia competencia para darla y, por ello, las acciones que se piden son legítimas aunque parezcan a primera vista un mal, como en el acto debido del fusilero.

Por ello, varios autores desconocen la necesidad de la eximente de obediencia debida, por considerarla redundante, pues no puede ignorarse que determinadas actividades requieren, como requisito esencial de eficacia, la estricta obediencia del subordinado.

Obedecer, en el lenguaje común, es cumplir la voluntad de quien manda y quien obedece conjuga –entre otros aspectos– modos y motivos. Entre los primeros se incluyen los modos reflexivos, los ciegos y los obligados, en forma absoluta o relativa. Entre los motivos, pueden estar el deber, el temor físico o moral, el interés, la adhesión, entre otras variantes más sutiles y curiosas que el interactuar entre los seres humanos puede provocar.

Quien manda, por su parte, tiene también modos y motivos, y puede mandar autónomamente o dentro de una cadena de mandos, en los que se inserta como superior de algunos e inferior de otros, lo que permite determinar cadenas de mando. La voluntad que manda, en general, es una orden, no es una sugerencia ni una enseñanza; es un mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar, como define el diccionario de la Real Academia de la Lengua y como lo entiende el sentido común.

La obediencia plantea difíciles problemas en lo jurídico y en los hechos, cuando responde a órdenes que dan lugar a crímenes y se inserta en situaciones de crisis del ordenamiento jurídico por la interacción de los fenómenos jurídicos con las vicisitudes político-culturales.

Puede entonces llegar a contraponerse la legalidad con la legitimidad de la orden, lo formal con lo sustancial, y quedar jurídicamente en tela de juicio la existencia de la orden y la del deber de obediencia relacionado.

No podemos evaluar parejamente los casos en que el subordinado –en los hechos y en el derecho– tiene el poder de objetar o representar las órdenes injustas, ilegales o inadecuadas, con los casos en que ese poder, de modificar o impedir la voluntad de quien ordena, no existe. Basta para que ese poder no exista, que el subordinado tenga miedo porque lo lesionan o amenazan expresos o tácitos males, o es inducido a engaño por el contexto y no está a su alcance superar de facto la ignorancia en que se encuentra. No se requiere para carecer de la libertad de desobedecer una norma que limite o vete expresamente ese derecho.

OBEDECER ÓRDENES CRIMINALES ES ANTIJURÍDICO, AUNQUE EVENTUALMENTE NO CULPABLE

Si tenemos presente la fragmentación del delito en elementos para fines didácticos, sin duda podemos distinguir fácilmente acciones típicas pero no antijurídicas (como cuando interviene una causa de justificación) y acciones típicas y antijurídicas pero no culpables (como en el caso de los inimputables) o culpables para alguno de los partícipes, pero no para otros. Lo anterior, simplemente, porque lo típico y lo antijurídico es objetivo, y la culpabilidad, es subjetiva, es un reproche personal a quien es imputable y libre.

La obediencia sin libertad de opción o condicionada por la ignorancia en que ha sido puesto el subordinado, si bien puede exculpar al obligado, no transforma por ello los hechos ni las órdenes criminales en cuestiones lícitas, aunque se ajusten formalmente a la “legislación” interna. Los actos que lesionan los derechos humanos son ilegítimos ante el derecho humano y, también, ilícitos, en la medida que el derecho internacional y los principios generales del derecho se entiendan integrados al interno. No cabe por ello invocar en estos casos, por el ejecutor material de una orden criminal, una causa de justificación fundada en el cumplimiento de un deber⁴ y sí

⁴ Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida”, en: *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1987.

cabe, en cambio, la legítima defensa contra el actuar de ese ejecutor como causa de justificación de la acción penalmente típica de la víctima, destinataria de la orden criminal.

La orden criminal es en sí un ilícito y sus derivaciones previstas y deseadas que calzan en un tipo penal son también ilícitas. Debe descartarse, a la altura de los tiempos, la idea de Bettiol⁵ en orden a distinguir el hecho ilícito de la acción lícita que teóricamente le da lugar, así como crear una causa extraordinaria de exclusión de la antijuridicidad. Tal razonamiento, como se ha señalado por la doctrina, divide en tres tiempos el *iter criminis*: acción ilícita de la orden criminal, seguida de ejecución lícita de la misma, que da lugar a un hecho ilícito del ejecutor. Esa división se funda en aspectos subjetivos que son ajenos a la antijuridicidad del hecho y que, más bien, se relacionan con la culpabilidad.

El hecho ilícito, como decíamos al iniciar el párrafo, lo es en su realidad objetiva, independientemente de la responsabilidad penal que deba asignarse al sujeto activo del delito, la cual podrá, según el caso, ser excluida o disminuida, si la desobediencia a la orden exigía una inteligencia y/o un valor superiores o heroísmo, cuestión que no pretende el derecho, dirigido a los hombres comunes.

Delitos de contexto histórico

Al fin de la II Guerra Mundial, Pietro Nuvolone⁶ propuso llamar “crímenes de lesa humanidad” a un género común, o categoría más amplia, en la que se insertan como especie los crímenes de guerra, los raciales, los políticos, los religiosos, entre otros.

Tales crímenes, desde mi punto de vista, responden a un determinado contexto histórico y a movimientos colectivos que son materia de análisis de la sociología jurídica y exceden el campo de este artículo⁷. Especialmente preciso y sintético es, al respecto, Wür-

⁵ “L’ordine della autorità nel diritto penale”. Milano, 1934, p. 28.

⁶ Nuvolone, Pietro, “La Punizione dei Crimini di Guerra e la Nuove Esigenze Giuridiche”, Ed. della Bussola, Roma, 1945.

⁷ Ver: Comentarios desde Enrico Ferri: “Cause individuali e sociali del delitto”. Torino, Bocca 1883; Emile Durkheim: “Deux lois de l’évolution pénale”, L’année sociologique, IV, 1900; Di Kai T. Erikson en Notes on the Sociology of Deviance, H.S. Becker (ed.) The Other Side, N. York, Free Press 1964; Geoffrey Pearson “The Deviant Imagination”, London, Macmillan, 1975; Thomas Szasz, “La Salute Mentale come Ideologia”, de “La disumanizzazione dell’uomo”, Milano Feltrinelli, 1975. Alvaro Bunster “Escritos de Derecho Penal y Política Criminal”, 3, en Archivo de Derecho Penal, “La responsabilidad asociada o disociada

tenberger⁸ al reflexionar sobre la necesidad de instaurar una tensión legislativa e interpretativa entre derecho y realidad, fortaleciendo una cultura que tenga en consideración los datos sociales, por cierto, sin condicionamientos ideológicos ni prejuicios.

Se trata de encarar con justicia una categoría de delitos que plantea problemas propios y complejos, como las relaciones entre el derecho interno y el internacional; entre ambos y los principios y valores generales del derecho; la primacía de los derechos fundamentales de las personas; distintas perspectivas y conclusiones frente a la responsabilidad de los involucrados en situaciones con pluralidad de sujetos activos; específicas responsabilidades de mandantes y ejecutores y marcadas consideraciones sobre la inexigibilidad de otra conducta, el dolo y otros elementos determinantes en la ponderación jurídica de los hechos. Especial relevancia en el análisis de lo que es “hacer justicia” en estos casos tiene el *iter criminis* y la concurrencia de diversos mandantes –genéricos y específicos– en situaciones que exceden los casos puntuales y se vinculan con un conjunto de hechos delictivos relacionados entre sí.

De hecho, estos crímenes llegan a confrontar a los gobernantes de un Estado con sus propios súbditos, casos en los que parece ingenuo sostener que el análisis jurídico deba restringirse a la legislación interna, a veces vestida de ley –en sentido amplio– y carente de la lógica y contenidos consustanciales al derecho.

Situaciones de crisis del ordenamiento jurídico

En los quiebres institucionales se perfilan de otro modo, o se desperfilan hasta confundirnos, principios como el de legalidad, o instituciones fundamentales como la prescripción, indiscutibles en tiempos de normalidad jurídica y que, en situaciones de quiebre, pueden permitir la lesión de otros principios y valores jurídicos en los que se asientan los derechos personales de libertad –*latu sensu*– y el derecho mismo a la existencia de las personas con sus corolarios.

en el concurso de agentes”, “Terrorismo de Estado y legítima defensa”, “El autor mediato”. Universidad de Sinaloa, Culiacán Rosales México, 1994. Luciano Pettoello Mantovani, “Il Valore Problematico della Scienza Penalistica”, 1961-1983 Contro Dogmi ed Empirismo. Milano. Giuffrè. 1983.

⁸ Würtenberger, “La situazione Spirituale della Scienza Penalistica in Germania”, a cura di Losano e Giuffrida Répaci, “Civiltà del Diritto”, 10, Milano, 1965.

Se nos ofrecen en estas situaciones verdaderos conflictos normativos, y vacíos, que confrontan la legalidad interna de un país con normas de rango superior, al que accedemos centrando la mira en los bienes y valores jurídicos en contradicción, balanceando unos con otros, para optar por los de mayor valor ante la conciencia contemporánea, la que ha decantado y consensuado en el tiempo una jerarquía axiológica bastante universal. Es ésta una búsqueda de respuestas jurídicas a las situaciones que plantean los regímenes centrados en la fuerza y el totalitarismo⁹. En esta búsqueda, axiológicamente inspirada, se encuentran opciones a primera vista muy diversas y que, sin embargo, tienen aspectos comunes como la dependencia de lo jurídico de lo ético o la negación de la autonomía del orden jurídico respecto del orden ético¹⁰. El Derecho permanece y evoluciona, para algunos, como derecho natural, divino o celeste; para otros, simplemente como derecho humano.

Lo anterior no creemos deba ser cuestionado como salida metajurídica o recurso a la filosofía, a la política o a la historia. Es, en nuestro modo de ver, sólo una respuesta jurídica que proviene del derecho mismo, más grande y profundo que la ley positiva de un momento. A ese derecho accedemos todos, en diálogo con nuestra conciencia.

Ciertamente este diálogo interior nos ha llevado por siempre a preguntarnos qué es derecho, cuál es su naturaleza, en qué consiste la esencia de lo jurídico, cuál es el nivel normal de la conciencia jurídica de los seres humanos y de qué hondura es nuestro compromiso con el género humano. Sobre todo, nos debatimos en entender qué es justo y qué es hacer justicia.

Más allá del mandato específico

Hacer justicia ante estas anomalías de sistema, o crisis, en las que el contexto histórico ha sido determinante, es más complejo que ante los delitos comunes. En estos temas –bajo el empuje de corrientes sociales de opinión–, poderes extraordinarios han puesto las bases y directrices de múltiples acciones criminales de lesa humani-

⁹ Baratta A., "Antinomie Giuridiche e Conflitti di Coscienza", Giuffrè, 1963.

¹⁰ Baratta, o.c., hace referencia al respecto a la Teoría Normativa de la Culpabilidad, a la Teoría de la Antijuridicidad Material, al Teologismo de la Escuela de Marburgo, al Intuicionismo de la escuela de Kiel y al ontologismo de Welzel, entre otros.

dad. De acuerdo a ellas, los hechores pueden haber procedido sin móvil personal alguno o sin libertad de opción (por ignorancia provocada por el propio contexto, o sin libertad efectiva de ajustar su conducta a derecho por temor). En estos temas –digo– es aun más discutible que en los delitos comunes el deseo personal de castigo, que reduce el problema a un conflicto entre víctimas particulares y ejecutores materiales o mandantes específicos, dejando fuera, en cada caso, el peso de los fenómenos sociales y la superior responsabilidad de los mandos supremos, o mandantes habitualmente genéricos. El ser tope de una cadena de mando, y emitir en principio órdenes genéricas, no excluye por cierto que este mismo alto mando emita órdenes específicas o incluso realice también materialmente ilícitos.

Eventual ausencia de libertad del hechor

Lo anterior no quiere afirmar la inexistencia de responsabilidades personales, pero sí hacer presente que éstas están sujetas a distintos códigos de lectura, bastante diferenciados de los de un delito común y en los que es posible individualizar hechores que, a su vez, fueron, al momento mismo de ejecutar una orden criminal, víctimas, con su libertad gravemente cercenada, sea por haber sufrido coacción, sea por haberse encontrado sumidos en error invencible.

Sin embargo, aún son muchos los que identifican la justicia con el castigo, con la pena de privación de libertad de tal o cual persona, opinión que no comparto ni siquiera para los delitos comunes.

Lo justo es tal sólo si es objetivo y para todos, imparcialmente aceptado como lo que “debe ser”.

En los crímenes de contexto histórico, ello requiere de un examen en perspectiva actual de todos los hechos y circunstancias que interactuaron, sin que la visión de país pueda estar ausente, aunque nos lleve a resolver el dilema de ver chocar la justicia formal del caso concreto con la justicia vista desde el ángulo de todos los afectados, más allá de las partes del proceso, y de su proyección en el tiempo. Es factor de peso en la justicia de estos asuntos lo pasado, lo que está pasando y lo que deberá pasar.

En el ámbito de estos problemas, sin duda, todo sigue en ciernes desde que surgen con fuerza estos análisis con ocasión de los crímenes de la última gran guerra, y no puede ser de otro modo, ni más fácil. Ante estos especiales conflictos se impone nuestra lente

personal con sus componentes espirituales, biológicos e históricos y sus consiguientes intelecciones o “verdades” y emociones individuales. Cada uno se puede ver duramente enfrentado a otros que no necesariamente están faltando al “deber ser” humano, sino que sólo tienen otra vivencia y evaluación del problema, ajustada a su ser real, a su entender; a su sentir y a su historia, en definitiva, a su irrepetible individualidad y propia conciencia.

Claro que lo dicho no quiere disculpar los casos de ceguera inexcusable, de dolosa adhesión al crimen o de pragmático cinismo. La tolerancia recíproca tiene derecho a exigir del otro su mejor esfuerzo y buena fe. Es tal vez esta condición la que permite distinguir maldad de error, abriendo el mecanismo del diálogo entre hechos y víctimas.

Como se señala más arriba, a propósito de la antijuridicidad de la obediencia a la orden criminal y de los hechos que la siguen, la obediencia sin libertad de opción o condicionada por la ignorancia puede exculpar al obligado, pero no justificar la acción, la que constituye un ilícito, así como sus derivaciones previstas y deseadas que calzan en un tipo penal.

Lo anterior nos pone de lleno en el tema de la diferente responsabilidad penal que resulta justo exigir a los subordinados en situaciones de normalidad institucional y plena vigencia del ordenamiento jurídico y de la adecuada a situaciones de crisis, en que este ordenamiento se rompe junto a la eliminación de las garantías constitucionales del inferior-mandatario.

En las crisis no existe el poder real de representar órdenes ni de desobedecerlas, y es llamada en causa, como circunstancia determinante de lo justo, la libertad del subordinado, sea mandante específico o ejecutor material.

Lo anterior, por cierto, no puede ser dissociado de la consideración sobre el régimen de disciplina estricta y mando que preside la formación y la práctica cotidiana de las fuerzas armadas, ni del deber de discreción en asuntos del servicio, o estrictamente militares, que sigue al uniformado durante toda la vida.

NO EXIGIBILIDAD, CAUSA DE INCULPABILIDAD

La actuación bajo coacción se relaciona con el reproche de culpabilidad y con la posibilidad de exigir al actor material otra

conducta, ajustada a derecho. A ello nos conduce la concepción de justicia y de derecho, en que la culpabilidad es un reproche dirigido sólo a quien pudo comportarse distintamente. Es el reproche a un hombre libre. No pretendemos ignorar que la libertad es, también, un tema de difícil interpretación y controversia, frente a las concepciones deterministas o a las fundadas en el libre arbitrio, pero para efectos de este artículo y sus limitados objetivos, no es necesario especular al respecto.

Pero sea cual sea nuestro concepto de libertad, el dolo de propia iniciativa o la adhesión dolosa al crimen dispuesto por otro se presentan como el extremo opuesto, reprochable, de la obediencia forzada.

Se abren así, en los delitos con pluralidad de sujetos, distintas posibilidades de participación del subordinado, y cabe en ellas, incluso, su eventual condición de instigador del superior. De este modo, cada suceso puede dar lugar a muy distintas conclusiones en derecho para cada partícipe, poniéndose de relieve la accesoriedad limitada de la participación¹¹.

Es del caso al respecto señalar la teoría del dominio del hecho, de particular aceptación en el Derecho punitivo de nuestros días, de plena aplicación en el Código Penal chileno, según la cual es autor quien, en razón de una decisión de su voluntad (recordemos el artículo 1º del C. Penal), dirige consciente y finalísticamente el acontecer causal a la realización del resultado típico (Welzel). Dicho de otra forma, cualquiera que tiene las riendas del acontecer típico y puede, por tanto, dejarlo correr, o interrumpirlo, o sea, dirigir finalísticamente de acuerdo con la decisión de su voluntad la realización del ilícito, es autor (Maurach).

Trayendo esta noción a los hechos, no puede haber duda de que quien ejercía el mando dando la orden u órdenes en cuya virtud se cometieron los ilícitos, tuvo el dominio de los hechos; tuvo las riendas de ellos y pudo haberlos detenido o modificado. Jurídicamente el mandante toma parte en la ejecución de los hechos (artículo 15, número 1º).

A su vez, Roxin teoriza en perfecta compatibilidad con el artículo 15 del Código chileno, como quedó demostrado al cumplir éste su centenario, haciendo ver cómo el dominio del hecho es un

¹¹ Rodríguez Devesa, José María, Derecho Penal Español, Parte General, 16ª Edición, Madrid, 1993.

concepto abierto, que ofrece pautas para penetrar en la estructura fundamental de los fenómenos reales de correalización delictiva.

Así, entre otras figuras fundamentales de coautoría, se perfila la autoría mediata que puede consistir en el dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado, en el que un sujeto situado en un punto preponderante o predominante de poder, dentro de una organización jerárquica, ordena a otro u otros, siendo el primero autor mediato (“el autor detrás del autor”, “el hombre de atrás”, que bien puede ser “el hombre del escritorio”, en expresiones de Roxin) y, los otros (subordinados), quienes ponen en obra la acción típica como autores ejecutores, con distintas responsabilidades individuales e incluso no culpables, según haya sido su participación en el dominio del hecho.

El dominio del hecho por “el hombre de atrás” viene dado por su dominio sobre la organización, cuya estructura jerárquica garantiza el cumplimiento de la orden por el ejecutor, que es un individuo fungible y en definitiva, de negarse a cumplirla, puede ser reemplazado por otro equivalente, además de sancionado o muerto.

Obviamente –reiteramos– el dominio del autor mediato es mayor cuanto más alta sea su categoría.

Dogmáticamente es correcto encuadrar tal situación en las diferentes hipótesis de autoría mediata, bajo la circunstancia de aprovechar una estructura jerárquica de poder.

Asimismo, es aplicable al tema en análisis la coautoría por concierto previo, lo que se ajusta exactamente a lo previsto en el Código Penal, artículo 15, número 3º, primera parte.

Desde otro punto de vista, también alternativo a los anteriores, es aplicable a los hechos la comisión por omisión de quien se encuentra en posición de garante.

Suponiendo, por otra parte, o concediendo, exclusivamente a fines dialécticos, que no se hubieren impartido órdenes criminales o las que se dispusieron hubieren tenido un objetivo y contenido ajenos por completo a los delitos cometidos, y, aun más, que el superior no hubiera tenido conocimiento, ni siquiera noticia oportuna de las primeros ilícitos, tal vez se podría alegar y sostener –de todos modos– su responsabilidad en ellos, pues lo que ocurrió en Chile no fue simple ni breve.

Desde luego, cualquier gobernante y cualquier superior está expuesto a que en un momento dado se le arranque un subordinado o un grupo de ellos y cometa una grave fechoría, que de ningún

modo se le puede imputar; pero tal situación no puede extenderse a todo el país, ni ignorarse por años.

Siempre, el jefe supremo del Ejército y de la Nación tiene el deber jurídico de mantenerse atento a los acontecimientos graves que se produzcan en ella, y más, que produzcan sus subordinados, no de manera individual y desorganizada, sino actuando como fuerza del Ejército, que cumple un plan, con credenciales que autorizaban y respaldaban su proceder, y debe obrar prontamente para evitar su reiteración. O en otros términos: se encuentra en situación de garante respecto a las vidas y libertad contra las que estaban atentando sus inferiores. Pesa sobre el mando superior el deber jurídico de preservar en aquellas condiciones los bienes jurídicos contra los que con insistencia se estaba actuando, deber cuyo cumplimiento hubiera impedido muchos crímenes de lesa humanidad.¹²

Cabe añadir que al omitir el control se aprueban en los hechos las conductas ilícitas y se consiente a ellas.

Siguiendo esta lógica y los principios éticos, jurídicos, organizativos y de eficiencia que animan a las estructuras jerárquicas y, sobre todo, a los entes llamados a disciplina estricta, Holanda actualmente da una lección al mundo de asunción de responsabilidades políticas y militares al presentar su renuncia el Gobierno y el Comandante en Jefe del Ejército, hoy, por una ligera responsabilidad en acciones criminales en Bosnia hace siete años. Su responsabilidad fue genérica, indirecta, lejana en el tiempo, e incluso por hechos ocurridos en el extranjero. El actual Comandante en Jefe del Ejército holandés Teniente General Ad Van Baal renunció, precisamente, invocando la responsabilidad del mando porque a la fecha de los crímenes ocurridos en Srebrenica era el segundo oficial de más alto rango de las tropas garantes. Cabe señalar que el informe del Instituto de Documentación para la Guerra (NIOD) de Holanda¹³ precisa que el genocidio no era previsible. Es decir, dicho alto mando se reprocha a sí mismo, sin embargo, no haber impedido los hechos. No cabe por cierto en este caso atribuir responsabilidad penal, como partícipes en los crímenes, al alto mando militar holandés, pues los hechos fueron, como dice el informe, ideados, decididos, ordenados y ejecutados por tropas serbobosnias. También es importante al

¹² Manuel de Rivacoba y Rivacoba. "Las causas de Justificación". Ed. Hammurabi SRL, Ed. José Luis Desalma, Buenos Aires, 1995.

¹³ Constituido el 8 de mayo de 1945, luego de la liberación de Holanda.

efecto subrayar que se trata de un evento aislado, que pudo sorprender al Ejército holandés. De haberse repetido los hechos, en cambio, sería necesario preguntarse acerca de una eventual culpa del mando que actuaba como garante.¹⁴

Pues bien, y expresado en breve, esto es lo característico de la imputación de la comisión por omisión, y es autor quien así falta a su deber de garante y se abstiene de realizar la acción a que éste le obliga y que, de haber sido puesta, hubiera impedido la lesión del bien jurídico. Para el Código Penal chileno es delito tanto la acción como la omisión y son autores quienes toman parte en la ejecución de acciones criminales que materialmente llevan otros a cabo (artículo 15, número 1°).

Los planteamientos y razonamientos que preceden no se aducen ni deben entenderse en sentido alternativo unos de otros; meramente hacen ver y demuestran que, enfóquese como se quiera el asunto, se llega de manera segura e invariable a que el mandante tiene participación criminal en los delitos derivados de sus órdenes.

Corresponderá a los jueces del fondo, en la instancia procesal debida, optar por la calificación más exacta y justa de esa participación.

Con el mismo esquema de pensamiento estimamos, como hemos venido diciendo, que no hay culpabilidad en quienes actuaron coaccionados, cuestión de hecho que, si bien en muchos casos deberá constatarse procesalmente, en la mayoría, a mi juicio, podrá presumirse, en sintonía con lo previsto en el artículo 214 del Código de Justicia Militar¹⁵.

Lo anterior permite sostener que, en materia militar, a diferencia del derecho criminal común, la responsabilidad del superior como autor de los delitos ordenados es siempre, por norma, mayor que la del subalterno o subordinado, salvo las excepciones de facto.

¹⁴ En abril de 2002, el gobierno holandés encabezado por Wim Kok suma su responsabilidad política a la del mando militar sobre hechos acaecidos en 1995, a raíz de la matanza de miles de bosnio-musulmanes en Srebrenica por tropas serbobosnias, cuando la localidad estaba bajo custodia de cascos azules holandeses, por cuenta de Naciones Unidas. El informe realizado por el Instituto de Documentación para la Guerra (NIOD), entregado después de seis años de profundas investigaciones, criticó como "ligera" la decisión del gobierno holandés de 1993, crítica que provoca la dimisión del gobierno. Wim Kok no tiene más relación con los hechos que haber asumido el gobierno en 1995, al ocurrir en otro país los crímenes de lesa humanidad referidos respecto de los cuales indirectamente Holanda tenía un rol garante. Se imputa además en dicho informe a las mismas Naciones Unidas haber dado "instrucciones vagas", pese a que el informe reconoce la dificultad de prever el genocidio.

¹⁵ En lo sucesivo CJM.

Más aun, la responsabilidad del mando debe presumirse y cabe a la defensa del superior probar en los hechos la responsabilidad eventualmente principal del inferior (como cuando hay exceso en la ejecución) o el concierto previo previsto en el artículo 214, recién citado, en el que deben responder ambos.

La doctrina señala que esta prevención legal es inoficiosa, puesto que el concierto previo implica que no ha mediado orden, sino acuerdo, y es una de las hipótesis de adhesión dolosa del subordinado a que hemos hecho referencia en este artículo.

Desde esta óptica personal, los hechos que requieren necesariamente investigación son aquellos en que concurre *atrocitatis facinoris*, delitos aberrantes en que la inteligencia más baja, el sentimiento ético más débil, la personalidad más apagada, habrían comprendido de inmediato como criminales y se habrían rebelado ante ellos aunque, a la postre, se hubiesen visto forzados a obedecer; la ejecución de estas órdenes no puede en caso alguno vincularse a ignorancia, sólo a temor fundante de inexigibilidad, el que deberá ser procesalmente acreditado.

A la inversa, la orden ilegal e ilegítima de arrestar o mantener detenido a alguien, por ejemplo, pudo pasar por “normal” a los ojos del ejecutor. Es distinto, frente a toda conciencia individual, detener arbitrariamente a una persona que degollarla o torturarla. Sensiblemente cambian las valoraciones frente a la *atrocitatis facinoris* o monstruosidad. Es por ello que algunos autores que ven en el error invencible una causa de inculpabilidad hacen también referencia a la llamada “teoría de la apariencia” y señalan que es la falsía de esa apariencia la determinante del error del subordinado¹⁶.

PARTICULARIDADES DE LA OBEDIENCIA MILITAR EN CHILE

Las instituciones regidas por disciplina estricta y jerarquías y mandos dotados de fuertes poderes como condiciones objetivas y estructurales de su eficiencia, consustanciales a la naturaleza y mi-

¹⁶ Díaz Palos, “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”, Obra colectiva, “Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria”, 2 vols. Barcelona, 1983.

Ramayo, Raúl A. “La obediencia debida como causal de inculpabilidad”, en Revista Jurídica Argentina “La Ley”, Tomo 115, B. Aires, 1964.

sión del ente, remarcan notoriamente las condiciones y circunstancias sobre las que se ha venido discurriendo.

En particular, es necesario considerar la facultad de mando de la autoridad militar como un bien jurídico tutelado por el derecho positivo, necesario a la disciplina y eficiencia militares (*latu sensu*).

La relación que existe entre los que mandan y los que obedecen, y entre los superiores entre sí, es lo que se denomina propiamente “jerarquía militar” y que repercute y se refleja en la “carrera militar”. En todo caso debe tomarse nota de que los militares en la estructura jerárquica no se encuentran en pie de igualdad, salvo en cada nivel horizontal, y consideradas las variables que a la jerarquía incorporan la antigüedad y el “mando”.

La jerarquía o superioridad militar, fundamento de la facultad de mando, según el artículo 29 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas¹⁷, puede existir por razones de grado o de mando. Superior por grado es el que tiene respecto de otro un grado más alto en la escala jerárquica militar. Superior por razón de mando es el que ejerce autoridad sobre otros miembros de las Fuerzas Armadas por el cargo o función que se le ha confiado.

El subalterno, por su parte, es quien tiene, con relación a otro, un grado inferior en la escala jerárquica militar, mientras el subordinado es quien está a las órdenes de un superior.

La superioridad de grado establece el respeto del subalterno. La superioridad de mando establece el respeto y obediencia del subordinado, nos dice el reglamento citado.

En un nivel superior, el artículo 430 del CJM señala que el superior ejerce autoridad, mando o jurisdicción por el destino que se le ha conferido legalmente o por sucesión de mando con arreglo a las leyes o reglamentos. Agrega el Código que es también superior el comisionado por la autoridad competente para un acto del servicio, en lo relativo a su comisión, y quien detenta el mayor empleo o antigüedad cuando se trata de personas de la misma graduación.

La doctrina señala que la superioridad por razón de mando es una superioridad jurídica *strictu sensu*, fundada en la autoridad misma, en tanto que la superioridad de grado es tal por analogía, o por razón de mejor funcionamiento. Para distinguirlos, el superior por mando es llamado “superior directo”.

¹⁷ D.S. N° 1.445 de 1951 aplicable al Ejército y Fuerza Aérea. La Armada de Chile tiene uno propio, D.S. 1.232, de 1986. Tal diferencia no es relevante para este análisis.

Es interesante y complementario anotar que la doctrina es clara al señalar que la superioridad por razón de grado es supletoria de aquella que está establecida por razón de mando y que sólo juega cuando no tiene lugar esta última, si bien, generalmente, se corresponden, salvo las excepciones, como la prevista en el N° 2 del artículo 430 del CJM, situación referida a la superioridad de mando, que prima sobre la de grado.

Notoria excepción a la regla general es la figura del Oficial Delegado. El Proyecto de Diccionario Militar, del año 1971, señala que delegar es encargar a otro el ejercicio del empleo o jurisdicción de que está investido quien hace la delegación. A su vez, el mismo proyecto señala que Oficial Delegado es el oficial del Servicio Externo del Cuartel General que representa al Comandante ante una autoridad subordinada; sus atribuciones las dispone el Comandante por medio de credenciales y ellas pueden incluir hasta la facultad de ordenar o intervenir en la conducción misma de las operaciones. Su empleo se justifica sólo en casos extremos.

El Oficial Delegado es un “mando-mandatario”, definido por el Proyecto de Diccionario Militar aludido como “la persona que ejerce el mando por cuenta de otro con atribuciones para delegar”.

El mando se ejerce mediante órdenes, pero la orden no se encuentra definida en el CJM, ni en el Reglamento de Disciplina, ni en el Diccionario referido, por lo que, como dijimos, hacemos recurso siguiendo la doctrina en su acepción natural, ya señalada. Toda orden es imperativa (no son órdenes las que dejan lugar a elección), posible de cumplir (o no tendría consecuencias), exteriorizada (para que incumba sobre otro), determinada suficientemente en su objeto (para que alguien pueda “ejecutarla”) y debe tener determinado a quien o quienes deben cumplirla.

El CJM establece la obligatoriedad de las órdenes militares, y previene, en los artículos 334 y siguientes, sanciones para la desobediencia.

Todo ello rige en nuestro país, Chile, en tiempos de normalidad jurídica, en los que, cuando la orden del superior tiende notoriamente a la ejecución de un delito, sólo la representación de la orden excluye la responsabilidad del inferior como autor.

Cabe sí destacar, y mucho, que en la legislación militar chilena en principio responde sólo el superior, y si no existe la representación señalada, ordenada por la ley, el subordinado incurre en responsabilidad penal, pero disminuida respecto de su mandante. Tal

criterio es un claro reconocimiento del peso de la jerarquía militar y de sus efectos sobre la voluntad del subordinado o subalterno¹⁸. Otro reconocimiento de lo mismo nos lo da el artículo 211¹⁹ del CJM, al referirse al cumplimiento de órdenes de un superior como eventual “atenuante muy calificada”. En principio, el inferior que se hubiere excedido en la ejecución de una orden, o si ésta tiende notoriamente a la perpetración de un delito, y no hubiere cumplido con la formalidad prevista en el artículo 335, es castigado, pero con pena atenuada en un grado. (Norma concordante con el artículo 20 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas).

Recae sobre el superior jerárquico la carga de probar que no se trató de una actuación realizada en el cumplimiento de una orden de servicio y la obligación de proporcionar todos los antecedentes en su poder para el debido esclarecimiento de dicho ilícito. Así, se puede observar que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos comunes, como ya se ha dicho, la responsabilidad del superior es la principal, y debe presumirse, sin perjuicio de que éste pueda probar las eventuales excepciones que de hecho pudieron haberse dado.

No falta al deber militar de discreción quien pone los antecedentes de un delito común, cometido por militares, a disposición de sus superiores, mediante el conducto regular. Más bien es el cumplimiento de su deber. En el caso de los delitos militares, no puede entenderse que el deber de discreción excuse la comisión por omisión de los mismos.

Todo lo dicho, claro está, en condiciones de normalidad jurídica.

ALGUNOS PLANTEAMIENTOS SOBRE EL CASO CHILENO

En relación con lo expuesto, el tratamiento procesal penal de los crímenes relativos a los derechos humanos que siguieron al 11 de

¹⁸ Artículo 214 del CJM: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”.

¹⁹ Art. 211. “Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada.”

septiembre de 1973 en Chile, y en los que actuaron miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, en la personal opinión de quien suscribe, no puede (o no debiera) prescindirse de las siguientes mínimas consideraciones:

- Sólo se debiera inculpar a quienes eran libres de desobedecer la orden criminal y, en ejercicio de esa libertad, optaron por la comisión del crimen, o, incluso, adhirieron a éste o lo promovieron. Esto nos conecta a dos directrices paradigmáticas del derecho penal: es fundamento esencial de la culpabilidad la libertad de opción, la exigibilidad de una conducta adecuada al derecho, y es aspecto subjetivo del delito, *sine qua non* (dondequiera que lo ubique la doctrina), el dolo.
- No eran libres de ejercer opción los que sufrieron fuerza física o moral, personas a las que no podemos hoy reprochar no haber desobedecido, conducta que en su momento no les fue posible y que hoy no les podemos exigir.
- Tampoco eran libres a la fecha de los hechos ilícitos los que estuvieron sumidos en insuperable error, actuando por tanto sin dolo, extrayendo conclusiones falsas de premisas falsas.
- La concurrencia del temor que nos liga a la inexigibilidad y la del error que excluye el dolo se relacionan con el poder efectivo del mando; con el condicionamiento que ejerce en el subordinado el respeto por el superior y la institución de pertenencia; con la hipervaloración del deber de discreción; con el deber de obediencia y con un marco omnipresente de disciplina estricta.
- Particularmente, atendido el contexto histórico que cobija los crímenes que nos preocupan, podrían también buscarse las bases del error individual, insuperable, en la calidad de la información de que los rangos menores recibieron, cercados por bandos e instrucciones y enfrentando órdenes —muchas veces— con fundamentos formalmente aceptables, confirmados por los medios de comunicación ligados a la censura integral en vigor.
- Respecto del **subordinado ejecutor** y del **mandante específico** integrante de una cadena más larga de mando, parece justo determinar, caso a caso, la inexigibilidad de otra conducta o la ausencia de dolo, en los hechos, constatando el temor y/o el error pues, ciertamente, el subordinado también

- pudo actuar por propia iniciativa, en concierto, o actuar informadamente y adherir voluntariamente a la orden criminal, circunstancias en las que su acción no se distingue de la general de los sujetos activos de todo delito.
- En la ponderación de la conducta del subordinado determina diferencias importantes la “ilegitimidad sustancial”, evidente, de la orden; su carácter aberrante o atrocidad manifiesta, que no pudo pasarle inadvertida. Esta circunstancia, en nuestra opinión, compromete mayormente la responsabilidad del hecho y se distingue de los casos en que la orden se presentaba, al sentido común, como legítima, además de supuestamente legal. Frente a la *atrocitatis facinoris* o monstruosidad²⁰ cambian sensiblemente las emociones y las valoraciones.
 - Determina también diferencias importantes el poder efectivo, histórico, de objetar y desobedecer la orden criminal; el poder de objetar e incumplir, obviamente, está ligado a la vigencia real del ordenamiento jurídico y a la posibilidad de hecho de actuar informadamente, con relativa libertad en el contexto histórico que enmarca la situación.
 - Respecto de los **mandantes específicos** en particular –como el del caso relatado al inicio–, no parece correcto suponer la libertad de éstos para modificar o desobedecer las órdenes. El análisis del caso debiera tener en cuenta la cadena de mando, la información dirigida y la coacción física o moral, directa o indirecta, eventualmente sufrida por el mando intermedio (carrera militar, aislamiento, repudio del grupo de trabajo e incluso familiar, entre otros).
 - Respecto de los **mandantes genéricos**, o cabezas de la cadena de mando²¹, en cambio, no puede olvidarse que, si bien no dieron cada particular orden criminal, la inspiraron al mandante específico (mando intermedio), dando las directrices a seguir, las que, lógicamente, conducían a la ejecución de de-

²⁰ Díaz Palos, “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”. (Obra colectiva, “Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria”, 2 vols. Barcelona, 1983.

Ramayo, Raúl A. “La obediencia debida como causal de inculpabilidad” en Revista Jurídica Argentina “La Ley”, Tomo 115, B. Aires, 1964.

²¹ Tal cadena puede constar de numerosos mandantes específicos, o mandos intermedios, que llevan a realización, y a término con un ejecutor, el crimen propiamente tal, cuyo impulso y dominio corresponden al o los mandantes superiores en que termina la cadena.

terminados hechos; vale decir, crearon las premisas para la comisión de los delitos e impulsaron su ejecución.

Una ponderación meramente formal al respecto –que prescindiera de la crisis y del contexto histórico– conduciría al absurdo de una minimización de la responsabilidad de quienes detentaron el máximo poder y pudieron provocar los hechos, modificarlos o evitarlos, y que fueron, en efecto, los “dueños” de cada acción criminal.

De ignorarse en general estos elementos, el poder más alto respondería “menos” que el subordinado, aun cuando éste no se hubiese excedido en el cumplimiento del mandato recibido. Ello, ciertamente, niega el sentido de la estructura vertical y jerárquica, y del mando. En efecto, de acuerdo a la normativa militar vigente, como hemos dicho, el primer responsable es el mando. Sólo si se tiene en debida consideración ese sentido, se comprende por qué el ordenamiento jurídico militar impone las más severas penas a quien incumple su deber y actúa al margen de su propia competencia. Así como también dispone que, si se comprueba el actuar ilícito del inferior en el desempeño de sus funciones, recae sobre el superior la carga de probar que no se trató de una actuación realizada en el cumplimiento de una orden de servicio, gravándolo también la obligación de proporcionar todos los antecedentes en su poder para el debido esclarecimiento del hecho ilícito. Además, la ley militar penaliza excepcionalmente como complicidad la conducta del militar que tuviere conocimiento de la perpetración de ciertos delitos y no adoptare las medidas necesarias para impedirlo, o no diere cuenta a sus superiores. La obligación de denunciar es de la naturaleza de la disciplina militar, y es en relación con ello que se sanciona como delito militar no mantener la debida disciplina en las tropas al respectivo mando o no actuar con la debida energía para reprimir, en el acto, cualquier delito militar, los que pueden cometerse tanto por acción como por omisión. Así lo aclara el Reglamento de Disciplina Militar citado, en su artículo 33, al detallar que, si el superior tiene dudas en cuanto a que el hecho reprochable puede constituir delito o mera falta, debe enviar los antecedentes al Juzgado Militar correspondiente, para que éste resuelva. Estas responsabilidades son propias de la lógica que inspira la necesaria disciplina militar, pero no excluyen la aplicación complementaria de las normas generales del derecho penal sobre autoría, complicidad y encubrimiento.

LA MÁS DIFÍCIL MISIÓN DE JUZGAR ESTOS CASOS

Es esencial para el progreso y la paz social hacer justicia en tiempos útiles para los seres humanos afectados, víctimas y ofensores. Esta justicia no debiera llegar “algún día”, en un futuro abierto e impredecible, por el cual debemos transitar tensionados por la doble faz de un dolor que, en abierta contradicción, destruye a ofensores y ofendidos.

Se requieren conclusiones cercanas, ciertas, razonables y fundadas, coherentes con la mayor responsabilidad del superior frente a la de los subordinados, centrando los juicios pertinentes en los mandos que dieron las órdenes genéricas y las directrices que abrieron, precisamente, la puerta a los crímenes y en los mandos intermedios e inferiores ejecutores que actuaron concertados con sus superiores o, incluso, instigándolos.

En cambio, debiera exculparse a los uniformados que, como se ha dicho, se vieron forzados y también sufrieron, de hecho, fuertes limitaciones en sus derechos y garantías constitucionales. Deberían además, en determinados casos, presumirse por lógica esas limitaciones.

De efectuarse tales distinciones, se podría conocer la verdad y hacer justicia selectiva y trascendente, para todos, respetando a la vez el dolor de las víctimas y el sufrimiento de quienes se vieron forzados a delinquir. En condiciones de seguridad, legalmente garantizada, muchos subordinados, tal vez, prestarían el testimonio que hoy callan por temor a consecuencias actuales personales. Una garantía, imaginable, podría ser, en determinadas y taxativas condiciones, la presunción simplemente legal de la concurrencia del error o la coacción.

El tema es complejo y, como señala Novoa²² —ex presidente del Consejo de Defensa del Estado—, uno de los más oscuros y difíciles del derecho penal. Todos los tratadistas han avanzado planteamientos al respecto, diferentes y hasta opuestos, desde Carrara y Carmignani. Las teorías modernas llegan hasta la ausencia de acto del subordinado y al desplazamiento de la autoría, como antes se esbozaba²³.

²² Curso de Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, 1960-66, Parte General, T. I.

²³ Por ejemplo, en la Argentina, Fontán Balestra (Derecho Penal, Ed. Depalma, B. Aires, 1957, T. 1) y Soler (Derecho Penal Argentino, B. Aires, 1947, Serie Miscelánea, T. 6).

El logro de alcanzar justicia, al tratar los crímenes relacionados con determinado contexto histórico, además de las dificultades que trae siempre consigo el determinar lo que es justo y reconstruir una verdad para calificarla, se ve obstaculizado por la polémica interpretación sobre el sentido y alcance de las normas, polémica inevitable al conectarse fuertemente el impacto de esas normas con los propios credos o intereses (v.gr. amnistía, vigencia de los tratados internacionales, entre varios otros).

Al insuficiente conocimiento actual de los hechos denunciados se agrega también, de parte del testigo o imputado, el temor de autoincriminarse o de comprometer a personas o instituciones a las que está ligado; la distorsión histórica; la óptica cultural y otros factores que vician la comprensión de lo ocurrido. A todo ello se suma el tiempo, que todo lo nubla, relativizando, resumiendo y mezclando lo que aconteció con nuestras personales remociones o negaciones psicológicas, y creencias.

Particular entorpecimiento en el avance de estas causas provocan los desacuerdos sobre el derecho que rige a una acción, y estos desacuerdos, como señala Dworkin²⁴, son teóricos, es decir, sobre lo que entendemos es el derecho, tema al que antes hemos hecho referencia.

En la búsqueda de la verdad procesal posible y en la solución de los desacuerdos teóricos, el rol fundamental corresponde a los jueces, quienes, al resolver, lo hacen en armonía con lo que estiman es el derecho aplicable al caso, a la luz de la propia perspectiva sobre el derecho y la justicia. Incide en todo esto, además de las diferencias de concepto, la relación vigente hoy, en nuestra sociedad, entre realidad de las instituciones, códigos y paradigmas en curso.

Por su parte, los protagonistas del foro, jueces, abogados, imputados, procesados, testigos y, más allá de los tribunales, la ciudadanía expectante, cada uno portador de sus propios matices semánticos y de sus convicciones existenciales profundas, aspirarán a lo que individualmente consideran es lo "justo".

En contrario: Jiménez de Asúa (Tratado de Derecho Penal. Tomo V: La Culpabilidad. Ed. Losada, Buenos Aires. Segunda edición complementada, 1963 Derecho Penal, parte general. Tercera edición. Ed. Ediar, Buenos Aires 2000) y Zaffaroni, Raúl E. Problemas de Derecho penal: Doctrina técnica del delito. Librería y Ed. "La Facultad", 1944.

²⁴ Ronald Dworkin, "El Imperio de la Justicia". Ed. Gedisa, 1992.

LA VOLUNTAD NACIONAL

Los crímenes de contexto histórico tienen soluciones en que la voluntad nacional es decisiva. Stephen Garrett se refiere a varios modelos que pueden adoptar lo que llama la “justicia de transición” y que se ajustan a la idiosincrasia de cada país: el modelo amnésico, el de castigo selectivo, el de clarificación histórica, y el combinado de memoria y castigo, intentando responder a “...qué hacer con el pasado...”, como él mismo expresa²⁵. Entre las variables imaginables, que podrían dirigir más precisamente las cuestiones pendientes, pueden explorarse razonamientos algo análogos a los que fundan el principio de oportunidad vigente en nuestro país para el Ministerio Público, con todas las condicionantes que procedan, investigando todos los hechos (pues son todos graves), pero siendo selectivos, en cambio, con los imputados, según sea razonablemente presumible o no su nivel de información o de libertad. Puede jugar un rol importante al efecto la citada teoría de la apariencia y la distinción consiguiente entre los crímenes aberrantes y aquellos que pudieron pasar inadvertidos al ejecutor por su apariencia inocua.

Es esta una opinión abierta al debate y que requiere implementación extrajurídica acorde con los criterios políticos y culturales predominantes, que deben manifestarse, para imponerse, mediante leyes que expresen la voluntad nacional. Grecia y Polonia, por ejemplo, recorrieron caminos distintos con aspectos comunes, combinando el olvido, la memoria histórica y la retribución selectiva. Grecia, luego del Régimen de los Coroneles, a partir de 1974, liderada por el ex Primer Ministro Karamanlis, llevó adelante más de 400 procesos y expulsó más de 100 mil personas de las Fuerzas Armadas y de la Administración Pública; cientos de oficiales fueron procesados; se dictaron condenas a muerte que luego fueron conmutadas. Posteriormente se dictó una amnistía. Polonia, por su parte, presenta una variación extrema del paradigma llamado “amnésico”: en 1989 el líder del nuevo régimen, Mazowiecki, trazó una fuerte separación entre el presente y el pasado, argumentando que si Polonia estaba progresando hacia una democracia estable y el desarrollo económico, era necesario evitar recriminaciones y concentrar la atención en otros temas.

²⁵ Garrett, Stephen A., *Models of Transitional Justice. A Comparative Analysis*, International Studies Association, 41st Annual Convention, Los Angeles, CA, March 14-18, 2000.

No comparto ninguna de tan extremas actitudes, pues me parece más justo hacer justicia selectiva, estableciendo las efectivas responsabilidades del mando y de quienes actuaron dolosamente; en todo caso, un pequeño número de procesos y en un tiempo acotado.

De todas formas, la solución debe reflejar el sentir mayoritario de la nación chilena y su idiosincrasia, y como se decía, para ello es necesario adecuar la legislación. No pueden resolverse jurídicamente estos asuntos, sin emplear largos períodos de tiempo, recurriendo a las normas para delitos comunes y militares previstas en códigos del siglo pasado, e incluso antepasado, como lo son nuestros CJM y Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente.

Hago votos para que las distintas pretensiones y concepciones se acerquen y confluyan, en virtud del esfuerzo de tolerancia recíproca que todos le debemos al país, raíz amada que hemos compartido y seguiremos compartiendo.

Y, entonces, al final de todo esto, en síntesis de fondo, y en lo que mi sentido de lo justo me urge, lo que he afirmado es:

1. Los crímenes ocurridos con relación al quiebre institucional del 11 de septiembre de 1973 son crímenes de contexto histórico.
2. Las acciones humanas en ese contexto se enmarcaban en un ordenamiento jurídico en crisis que no garantizaba, por tanto, los derechos constitucionales y esenciales de las personas.
3. No existen deberes antijurídicos y, por ello, las acciones lesivas de los derechos humanos así enmarcadas son delictivas y daban lugar a legítima defensa.
4. Sin embargo, algunos ofensores pueden no ser culpables, no obstante no ser jurídicas o no justificadas en derecho sus conductas.
5. La ausencia de culpabilidad dependerá, en cada caso, de la no exigibilidad de otra conducta –conforme a derecho– del sujeto carente de libertad para optar.
6. La ausencia de libertad pudo ser física, moral, o derivar de la ignorancia insuperable (fruto precisamente del contexto histórico que llamamos en causa, y del régimen de disciplina estricta propia de las instituciones armadas).
7. Deberían responder por los crímenes cometidos:
 - a) Los dueños de las acciones criminales, los mandantes genéricos y, por cierto, a mayor poder de mando, mayor responsabilidad.

- b) Los mandantes específicos y los ejecutores materiales de las órdenes criminales, si actuaron libremente, o adhirieron dolosamente al crimen, o si lo provocaron.

Lo anterior no hace sino traducir, a la realidad de estos crímenes, los principios jurídicos contenidos en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar vigente en Chile, ya citados, insertos entre las reglas generales sobre penalidad previstas por este Código.

Santiago, 6 de mayo de 2002.