

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

Polít. Crim. Vol. 18 N° 36 (Diciembre 2023), Art. 14, pp. 904-934
<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/12/Vol18N36A14.pdf>

Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada*

Criminal liability for intervention in crimes of a dictatorship in the exercise of a judicial function from a comparative perspective. An exploratory study of the Chilean case

Jaime Couso Salas

Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

jaime.couso@udp.cl

<https://orcid.org/0000-0003-4516-9769>

Sabrina Perret Neilson

Investigadora adjunta, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales

sabrina.perret@mail.udp.cl

<https://orcid.org/0009-0002-7478-2589>

Fecha de recepción: 02/05/2023.

Fecha de aceptación: 27/09/2023.

Resumen

El artículo examina la relevancia penal del comportamiento judicial frente a la represión practicada por la última dictadura chilena. Si bien la función judicial, en aras de su independencia, por regla general ha de contar con una fuerte restricción a la responsabilidad por las consecuencias que se derivan del ejercicio de dichas funciones, en situaciones en las que se incurra en graves vicios en la impartición de justicia se justifica hacer excepción a aquella regla. El artículo analiza diversos patrones y casos ocurridos durante la dictadura chilena, tanto en la Justicia militar como en la ordinaria, identificando en ambos casos un vicio en el desempeño de la función judicial, relevante para fundamentar la antijuridicidad de la conducta, y examinando las diversas modalidades de intervención penalmente imputables. Se concluye que, respecto de diversas constelaciones fácticas, los comportamientos de los jueces chilenos, más allá de las hipótesis de simple encubrimiento, representan formas de intervención punible en los homicidios, secuestros y torturas perpetrados por terceros, a título de inducción o autoría mediata activas o, de forma más extendida, a título de autoría omisiva o, a lo menos, de complicidad por omisión.

* Este artículo ha sido preparado en el marco del Proyecto Fondecyt regular N° 1181825, “Responsabilidad Penal por Violaciones de Derechos Humanos cometidas en el Ejercicio de Funciones Judiciales”, del cual uno de sus coautores, Jaime Couso, es investigador responsable. Los autores especialmente a Romina Villarroel y Mario Catalán, quienes asistieron en la búsqueda y revisión de procesos y sentencias que sirvieron de base a este estudio, así como a los evaluadores anónimos del artículo, cuyas sugerencias fueron tenidas en cuenta en esta versión.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

Palabras clave: responsabilidad penal de jueces, *judicial murder*, crímenes de dictaduras, *Sperrwirkung*

Abstract

The article examines the criminal relevance of the judicial behavior towards the repression practiced by Chilean last dictatorship. Although the judicial function, for the sake of its independence, as a rule must have a strong restriction on liability for the consequences arising from the exercise of such functions, in situations where there are serious flaws in the administration of justice it is justified to make an exception to that rule. The article analyzes various patterns and cases that occurred during the Chilean dictatorship, both in the military and in the ordinary courts, identifying in both cases a defect in the performance of the judicial function, relevant to establish the unlawfulness of the conduct, and examining the various modes of criminal liability applicable.

Key words: criminal liability of judges, judicial murder, crimes of dictatorships, *Sperrwirkung*.

Introducción

Si bien la responsabilidad de la judicatura chilena por las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura ha sido reconocida oficialmente, a lo menos en el plano moral y político,¹ la responsabilidad individual de sus miembros desde la perspectiva jurídico-penal no ha sido objeto de análisis, déficit que también se advierte en la literatura comparada sobre justicia transicional.² Si bien es innegable que el Poder Judicial operó en Chile bajo una serie de condicionamientos propios de la excepcionalidad institucional reinante en la época,³ ellos no llegaron al punto de hacer impertinente la pregunta por la responsabilidad penal que podría caber a sus miembros por algunos de sus comportamientos, considerando además la continuidad e independencia formal de la que dicho poder disfrutó durante la dictadura.⁴ La base para un desarrollo de los presupuestos y alternativas de imputación para este tipo de casos ha de partir necesariamente de un análisis de los casos concretos en que el desempeño judicial parece haber tenido incidencia en los crímenes, así como de los patrones generales que parece haber presentado el comportamiento judicial en relación con las violaciones de derechos humanos en Chile.

¹ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), p. 85. Sobre la importancia de la cobertura jurídica brindada por los tribunales para la legitimación del régimen autoritario de la dictadura, véase PEREIRA (2005), p. 5 y ss. y HUNEEUS, (2016), p. 92 y ss. y 132 y ss. Sobre la inicial reticencia del Poder Judicial a reconocer esta responsabilidad, y su posterior cambio de actitud, véase COUSO (2021), pp. 487-490.

² GRAVER (2015), p. 116 y ss.

³ Acerca de los condicionamientos que el régimen militar impuso a la labor de los tribunales en la defensa de los derechos y libertades, véase BARROS (2008), p. 159 y ss., estudiando los casos de Argentina y Chile.

⁴ Así, mientras –ya derrocado el Gobierno– el día 21 de septiembre de 1973 mediante el DL N° 27 se disuelve el Congreso Nacional (ejerciendo la Junta de Gobierno el poder legislativo por medio de decretos leyes), formalmente no se interviene el Poder Judicial y, en cambio, mediante el DL N° 1, la Junta de Gobierno garantiza la plena eficacia de las resoluciones judiciales. Esa independencia formal reconocida por la Junta de Gobierno ofrecía, a lo menos a los tribunales superiores, cierto espacio, del que no hicieron uso, para demandar un mayor respeto al Estado de Derecho; véase HILBINK (2008), pp. 102-105.

Este artículo ofrece un análisis exploratorio de esos casos y patrones. El estudio comprendió la revisión de una diversidad de fuentes: una selección de sentencias de consejos de guerra, tomada de la base de datos de la Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad; sentencias de tribunales ordinarios y de juzgados militares de tiempos de paz, disponibles en diversas colecciones de fallos; casos referidos por el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, y relatos aportados por reportajes de periodismo investigativo.⁵ El examen de esas fuentes da cuenta de hipótesis en las que puede advertirse, bien sea una intervención activa de miembros de la judicatura –por ejemplo, la imposición de una condena a muerte o a privación de libertad, por parte de la Justicia Militar–, bien comportamientos pasivos, por lo general de la Justicia ordinaria, consistentes en la omisión de brindar protección jurídica a las víctimas, cuando esta fue solicitada.

El artículo aborda, en una primera sección, desde una perspectiva general y comparada, la potencial relevancia penal del ejercicio de funciones judiciales con incidencia en crímenes de dictaduras (1). En las siguientes secciones, referidas ya el caso chileno, se examina si acaso los jueces gozan de inmunidad frente a la posible imputación de tales crímenes cuando son consecuencia del ejercicio de jurisdicción (2), o si, al menos, para hacerles responder por ellos es necesario superar una barrera de antijuridicidad cualificada, como ocurre en el derecho comparado relevante (3), para finalmente explorar, por separado, las hipótesis y casos concretos que podrían fundamentar su responsabilidad por una contribución activa al hecho delictivo (4), y los que podrían hacerlo como contribuciones omisivas (5).

1. Relevancia penal del ejercicio de funciones judiciales con incidencia en crímenes de dictaduras

Pese al apuntado déficit de tratamiento del problema, el derecho comparado ofrece algunos desarrollos, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, que deben servir de apoyo para la exploración.

El problema se ha planteado fundamentalmente en dos contextos: (I) el *juicio a los juristas*, seguido en Núremberg ante el Tribunal Militar instaurado por los Estados Unidos de América, contra jueces, fiscales y otros juristas nacionalsocialistas; y (II) los procesos seguidos ante tribunales de la República Federal de Alemania (RFA), primero contra jueces nacionalsocialistas y, luego de la reunificación, contra jueces de la extinta República Democrática Alemana (RDA). Con importantes diferencias, que se examinan más abajo, ambos desarrollos se presentan, en general, como excepciones a la regla general, constituida por una fuerte restricción a la responsabilidad de los jueces por las consecuencias que se derivan del ejercicio de sus funciones, salvo por la referida al desempeño viciado de la función judicial, es decir, al delito de prevaricación judicial. Las excepciones, en las que la responsabilidad alcanza a las consecuencias (muerte, privación de libertad) de ese desempeño viciado, destacan precisamente por apartarse de esa regla general.

⁵ Los detalles de cada fuente se especifican, en cada caso, en la respectiva nota a pie de página.

Fuera de esos casos, un precedente mucho más reciente, con el cual la justicia chilena se encuentra vinculada por razones que se exponen más abajo, es el de la denominada *Megacausa* seguida en Argentina, resultante de la acumulación de unas 20 causas por delitos de lesa humanidad que afectaron a más de 200 víctimas, que culminó con la condena a prisión perpetua de cuatro exfuncionarios de la justicia de Mendoza.⁶

1.1. Más allá de la prevaricación: ¿*judicial murder*?

¿Deben los jueces responder por la muerte de una persona –o por su privación de libertad o sometimiento a torturas– cuando ella tiene lugar como consecuencia de acto u omisión propio del ejercicio de sus funciones, pero que adolece de algún vicio? En el caso extremo, una jueza o juez que impone una condena a muerte contemplada en el ordenamiento jurídico, a través de una sentencia que más tarde es invalidada, por ejemplo, a través de un recurso de revisión, ¿debe estar expuesto a responder a título de homicidio por esa falta?

La pregunta no es en absoluto trivial, como lo refleja el tratamiento que ha recibido en la experiencia comparada.

El caso más célebre de tal tipo de imputación se produjo en el *juicio a los juristas*, uno de los varios “juicios posteriores” que tuvieron lugar en Núremberg,⁷ que terminó con diez condenas a penas privativas de libertad, cuatro de ellas a presidio perpetuo, impuestas a jueces alemanes –entre otros funcionarios de la justicia– no por simple prevaricación, sino derechamente por genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, perpetrados de una forma que la acusación llamó *judicial murder*.⁸ La fundamentación del fallo dictado por el Tribunal Militar de los Estados Unidos da cuenta, sin embargo, del carácter excepcional de esta imputación desde la perspectiva de la doctrina jurídica norteamericana, que reconocía a los jueces, en aras de la independencia judicial, una amplia inmunidad en el ejercicio de sus funciones judiciales, de modo que la única imputación que cabría hacerles a los que en un estado democrático incurriesen en conductas como las de los jueces nacionalsocialistas sería la de prevaricación.⁹ De hecho, la literatura jurídica norteamericana contemporánea reporta que las condenas a jueces por delitos cometidos a través del ejercicio de sus funciones, aparte de extraordinariamente escasas,¹⁰ únicamente consisten en la imputación de prevaricación (*malfeasance*), con sanciones muy leves; nunca en la imputación de secuestros u homicidios.¹¹ Para esta tradición, en síntesis, la imputación de homicidios o secuestros solo se ha planteado en situaciones completamente extraordinarias, como la de la justicia nacionalsocialista, en que el juez y el proceso no pueden reconocerse

⁶ Por sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, véase nota 38, p. 1961

⁷ *U.S. vs. Altstötter et al., Case 3*, diciembre de 1947.

⁸ REICHER (2013), p. 153. Para más detalles, véase COUSO (2021), pp. 497-498.

⁹ “Under any civilized judicial system he could have been impeached and removed from office or convicted of malfeasance in office”, *U.S. v. Altstötter et al., Case 3*, diciembre de 1947, 1156, refiriéndose a Oswald Rothaug, el expresidente del Tribunal Especial de Núremberg que emitió la tristemente célebre condena a muerte contra Leo Katzenberger por *ofensas a la raza*.

¹⁰ HALEY (2006), p. 287.

¹¹ GRAVER (2015), p. 121. Véase, también, COUSO (2021), p. 498.

como tales, adoleciendo de vicios graves desde el punto de vista de la legalidad y las reglas de justicia mínimas de todo procedimiento.¹²

Por su parte, tratándose de los procedimientos llevados ante tribunales de la RFA, el punto de partida también se encuentra en una fuerte restricción a la responsabilidad judicial, impuesta por el Tribunal Supremo Federal (*BGH*), a través de la combinación de, por una parte, su doctrina de la *Sperrwirkung*, que exige, como una “barrera” a sortear, para que el funcionario judicial acusado responda por un delito de privación de libertad ilegal o de homicidio ejecutado a través del ejercicio de funciones judiciales, el establecimiento simultáneo de su responsabilidad por el delito de prevaricación, doctrina que se remonta a Radbruch,¹³ y, por otra parte, la interpretación del delito de prevaricación como un tipo penal que exige dolo directo.¹⁴ Esas restricciones, además de la actitud renuente de la justicia alemana de la postguerra a perseguir responsabilidad por los crímenes nacionalsocialistas, se tradujeron en que ninguno de los procesos abiertos contra jueces, tras los juicios de Núremberg, terminase con condena.¹⁵ En cambio, y revelando una disposición política muy diferente frente a los excesos cometidos por los jueces de la ex-RDA, la justicia de la RFA, después de la reunificación, en varios casos los castigó por privación de libertad ilegal, homicidio o asesinato, en concurso ideal con prevaricación.¹⁶ En todo caso, en un balance general de la situación del derecho alemán, si bien se advierte un espacio algo mayor que el que ofrece el derecho norteamericano para imputar a jueces homicidios y secuestros en casos ordinarios, incluso en un contexto de vigencia del Estado de derecho,¹⁷ la restrictiva doctrina aplicada por el *BGH* se traduce en que la imputación de tales crímenes a jueces sigue planteándose como una alternativa excepcional.

1.2. Barrera de antijuridicidad para la imputación de *judicial murder*¹⁸

Un examen más detenido de las doctrinas desarrolladas, respectivamente, por la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Supremo Federal alemán permite identificar las barreras que, desde el punto de vista de la antijuridicidad, debe sortear la imputación de homicidios y secuestros a jueces que a través del ejercicio de sus funciones contribuyeron a su perpetración. En términos generales, se trata de la exigencia de alguno de los siguientes defectos: (I) situaciones extraordinarias en las que cabe dudar de la presencia de un auténtico ejercicio de jurisdicción,¹⁹ o bien (II) graves vicios procesales o de derecho penal sustantivo ocurridos en el contexto de un ejercicio, en principio genuino, de jurisdicción. A continuación, se reseña cada una de esas dos alternativas.

¹² Así, la fundamentación de la condena en *U.S. v. Altstötter et al, Case 3*, December 4, 1947, 1024-1025.

¹³ RADBRUCH (1946), p. 105 y ss.

¹⁴ Ampliamente, VORMBAUM (1985), *passim*; véase también VORMBAUM (2009), p. 63 y ss., interpretando la situación como un verdadero “privilegio judicial”.

¹⁵ GRAVER (2015), p. 120 s.

¹⁶ *BGH*, 16.11.1995, 5 StR 747/94 - *BGHSt* 41, 317=NJW 1996, 857. Véase, también, COUSO (2021), p. 499.

¹⁷ Véase COUSO (2021), p. 500.

¹⁸ En adelante, para simplificar, cuando no sea necesario especificar el crimen en cuestión, se hará referencia simplemente al *judicial murder*, para aludir a estas consecuencias criminales imputables al comportamiento judicial.

¹⁹ Como fue el caso de consejos de guerra celebrados durante el dominio nacionalsocialista, con defectos procedimentales de tal envergadura que califican como juicios simulados; véase SPENDEL (2006), § 339 nm 131; WASSERMAN (1992), p. 645.

1.2.1 Falta de jurisdicción y juicios ficticios

Como se ha señalado, el estricto apego de la doctrina jurídica norteamericana al principio de inmunidad judicial cede solo en casos en los que un juez en realidad actuó derechamente fuera del rol judicial o sin siquiera contar con jurisdicción sobre el caso.²⁰ Esa excepción parece estar en la base de la decisión del Tribunal Militar de los Estados Unidos que condenó a los acusados en el juicio a los juristas, indicando que la inmunidad judicial consiste en un privilegio que la cuasi-justicia nacionalsocialista no podría reclamar, pues:

“la función de los tribunales nacionalsocialistas era judicial solo en un sentido acotado. Ellos aparecían más propiamente como tribunales administrativos actuando bajo directivas impartidas desde arriba, de un modo cuasi-judicial”.²¹

En Alemania, por su parte, esta especie de defecto se presentaría cuando se está en presencia, no ya de sentencias meramente inválidas, sino derechamente de órdenes de ejecutar a la víctima que ni siquiera formalmente llegan a constituir sentencias (“no-sentencias”: *Nichturteile*), o en presencia de juicios simulados o “ficticios” (*Scheinverfahren*), hipótesis en las cuales ya no regiría la doctrina de la *Sperrwirkung*, de manera que no sería necesario que el juez al que se condena por homicidio o secuestro sea además responsable de prevaricación.²² En esos casos, el juez ya no actúa como tal, o el proceso no califica como proceso judicial, y la decisión no puede ser vista como decisión judicial; algo que es predicable de ciertos graves vicios de los consejos de guerra que tuvieron lugar en Alemania y en los territorios ocupados, hacia el final de la II Guerra Mundial: integración del consejo de guerra con testigos como jueces auxiliares; redacción de la sentencia y preparación de la cuerda para colgar al ejecutado por orden del presidente del tribunal y antes de que tenga lugar la audiencia de juicio; falta de designación de defensor; entre otras graves faltas procesales que hacen justamente calificar el proceso como un juicio aparente o simulado.²³

1.2.2. Graves vicios jurídicos procesales o sustantivos

Como se ha expuesto, para la doctrina jurídica norteamericana- la inmunidad judicial se pierde solo en casos de ausencia de jurisdicción, que es precisamente lo que se afirmó respecto de los jueces condenados en Núremberg por *judicial murder*. La doctrina alemana, en cambio, como también se señaló, permite sancionar a jueces por homicidios y secuestros perpetrados en el ejercicio de la función judicial, incluso fuera de aquellas hipótesis extremas de juicios ficticios o de ejecuciones ordenadas sin sentencia. En efecto, aun tratándose de un ejercicio genuino de la jurisdicción a través de decisiones que formalmente cumplan con las exigencia de una resolución judicial, la jurisprudencia alemana ha aceptado la imputación de homicidios y secuestros, de conformidad con la doctrina de la *Sperrwirkung*, cuando se han visto adicionalmente satisfechas las exigencias típicas de la prevaricación; por ejemplo, a través de una conducta dolosa de infracción de las reglas probatorias, subsunción contraria a

²⁰ MILLER (2004), p. 164.

²¹ *U.S. v. Altstötter et al, Case 3*, diciembre de 1947, 1024-1025. Traducción propia.

²² WASSERMAN (1992), p. 645.

²³ SPENDEL (2006), § 339 nm 131.

derecho, consideración de circunstancias modificatorias que no corresponde considerar, determinación de la pena contra ley expresa, infracción de garantías del debido proceso, etc.²⁴ Con todo, la gravedad de los vicios procesales o de derecho sustantivo recién aludidos queda determinada en un umbral especialmente alto por la doctrina del BGH, que solo ha admitido la imputación en casos en las cuales “la antijuridicidad de la decisión era tan patente y en los que se lesionó derechos ajenos, principalmente derechos humanos, de un modo tan gravitante, que la decisión se presenta como un acto de arbitrariedad”.²⁵

1.3. Comportamientos constitutivos de intervención en homicidios o secuestros

Acreditada la existencia de un defecto en el comportamiento de un funcionario judicial que supere la barrera de antijuridicidad requerida, se abriría la puerta para considerar su intervención en homicidios y secuestros. Pero, concretamente, ¿qué acciones u omisiones de un juez pueden considerarse típicas de autoría o participación en estos delitos?

Tratándose de juicios ficticios, la conducta de la autoridad judicial que participa en un montaje para dar apariencia de acto jurisdiccional a una ejecución sumaria puede constituir una hipótesis de coautoría, si su intervención, de común acuerdo con los ejecutores directos, alcanza el nivel de relevancia exigido por esa forma de intervención, sea que se la defina en términos de un codominio del hecho o de una configuración en una medida equivalente a la de aquellos. También podría, dependiendo de la relación existente entre quien de forma ficticia actúa como autoridad judicial y quienes ejecutan a la víctima, constituir una hipótesis de inducción o de autoría mediata; siendo también posible una complicidad o, como última alternativa, una conducta de encubrimiento, si su papel en el montaje es decidido después de la ejecución del homicidio.

Por su parte, en casos de genuino —aunque viciado— ejercicio de jurisdicción, la conducta típica de homicidio o de secuestro adquiere diversas formas. Así, en los juicios seguidos después de la reunificación alemana, en contra de funcionarios de la justicia de la ex-RDA, se castigó fundamentalmente por: (I) la persecución penal que los jueces ejercieron a través de condenas a penas de muerte y de privación de libertad, así como por sus órdenes de detención y medidas cautelares de prisión preventiva; y (II) la persecución penal que los fiscales ejercieron a través de la solicitud de medidas cautelares y de su intervención como acusadores en el juicio, incluida la solicitud de una determinada pena, así como por su comportamiento omisivo consistente en no haber hecho abandono de la acción penal²⁶.

En cambio, pese a que en Alemania es pacífico que se puede imputar responsabilidad penal por omisión en relación con la prevaricación,²⁷ en los juicios contra la justicia de la ex-RDA, como se verá, no se imputó responsabilidad por homicidio o privación de libertad por omisión, fundada en la infracción de un deber de evitar su perpetración. Dicha constelación

²⁴ SPENDEL (2006), § 339 nm 55-65.

²⁵ BGH 13.12.1993, Az. 5 StR 747/94.

²⁶ MARXEN y WERLE (2007), vol. 5/1, p. XXXIII. También se imputó a fiscales, si bien de forma mucho más acotada, por no ejercer persecución penal ante denuncias de fraude electoral, para así favorecer al régimen; MARXEN y WERLE (2007), vol. 5/1, p. XXXV.

²⁷ KINDHÄUSER (2013), § 339 nm 6.

fáctica, en cambio, parece haber sido relevante en la condena impuesta a los jueces mendocinos en el contexto de la *Megacausa*, pese a que se evitó hablar derechamente de comisión por omisión.²⁸

En relación con los modos de intervención punibles, en estas hipótesis de genuino ejercicio de jurisdicción, de nuevo volviendo a la doctrina seguida por los tribunales alemanes, la calificación de la intervención de jueces (y fiscales) en los delitos de homicidio o privación de libertad ilegal que se perpetraron en cumplimiento de un ejercicio antijurídico de la función judicial (o de las facultades de persecución penal), en Alemania se admite la posibilidad de imputar autoría mediata por utilización de un instrumento inculpable;²⁹ en cambio, respecto de la prevaricación, se trata de autoría inmediata o directa.³⁰ También se acepta la imputación de prevaricación en coautoría, de los miembros de tribunales colegiados, circunscrita a aquellos que concurrieron con su voto favorable a sostener la sentencia.³¹

2. Inmunidad judicial y *judicial murder* en el derecho y la justicia chilena

En el caso chileno, como se ha señalado, la posible responsabilidad de los jueces por los crímenes de la dictadura prácticamente no ha sido abordada,³² quedando abierta la pregunta de si gozan o no de cierta inmunidad frente a las consecuencias –muerte, secuestro, privación de libertad ilegal– de su desempeño viciado de la jurisdicción, a lo menos en el sentido de que el estándar para responder por ellas, en términos de la gravedad del vicio de que adoleció el ejercicio de la jurisdicción, deba ser especialmente elevado. Como muestra de ello, es interesante atender a dos antecedentes, que si bien son de muy diversa naturaleza –una norma legal, por una parte, y una decisión de la Corte Suprema, por la otra–, aun así, dan cuenta de criterios relativamente opuestos en relación con más o menos la misma cuestión: si acaso los jueces deben responder o no por aquellas consecuencias criminales de sus decisiones o si deben gozar de cierta inmunidad a su respecto.

El primer antecedente es la regla establecida en el Art. 324 del Código Orgánico de Tribunales, que exime a los jueces de la Corte Suprema de responsabilidad criminal por el delito de prevaricación, cuando sea perpetrado a través de “la falta de observancia de las

²⁸ Véase COUSO (2021), p. 503 y ss.

²⁹ SPENDEL (2006), § 339 nm 128, asumiendo la falta de culpabilidad de los funcionarios que ejecutan la sentencia, sin explicarla; también podría plantearse autoría mediata del juez por utilización de un instrumento que actúa justificado –algo más plausible, fuera de situaciones de *injusto sistémico*– en la medida que el juez sea responsable de la situación que justifica, respecto del funcionario que de forma directa ejecuta la pena (por ejemplo, los funcionarios de prisiones que conducen al condenado, privado de libertad, al establecimiento en que será encerrado), una intervención en el ejercicio del cargo; véase JAKOBS (1995), Apartado 21 nm 86 y ss.

³⁰ SPENDEL (2006), § 339 nm 128.

³¹ SPENDEL (2006), § 339 nm 116; en cambio, KINDHÄUSER (2013), § 339 nm 14, considera dudoso que, frente a una decisión completamente prevaricadora, el juez disidente que con su firma permite que el fallo se configure como tal, quede libre de la imputación de prevaricación. La posibilidad de coautoría entre varios *intranei* en delitos de infracción de deber, como la prevaricación, también es admitida en Chile, entre otros, por CURY (2005), p. 620.

³² Véase COUSO (2021), p. 496, notas 23 y 24.

leyes que reglan el procedimiento” o de “la denegación [...] [o] la torcida administración de justicia”. Más allá de lo acotado de la disposición, pues beneficia únicamente a los jueces de la Corte Suprema y se refiere solo a las hipótesis de prevaricación ahí señaladas –no a todas, y tampoco a los homicidios o secuestros perpetrados a través del ejercicio de funciones judiciales–, en la práctica, si su aplicación viniese unida a alguna variante de la doctrina alemana de la *Sperrwirkung*, podría convertirse en un obstáculo para el enjuiciamiento de los jueces de ese tribunal en relación con las dos constelaciones fácticas más relevantes de desempeño judicial funcional a los crímenes de la dictadura: (I) la decisión que adoptaron, tras el golpe militar,³³ de no ejercer jurisdicción en contra de las decisiones criminales de los consejos de guerra que estaban imponiendo condenas a muerte o privación de libertad antijurídicas, si aquella decisión se considerase también antijurídica,³⁴ y (II) la confirmación sistemática, por parte de la propia Corte Suprema, de las decisiones de cortes de apelaciones que rechazaron recursos de amparo de detenidos que más tarde resultaron ejecutados o desaparecidos.

El segundo antecedente, que da cuenta de un criterio muy diferente respecto de la cuestión de la inmunidad judicial, está constituido por la sentencia de extradición pasiva dictada por el ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo,³⁵ más tarde ratificada en forma unánime por la Segunda Sala del mismo tribunal,³⁶ en contra del exjuez argentino, Otilio Romano, imputado en Argentina en la así denominada *Megacausa*, quien se encontraba entonces prófugo en Chile. Este proceso judicial, en el que el fiscal de la causa, Dante Vega, defendió la hipótesis de “la complicidad del aparato judicial con el terrorismo de Estado”,³⁷ concluyó algunos años después con la condena a prisión perpetua del exjuez Romano y otros tres exfuncionarios judiciales mendocinos.³⁸

Para el derecho chileno es relevante tener en cuenta que esta sentencia de la Corte Suprema concedió la extradición del exjuez Romano por los delitos de allanamiento ilegal, torturas, privación ilegítima de libertad, privación ilegítima de libertad de personas que continúan desaparecidas y prevaricación, y que, habiendo constatado que respecto de todas esas imputaciones se veían satisfechas, en el comportamiento del exjuez Romano, las exigencias de *doble punibilidad* de las conductas, tanto bajo el derecho penal argentino como bajo el

³³ Por sentencias de 13 de noviembre de 1973 y 21 de agosto de 1974, entre otras, citadas en Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (1991), Volumen I, Tomo 1, p. 85.

³⁴ Esta fue una alternativa considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en *Maldonado Vargas y otros vs. Chile*; sin embargo, y si bien la Corte IDH condenó al Estado de Chile por la omisión de revisar las condenas de los consejos de guerra, no consideró necesario pronunciarse acerca de si la Corte Suprema contaba con jurisdicción sobre ellos, bastándole con la constatación de que las víctimas de las decisiones de esos consejos de guerra no contaron con un recurso efectivo para requerir su revisión y, en su caso, anulación, sea que la competencia haya estado radicada o no en la Corte Suprema. Véase Sentencia de la Corte IDH, de 2 de septiembre de 2015, en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile”, considerandos 130 y 131.

³⁵ Sentencia de Extradición dictada por el ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, rol: 4281-2013, 18 de junio de 2013.

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol: 4281-2013, 21 de agosto de 2013.

³⁷ Véase el reportaje periodístico de DANDÁN (2014), “Comienza el juicio a los jueces”.

³⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, en autos N° 076-M, 20 de septiembre de 2017, ratificada por Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en causa FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1, 7 de septiembre de 2019.

chileno, la Corte Suprema chilena suscribió en parte la tesis propuesta por el informe de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema chilena, de que un funcionario judicial, sea como fiscal o como juez (Romano había ejercido ambas funciones en el período relevante), es directamente imputable por aquellos delitos, cometidos a través de “omisiones sistemáticas y prolongadas en el tiempo”, lo que configuraría en principio una hipótesis de complicidad – a título de “cooperador necesario”– pero incluso podría llegar a constituir un caso de autoría (advirtiendo que ello queda entregado al tribunal que dicte la sentencia definitiva), fundada en la infracción del deber de instruir sumario, examinar sin demora la denuncia, recoger las pruebas y establecer diligencias necesarias para la aprehensión de los delincuentes.³⁹

Con ello, la sentencia de extradición descartó una alegación de la defensa de Romano que prácticamente suponía invocar una especie de inmunidad judicial frente a las consecuencias de la prevaricación (tortura, privación de libertad ilegal, desaparición). Esa alegación sostenía que no cabe imputar objetivamente torturas y secuestros al juez que incurre en incumplimiento del deber de proceder a la persecución y aprehensión de los delincuentes, del art. 274 del Código Penal argentino (una especie de prevaricación omisiva, cercana a la de los numerales 3° o 4° de los arts. 224 y 225 del Código Penal chileno), pues la finalidad de esta norma sería precisamente la de asegurar la persecución de los delitos, y no la de impedir que se cometan torturas y secuestros, y que, además, entre unos y otros tipos se presentaría un concurso aparente de leyes penales que debía resolverse a favor de la norma especial para los jueces, la del art. 274 del Código Penal. La sentencia de extradición descartó esas alegaciones sosteniendo que la lesividad de la conducta del juez Romano (aludida en la sentencia en términos del *bien jurídico* protegido) no está referida a la imposibilidad de perseguir penalmente a los ejecutores directos, sino

“a precisar si se colaboró, cooperó, ayudó o contribuyó, real o psicológicamente, a la perpetración de esos ilícitos [torturas, secuestros], otorgando confianza, asegurando impunidad, permitiendo continuar con el accionar delictivo, dejando la ‘puerta abierta’ a sus autores mediante la omisión de la investigación de los mismos [...] desde un punto de vista inverso, ‘cerrando la puerta’ de la justicia a las víctimas, obstaculizando eficientemente que el estado pudiera impedir, restringir, interrumpir o, por último, disminuir la ejecución de las conductas ilícitas, al tener conocimiento los autores que su conducta sería investigada y eventualmente sancionada”.⁴⁰

Como puede apreciarse, la doctrina aplicada por la Corte Suprema chilena en esta decisión refleja una aproximación a la cuestión de la inmunidad judicial muy diferente de la que inspira el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales. Con todo, estrictamente examinada, esta regla de inmunidad no se opone a la doctrina aplicada por la Corte Suprema en el caso Romano, teniendo en cuenta el acotado ámbito de aplicación personal de dicha disposición y la circunstancia de que, sin reconocimiento de una doctrina como la de la *Sperrwirkung* alemana, su ámbito de aplicación material se circunscribe a la prevaricación, y no a los homicidios, secuestros, privaciones de libertad ilegal o torturas. Ello alimenta la

³⁹ Sentencia de Extradición, véase nota 35, considerando vigésimo primero, letra D, y vigésimo séptimo, VIII, letra E.

⁴⁰ Sentencia de extradición citada en nota al pie N° 35, considerando vigésimo séptimo, VIII, letra E.

conclusión preliminar de que los jueces no gozan en Chile de inmunidad frente a la imputación de este tipo de delitos por la circunstancia de que los hayan perpetrado en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, la protección de la independencia judicial parece exigir cierta cautela a la hora de afirmar responsabilidad de los jueces por delitos tan graves, perpetrados directamente por terceros. Por ello, en línea con los desarrollos aludidos de la experiencia comparada más relevante, parece razonable la exigencia, en sede de antijuridicidad de la conducta, de un determinado nivel de gravedad en el vicio de ilegalidad en que haya incurrido la concreta decisión judicial, nivel que, por ejemplo, no se alcanzaría en caso de una mera “negligencia o ignorancia inexcusable [del derecho]”, suficiente para responder por ciertas hipótesis de prevaricación de los arts. 224 y 225 del Código Penal, pero no, si se acepta esta opinión, para hacerlo a título de homicidios, asesinatos y privaciones de libertad ilegal. La justificación dogmática de esta exigencia, y su determinación más precisa, en el derecho chileno, es una tarea pendiente. Por ahora, puede bastar con advertir que conformarse con una prevaricación culposa, como vicio de antijuridicidad suficiente para servir de base para imputar a jueces chilenos *judicial murder* –o privaciones de libertad ilegales, secuestros y torturas, en el ejercicio de sus funciones judiciales– estaría demasiado lejos de la exigencia planteada por aquellas otras jurisdicciones en que se ha dado lugar a este tipo de imputación. En todo caso, la aplicación en Chile de una exigencia cualificada, de la especie de la que en Alemania plantea la doctrina del *BGH* –que los derechos de las personas aparezcan lesionados de un modo “tan gravitante, que la decisión se presenta como un acto de arbitrariedad”–, no plantearía problemas para afirmar responsabilidad penal por *judicial murder* en las constelaciones fácticas más relevantes ocurridas en la dictadura.

3. ¿Barreras de antijuridicidad para la responsabilidad por *judicial murder* en Chile?

3.1. Juicios simulados

Probablemente la hipótesis más característica de perversión de la función judicial, asociada a la perpetración de homicidios en el contexto de un ejercicio solo aparente de tales funciones, es la de los juicios simulados. Si bien este tipo de defecto es difícil de detectar a partir de una simple revisión de las sentencias de los consejos de guerra, que en general aparecen como dictadas conforme a la legalidad vigente en la época, es posible identificar un grupo de casos, especialmente graves, en los cuales el proceso y su sentencia se apartan de una manera tan aberrante de la legalidad que difícilmente pueden ser considerados como tales. Así ocurre, por ejemplo, cuando la sentencia es acordada con posterioridad a la ejecución de la víctima, o en casos en que el fallo no es el resultado de un verdadero juicio o proceso de deliberación del tribunal, sino que un mero acto de aprobación o ratificación de la ejecución por medio de un dictamen del fiscal militar. Si bien se trata de dos fenómenos distintos, en ambos casos se privó a la víctima de todo juicio, siendo la sentencia una mera ficción o pantalla de una legalidad que nunca existió en los hechos.⁴¹

⁴¹ Lo anterior ya fue resaltado por la Comisión de Verdad y Reconciliación, que sostiene que es posible presumir que varias de las condenas a muerte atribuidas a consejos de guerra en realidad se refieren a procesos que nunca tuvieron lugar. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), Tomo I, Volumen 1, p. 83.

Un ejemplo de esa hipótesis, reportado por el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, se refiere a la ejecución de cinco detenidos en la localidad nortina de Pisagua, supuestamente condenados por un consejo de guerra del que no hay registro alguno, salvo por la vaga referencia hecha en el Bando N° 82, del 11 de octubre de 1973, en el que simplemente se informa que los detenidos:

"fueron condenados por estar confesos y ser autores de los delitos de traición a la patria y espionaje contemplados en los artículos 252 y 254 del Código de Justicia Militar; además por infracción a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 12.927, de Seguridad del Estado, al participar activamente en planes subversivos y de infiltración en las Fuerzas Armadas, cumpliendo misiones que les fueron asignadas".

La Comisión señala que, según el testimonio de varios detenidos en ese campo, nunca se dio a conocer a los condenados la constitución de un consejo de guerra, y menos aún se les designó defensores.⁴²

Otro caso similar ocurrió respecto de dos carabineros de la Comisaría de Algarrobo, supuestamente condenados por el Consejo de Guerra de Tejas Verdes a la pena máxima, y que fueron ejecutados el día siguiente a su detención, sin que haya registro de la constitución ni funcionamiento de dicho consejo, ni de los antecedentes en que se habría basado la condena.⁴³

También parece revestir las características de un juicio simulado el consejo de guerra al que fueron sometidas seis personas detenidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros en el predio conocido como "Fundo El Toro", en la comuna de Fresia. El predio, que había sido objeto de una toma durante el gobierno de la Unidad Popular y a la fecha del golpe militar se encontraba en proceso de expropiación por la Corporación de la Reforma Agraria, sirvió de lugar refugio de militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionaria a partir del 15 de septiembre de 1973. Cinco días después, el 20 de septiembre, fue allanado por cerca de 200 efectivos del Ejército, la Fuerza Aérea, Carabineros y civiles armados, quienes aprehendieron a las personas ahí asentadas, las interrogaron bajo tortura y las pusieron a disposición de la Fiscalía Militar de tiempos de guerra de Puerto Montt.⁴⁴ Semanas después, un consejo de guerra condenó a los procesados a la pena de muerte por la responsabilidad que les cabía como autores del delito de traición y de infracciones a la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas.⁴⁵ Sin embargo, según lo declarado posteriormente por testigos y por el abogado defensor, la orden de disponer personal para la ejecución de las víctimas fue impartida antes de que el consejo de guerra se realizara, existiendo, según el abogado defensor "una preconcebida determinación de aparentar un proceso formal, sin otorgar a los procesados una efectiva y real oportunidad de defensa, no obstante la gravedad de las penas propuestas", testimonios que en años recientes fueron validados por las

⁴² COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), Tomo I, Volumen 1, pp. 75-76.

⁴³ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), Tomo I, Volumen 1, p. 84.

⁴⁴ Véase el reportaje periodístico de EL DESCONCIERTO (2016).

⁴⁵ Consejo de Guerra de Puerto Montt, rol: 11-73, 17 de octubre de 1973.

resoluciones del ministro Álvaro Mesa Latorre, que sometieron a proceso, primero, y acusaron, después, a los dos integrantes del consejo de guerra que aún se encontraban vivos a la época, por seis delitos de homicidio calificado.⁴⁶

Como se puede advertir del examen de estos vicios de los consejos de guerra celebrados durante la dictadura,⁴⁷ se trata de defectos estructurales y generalizados en la impartición de justicia.⁴⁸ Tal como ya se señaló, estos vicios, que afectan la validez de los fallos, y permiten afirmar la antijuricidad de la conducta, son un primer filtro de relevancia de la conducta judicial específica, antes de examinar la forma en que dicho comportamiento configura una intervención punible en los delitos específicos de homicidio, secuestro o privación de libertad ilegal. Con todo, tratándose de una grosera simulación *ex post* de un consejo de guerra que nunca tuvo lugar, no parece tener sentido plantear la necesidad de un especial examen de antijuricidad: ahí derechamente no habrá ejercicio de funciones judiciales, ni siquiera formalmente, y la imputación —salvo para quienes recién después de la ejecución del crimen son llamados a participar de la simulación, en calidad de encubridores— deberá tendrá lugar de formas que en el contexto de las violaciones a los derechos humanos son ya más conocidas, como la coautoría, la autoría mediata, la complicidad (en estos tres casos, asumiendo que los ejecutores directos contaban con una contribución posterior de quienes darían apariencia judicial a la ejecución), la responsabilidad del superior que omite impedir los delitos, entre otras, considerando, en su caso, las exigencias comunes de causalidad e imputación objetiva y subjetiva.⁴⁹ Así parece entenderlo la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia pronunciada en agosto de 2020, en la que, tras descartar la alegación de la defensa de los imputados en el sentido de que las ejecuciones fueron practicadas en cumplimiento de una sentencia de un consejo de guerra, condena a sus supuestos integrantes —junto a los ejecutores directos— por homicidio calificado de las víctimas, sosteniendo que

“sólo cabe considerar las muertes de las víctimas ya señaladas, como un homicidio en los términos previstos en el artículo 391 N° 5 [sic] del Código Penal, pues no cabe sino concluir que la decisión de ordenar el fusilamiento de cada uno de ellos, creando la apariencia de la ejecución de una resolución judicial proveniente de un supuesto Consejo

⁴⁶ Resolución del 26 de septiembre del 2019 y resolución de 10 de febrero de 2021, ambas del ministro en Visita Extraordinaria, Álvaro Mesa, rol: 10.819, considerando 1º, letra G.

⁴⁷ Otras causas en las que no existió proceso o solo una apariencia de tal son el Consejo de Guerra Tejas Verdes, rol: 5-73, 1 de diciembre de 1973, y el Consejo de Guerra de Guerra de Tejas Verdes, rol: 10-73, 24 de noviembre de 1973, en los que el “fallo” del Consejo de Guerra es una mera ratificación formal del dictamen del Fiscal Instructor.

⁴⁸ Fuera de los defectos examinados, fue común que las decisiones incumplieran gravemente los requisitos mínimos de toda sentencia. Véase, por ejemplo, Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 29 de septiembre de 1973, en que se condena a Luis Jesús Aguirre Smith a 10 años de presidio, sin que se consignen los hechos que configurarían estos delitos; de manera similar, el Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 8 de octubre de 1973, y el Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 29 de septiembre de 1973, que condenan, respectivamente, a Manuel Gallardo Gallardo a dos penas de 10 años de presidio y a Víctor Armando Olmedo Capdebon a una pena de 10 y a una de 5 años de presidio, sin consignarse en absoluto, en las sentencias, los hechos imputados. Las causas del Consejo de Guerra de Calama, rol: 6-73, 26 de septiembre de 1973, del Consejo de Guerra de Calama, rol: 35-73, 8 de octubre de 1973, y del Consejo de Guerra de Tejas Verdes, rol: 311-73, 10 de diciembre de 1973, muestran vicios similares, omitiéndose consignar los hechos que configuran los delitos por los cuales se condena a los procesados.

⁴⁹ Para una panorámica de los criterios de imputación relevantes, en perspectiva comparada, véanse las diversas contribuciones recogidas en COUSO y WERLE (2015), *passim*.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

de Guerra, revela la existencia de un plan previamente concebido para proceder a dar muerte a personas que estaban siendo sometidas a un procedimiento judicial regular, seguido ante una Fiscalía”⁵⁰.

3.2. Graves vicios procesales o de derecho sustantivo en hipótesis de genuino ejercicio de la jurisdicción

3.2.1. Torcida aplicación del derecho

Como se señaló más arriba, en Chile no se ha planteado una exigencia similar a la de la doctrina alemana de la *Sperrwirkung*, que exija un acto cualificado de prevaricación, como barrera a sortear para poder imputar a jueces homicidios o secuestros cometidos en el ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, en este trabajo se parte de la base de que es razonable exigir un cierto nivel de gravedad en el vicio de ilegalidad en que haya incurrido la concreta decisión judicial. Ese nivel podría alcanzarse si en la conducta judicial se advierte una torcida aplicación del derecho, como hipótesis dolosa de prevaricación judicial.

Al examinar la evidencia disponible, tratándose del actuar de los consejos de guerra durante la dictadura militar, no es infrecuente encontrar una torcida aplicación del Derecho que alcance dicho nivel de gravedad.

Así, en primer lugar, es posible encontrar casos de aplicación retroactiva de normas propias del estado de guerra –declarado tras el golpe militar– a hechos ocurridos antes del 11 de septiembre de 1973, o la infracción de reglas sobre concursos de delitos que, además de provocar una infracción al principio *non bis in idem*, se tradujo en un aumento considerable de las penas. También es posible encontrar sentencias en que se realizan imputaciones típicas de manera torcida, en clara ausencia de los requisitos más básicos.⁵¹

Un ejemplo de este tipo de vicios se encuentra en el ya mencionado caso del “Fundo El Toro”. Prescindiendo para estos efectos de posible su carácter de “juicio simulado”, la sentencia del consejo de guerra incurrió en una infracción flagrante del principio de irretroactividad, contemplado en el artículo 11 de la Constitución vigente. En efecto, para imponer la pena de muerte, el consejo de guerra se vio en la necesidad de aplicar dos disposiciones del Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973. La primera de esas disposiciones es la que estableció que el estado de sitio decretado el 11 de septiembre de ese año “debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los demás efectos de dicha legislación”, condición fundamental para la aplicación del tipo penal de traición, del artículo 248, N° 2, del Código de Justicia Militar.⁵² La segunda disposición es la que aumentó las penas para las infracciones de la Ley de Control de Armas, incluyendo entre ellas la pena

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 2070-2018, 6 de agosto de 2020, considerando sexto.

⁵¹ Algunos de estos vicios ya han sido advertidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación que denunció en su informe diversas infracciones legales cometidas por los consejos de guerra; véase COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), Volumen I, Tomo 1, p. 83.

⁵² Que requería que el país se encontrase en tiempos de guerra y que se perjudicase a las tropas chilenas para buscar favorecer al enemigo.

de muerte. Pero ninguna de esas disposiciones podía aplicarse a los hechos enjuiciados, que habrían sido perpetrados el 15 de septiembre de 1973, extendiéndose a lo más hasta el día de la detención de los imputados, el 20 de septiembre, en circunstancias de que el Decreto Ley N° 5 fue publicado el 22 de septiembre de ese año, entrando recién entonces en vigor. Este vicio también es identificado por las ya citadas resoluciones del ministro en visita, Álvaro Mesa, que dan cuenta, además, de que le fue representado a los miembros del consejo de guerra, tanto por la defensa de los detenidos como por el auditor militar, Carlos Ebersperger, advertencias que fueron ignoradas por ellos —y el auditor resultó exonerado, por cargos de “traición a la patria, ineptitud profesional y falta de coraje militar”—.⁵³

Otra sentencia que incurre en algunos de los vicios señalados es la que enjuicia a un individuo que el 11 de septiembre de 1973 habría recibido de otra persona dos granadas de mano, que luego procedió a ocultar. El consejo de guerra condenó al inculpado a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor de los delitos del artículo 6, letra a), de la Ley de Seguridad del Estado y del artículo 10 de la Ley de Control de Armas.⁵⁴ Si bien los hechos imputados efectivamente configuran este último delito —bajo la modalidad de “almacenar” armas o explosivos—, sancionado en ese entonces con la pena de relegación menor en sus grados mínimo a medio,⁵⁵ la aplicación del primero, que castiga a quienes “provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública”, resulta completamente arbitraria. Sin perjuicio de ello, y dado que este delito se castigaba entonces con la pena de presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados mínimo a medio, para llegar a la pena efectivamente impuesta el consejo de guerra debió infringir gravemente las reglas de determinación de la pena.⁵⁶

3.2.2. Imposición de condenas sin pruebas suficientes

Otro vicio grave identificado consiste en la imposición de condenas sin pruebas que sustenten los hechos imputados. Ello no solo tiene lugar cuando no existen pruebas en absoluto, sino también cuando la única prueba existente es la confesión del procesado, obtenida mediante tortura o sin cumplir con los requisitos legales mínimos para ser valorada por el tribunal. Este vicio fue apuntado por el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, denunciando que en una “proporción abrumadora” de los consejos de guerra que tuvieron lugar entre septiembre y diciembre de 1973 —el período más relevante— los interrogatorios fueron precedidos por tortura o diversas formas de amedrentamiento físico y psicológico.⁵⁷

La gravedad de este vicio queda de manifiesto en los pronunciamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), primero, y la Corte Suprema chilena, después, han emitido respecto de la nulidad de las sentencias de dichos consejos. En abril del 2003, 12 víctimas denunciaron haber sido detenidas, torturadas para obtener

⁵³ *Supra*, nota 46, considerandos 1º, letras I y K.

⁵⁴ Consejo de Guerra de Calama, s/rol, 13 de noviembre de 1973.

⁵⁵ En efecto, las penalidades del D.L. N° 5 no eran aplicables a este caso, puesto que este fue dictado el día 12 de septiembre, siendo por tanto posterior a los hechos.

⁵⁶ De manera similar, en otra causa, el mismo consejo de guerra realizó una aplicación retroactiva de normas penales y omitió aplicar las reglas concursales correspondientes, infringiendo los principios de irretroactividad de la ley penal y de *non bis in idem*; véase Consejo de Guerra de Calama, rol: 11-73, 3 de noviembre de 1973.

⁵⁷ COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RENCONCILIACIÓN (1991), Volumen I, Tomo 1, p. 103.

confesión, y condenadas a penas privativas de libertad e, incluso, en un caso, a una pena de muerte, por el consejo de guerra respectivo. Todos los procesados eran miembros de la FACH; algunos ejercieron cargos públicos en el Gobierno del presidente Allende, otros simplemente declararon su adhesión a dicho presidente, o manifestaron su oposición al golpe militar, o se relacionaron con personas calificadas como enemigos por la Junta Militar.⁵⁸ La Corte IDH, en sentencia de 2 de septiembre de 2015,⁵⁹ ordenó al Estado de Chile adoptar las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole, para que las personas condenadas por consejos de guerra durante la dictadura vieran revisadas y anuladas las sentencias condenatorias dictadas en procesos que pudieron haber tomado en cuenta pruebas o confesiones obtenidas bajo tortura, como fue el caso. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH, el Consejo de Defensa del Estado se dirigió al Fiscal Judicial de la Corte Suprema para interponer un recurso de revisión en contra de las sentencias condenatorias dictadas en la correspondiente causa, que fue acogido por sentencia de 3 de octubre de 2016,⁶⁰ que invalidó el fallo en cuestión y declaró la absolución de 84 personas condenadas en dicha causa, por haber sido probada satisfactoriamente su completa inocencia, toda vez que sus condenas se basaron en confesiones obtenidas bajo tortura. Más tarde, uno de los afectados presentó ante la Corte Suprema una solicitud para que se declare injustificadamente errónea la sentencia del tribunal militar en tiempos de guerra que lo condenó a muerte. Ello, como parte del trámite que requiere el artículo 19, N° 7, letra i), de la Constitución Política de la República, para obtener indemnización por error judicial. La solicitud fue acogida, declarándose la sentencia injustificadamente errónea o arbitraria puesto que, tal como se indicó en el fallo de revisión, una vez demostrado el método de tortura utilizado para obtener las confesiones del solicitante, estas no podían sustentar las condenas impuestas, señalando la Corte que: “la condena del actor fue consecuencia de una actuación de la judicatura militar carente de elementos de convicción que la fundamentaran racionalmente, por lo que no cabe sino concluir que tal decisión fue injustificadamente errónea, al ser consecuencia de una voluntad meramente potestativa”.⁶¹

De manera similar, en ausencia de prueba que acredite los hechos, diversos consejos de guerra imputaron delitos y sentenciaron a penas privativas de libertad a personas disidentes al régimen, sin que mediaran las mínimas garantías procesales, castigando en general supuestos actos subversivos que atentaban contra la seguridad interior del Estado.⁶²

3.2.3. Aplicación de penas en virtud de delitos de conciencia

⁵⁸ Véanse los detalles en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015, nota al pie 33.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015

⁶⁰ Corte Suprema, rol 27543-2016, 3 de octubre de 2016.

⁶¹ Corte Suprema, rol 11486-2017, 7 de noviembre de 2017, considerando 14°.

⁶² Véase Consejo de Guerra de San Felipe, rol: 38-73, 11 de diciembre de 1973; Consejo de Guerra de San Felipe, rol: 32-73, 30 de noviembre de 1973, en que se le imputa al procesado haber viajado a Rusia y Cuba, antes del 11 de septiembre de 1973, presumiblemente para recibir instrucción para subvertir el orden público, invocando delitos de la Ley de Seguridad Interior del Estado y la Ley de Control de Armas, sin que mediaran antecedentes serios de respaldo; también Consejo de Guerra de La Serena, rol: 159-73, 11 de junio de 1974, en el que se condena a los procesados por el delito del artículo 4, letra f, de la Ley de Seguridad Interior del Estado, en base a que los reos habrían propagado o fomentado doctrinas tendientes a destruir por la violencia el orden social, sin especificarse los hechos concretos imputados.

Otra hipótesis que cabría calificar de ejercicio viciado de la jurisdicción, si bien en un sentido diverso, es el de las condenas impuestas por delitos de conciencia. Se trata de delitos tipificados por normas establecidas por la dictadura, aplicados a conductas que efectivamente son subsumibles en los respectivos tipos, siendo entonces formalmente “legal” la aplicación del Derecho realizada por el tribunal, pero infringiendo principios elementales de justicia en los que debe enmarcarse el ejercicio del poder penal. Así ocurre, por ejemplo, con las condenas por los delitos señalados en el Decreto Ley N° 77, del 8 de octubre de 1973 —derogado el 14 de febrero de 1991, una vez restablecida la democracia—, que declaraba ilícitos y disolvía los partidos políticos que sostenían “doctrinas marxistas”, estableciendo varios tipos penales relacionados con la militancia en dichos partidos, así como con el hecho de reunirse y organizarse con el objetivo de propagar sus doctrinas. Dicho decreto ley contemplaba severas sanciones por el solo hecho de pertenecer a uno de los partidos señalados o de promover sus ideas. Como se puede apreciar, si bien la imposición de sanciones en virtud de estos delitos se realizó de manera legal, de acuerdo con el derecho vigente en la época, se trataba de normas manifiestamente injustas, que atentaban en contra los principios más básicos del derecho penal. La antijuridicidad de las condenas penales en virtud de este tipo de delitos requiere mayor fundamentación, a través de un análisis que no es posible efectuar aquí, pero puede postularse su plausibilidad, a lo menos en casos extremos —como los expuestos— de afectaciones desproporcionadas y no razonables a la libertad de conciencia, expresión y reunión.

Sentencias de ese tipo fueron dictadas, por ejemplo, por un consejo de guerra en Valparaíso, en que a uno de los procesados se imputó que, luego del 3 de octubre de 1974, había organizado en la clandestinidad al Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) con la finalidad de hacer oposición a la Junta de Gobierno, por medio de la difusión de propaganda con panfletos, rayados murales, etc. La sentencia del consejo de guerra estimó que los hechos descritos configuraban el delito del artículo 2° del Decreto Ley N° 77, de 1973, considerando que era un hecho público y notorio que el MIR era un movimiento que sustentaba la doctrina marxista y, como tal, para la ley se trataría de una asociación ilícita, condenando, en consecuencia, a trece de los procesados como autores, y a otros tres, como cómplices, e imponiéndoles penas de hasta 5 años y un día de presidio.⁶³

4. Ejercicio de funciones judiciales susceptibles de ser consideradas como una contribución activa al hecho punible

La presencia de un vicio en la impartición de justicia, fuera de dar lugar a una eventual responsabilidad a título de prevaricación, puede abrir la puerta a la consideración de la específica conducta judicial a título de homicidio, secuestro o privación de libertad ilegal, perpetrados de forma activa, en la medida que se cumplan las exigencias de causalidad e imputación objetiva y subjetiva, bajo las formas de intervención punibles que correspondan.

En el derecho comparado se ha afirmado la responsabilidad penal activa de funcionarios judiciales —jueces o fiscales— por la persecución penal ejercida a través de la imposición de

⁶³ Consejo de Guerra de Valparaíso, rol: 344-74, 4 de febrero de 1975.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

condenas a penas de muerte o privación de libertad, órdenes de detención y medidas cautelares que implican prisión.⁶⁴ Este tipo de responsabilidad es susceptible de ser afirmada especialmente en relación con comportamientos judiciales asociados a las así denominadas *represión legal* o *represión sumaria (cuasi-)judicial*, dos patrones en los que la conducta penalmente imputable son principalmente actos jurisdiccionales de esa especie.⁶⁵

En el caso chileno, esos patrones se advierten fácilmente en el papel desempeñado por la justicia militar, particularmente la de tiempos de guerra, en los meses inmediatamente posteriores al golpe militar.

En dicho contexto, de especial relevancia es el actuar de los miembros de los consejos de guerra, como se desprende del análisis efectuado en la sección anterior. Los consejos de guerra fueron establecidos una vez que, tras el golpe militar, el mismo 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno declarase el estado de sitio, aclarando, como ya se señaló, que con ello debía entenderse que el país se encontraba en “estado o tiempo de guerra”. A partir de entonces, dichos tribunales conocieron de todas las nuevas causas de competencia de la justicia militar, incluso por hechos perpetrados antes del 11 de septiembre, mientras que los tribunales militares de tiempos de paz solo continuaron conociendo las causas pendientes.

Adentrándose en los casos y hechos específicos que podrían fundar responsabilidad penal por los resultados desencadenados por el ejercicio de funciones judiciales, a partir de contribuciones activas, una vez más es ilustrativo el caso “Fundo el Toro”. En efecto, tras su detención, interrogatorio y sometimiento a torturas, las seis víctimas –junto a otros civiles– fueron puestas a disposición de la Fiscalía Militar de tiempos de guerra de Puerto Montt⁶⁶ y sometidas a un consejo de guerra que, incurriendo en los graves vicios reseñados más arriba, las condenó a la pena de muerte, sentencia que efectivamente se ejecutó el día 19 de octubre de 1973, a las 9:00 horas, en instalaciones de la Fuerza Aérea de Chile ubicadas en el sector de Chamiza de la ciudad de Puerto Montt, falleciendo en el lugar los seis condenados.

Así, las ya citadas resoluciones del ministro en visita, Álvaro Mesa, no dudan en concluir que cuando el consejo de guerra desestimó las alegaciones de la defensa y del auditor militar, “aprobando la pena de muerte para los acusados, sin hacer reparo alguno”, incurrió en un hecho que “solo cabe calificar [...] como homicidio”; más precisamente, homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, en su texto vigente a la época de los hechos investigados, considerándolo además como un delito de lesa humanidad.⁶⁷

⁶⁴ Véase MARXEN y WERLE (2007), vol. 5/1, p. XXXIII, en relación con el enjuiciamiento de funcionarios de justicia de la ex-RDA –por los tribunales de la ya reunificada RFA– a quienes se imputó, junto con prevaricación, delitos de homicidio y privación de libertad ilegal.

⁶⁵ Véase COUSO (2021), p. 493 y ss., echando mano de una categorización propuesta por BARROS (2008), p. 167 y ss.

⁶⁶ Véase nota 45.

⁶⁷ Véase nota 46, considerandos 1º, letras I y K.

Por lo que respecta a la justicia militar de tiempos de paz, los comportamientos potencialmente relevantes de miembros de estos tribunales se refieren al enjuiciamiento que ellos realizaron, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, respecto de hechos ocurridos antes de esa fecha, dado que, a partir de entonces, como ya se indicó, todas las nuevas causas sujetas a la jurisdicción del fuero militar fueron conocidas por consejos de guerra, como tribunales militares de tiempos de guerra. A partir del examen de una muestra de 21 casos que cumplen con esas condiciones,⁶⁸ en dos de ellos es posible advertir vicios que permitirían fundamentar responsabilidad penal de los miembros del tribunal por intervención activa en un delito de privación de libertad ilegal, a través de la imposición de una pena privativa de libertad antijurídica, sin perjuicio de su responsabilidad por prevaricación, configurando un caso paradigmático de la así llamada *represión legal*.

El primero de ellos se refiere a la condena de ocho pobladores de la localidad de Llanquihue, a la pena de cinco años y un día de presidio, por un ataque con piedras y golpes de puño a funcionarios de un cuartel de Carabineros en la localidad de Llanquihue, ocurrido en febrero de 1973, sin que en el proceso conste la existencia de medio de prueba alguno que acredite la participación de cuatro de los condenados.⁶⁹ La sentencia, en efecto, imputa el hecho genéricamente a una “turba”, “poblada” o “muchedumbre”, acredita la intervención en los hechos de únicamente cuatro personas, si bien sin especificar claramente sus conductas, y finalmente condena a ocho pobladores que habían sido detenidos el día de los hechos, cuatro de los cuales ni siquiera son reconocidos en el proceso como intervinientes.

El segundo caso se refiere a la condena de una persona imputada de efectuar disparos en una manifestación violenta, en agosto de 1972, en la que varias otras personas dispararon, y en cuyo contexto un funcionario de Carabineros resultó muerto precisamente de un disparo. La sentencia dictada seis años más tarde, durante la dictadura, condenó a esa persona a quince años de presidio, por los delitos de homicidio en riña, maltrato de obra a Carabineros y homicidio frustrado.⁷⁰ De conformidad con las penas señaladas por la ley a esos delitos, a la época de los hechos, la condena no podría haber excedido los cinco años de presidio, de haberse aplicado la regla del Art. 75 del Código Penal, para el concurso ideal, o los nueve años y seis meses, si —en una práctica que ya habría estado al filo de la legalidad— se hubiese ignorado el concurso ideal y acumulado materialmente el máximo de las penas aplicables a cada uno de ellos, en aplicación de la regla general del Art. 74. El exceso, hasta los quince años de privación de libertad, bien podría calificar como privación de libertad ilegal, si se tienen por cumplidas las cualificadas exigencias de antijuridicidad señaladas más arriba para imputar a funcionarios de la justicia delitos en contra de la libertad ambulatoria perpetrados en el ejercicio de sus funciones.

Fuera de esos dos casos, los vicios identificados en otras sentencias de primera instancia dictadas por tribunales militares de tiempos de paz, durante la dictadura, por hechos acaecidos antes del 11 de septiembre de 1973, con frecuencia corresponden a infracciones groseras del derecho sustantivo y procesal vigente, que perfectamente cumplen con el

⁶⁸ Cuyos antecedentes fueron consultados en ARZOBISPADO DE SANTIAGO - VICARÍA DE LA SOLIDARIDAD (1989-1991).

⁶⁹ Fiscalía Militar de Valdivia, rol: 85-73, 13 de septiembre de 1976.

⁷⁰ Fiscalía Militar de Concepción, rol: 1.177-72, 2 de octubre de 1978.

elevado estándar de gravedad en el vicio de antijuridicidad que se ha venido postulando como necesario. Y si bien, en la mayoría de los casos, los vicios fueron corregidos en segunda instancia por las respectivas cortes marciales, de modo que la conducta no se tradujo efectivamente en una privación de libertad ilegal, la posibilidad de imputar una forma imperfecta de ejecución queda a salvo, tal como ha ocurrido en el derecho comparado.⁷¹

Finalmente, si se dirige la atención a la justicia ordinaria, partiendo por los tribunales del crimen, y habida cuenta del papel, más bien pasivo, que estos tribunales desempeñaron frente a los crímenes ejecutados por los organismos de seguridad de la dictadura, las conductas antijurídicas de sus jueces que tuvieron incidencia en tales crímenes difícilmente configurarían una contribución activa al hecho.

Sin embargo, cabe preguntarse si decisiones de los tribunales superiores de justicia, especialmente la Corte Suprema, que activamente impidieron o, a lo menos, obstaculizaron la acción de otros tribunales, tanto en la persecución de la responsabilidad penal de miembros de los organismos de seguridad, como en la adopción de medidas que podrían haber evitado la muerte de personas ilegalmente detenidas —secuestradas— en recintos irregulares o clandestinos, podrían fundamentar una responsabilidad penal activa.

En relación con lo primero, no parece difícil identificar hipótesis de encubrimiento de los crímenes, como el que puede haber tenido lugar a través de la activa interrupción de procesos judiciales dirigidos a determinar la responsabilidad penal de miembros de organismos de seguridad. Una muestra paradigmática de ese tipo de constelaciones es la intervención que la Corte Suprema tuvo en 1986 respecto del auto de procesamiento dictado por el entonces ministro en visita extraordinaria, Carlos Cerda, en contra del excomandante en jefe de la Fuerza Aérea, Gustavo Leigh, y otras 39 personas, por el secuestro de trece dirigentes comunistas en noviembre y diciembre de 1976. En efecto, la hostilidad del máximo tribunal frente a la actuación del ministro Cerda llegó al punto de que, tras haberle ordenado dictar sobreseimiento definitivo, en virtud del Decreto Ley N° 2.191, de Amnistía (en adelante: D.L. de Amnistía), y en vista de la respuesta negativa de Cerda, en la que representó a la Corte Suprema, en ejercicio de la así llamada “obediencia reflexiva”, la ilegalidad de su requerimiento, que le obligaría a aplicar la amnistía sin permitirle la previa investigación de las responsabilidades y que no le dejaba espacio para establecer si acaso el secuestro, como delito permanente, podía tenerse por ejecutado hasta una fecha posterior al período cubierto por el D.L. de Amnistía, que había concluido el 10 de marzo de 1978, este tribunal lo sancionó con suspensión de su cargo y rebaja de sueldo, designando en su lugar a otro juez al que se instruyó que dictara inmediatamente el sobreseimiento definitivo, calificando más tarde a Cerda en lista cuatro, lo que suponía su expulsión del Poder Judicial, que finalmente se pudo evitar a través de una solicitud de reconsideración.⁷² El caso, aun prescindiendo de las razones que años después permitieron establecer la ilicitud del D.L. de Amnistía por su contravención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como de la aplicación de la así llamada doctrina del secuestro como delito permanente en casos de

⁷¹ Véanse las referencias a la condena a la jueza de la ex-RDA, Irmgard Jendretzky, por tentativa de homicidio, en COUSO (2021), p. 499.

⁷² Véase el reportaje periodístico de MATUS (s/fecha), “Carlos Cerda, el juez indómito”.

desaparición forzada de personas cuya muerte antes de marzo de 1978 podría parecer indubitada, da cuenta de una intervención flagrante en un procedimiento judicial por un delito de secuestro cuya posible prolongación más allá del período cubierto por la amnistía era perfectamente plausible —bastaba con que la detención hubiese durado un año y 4 meses, algo que ocurrió en otros casos— y que requería esclarecimiento a través de una investigación penal. Se trata, entonces, como se ve, de una hipótesis que podría calificarse como un encubrimiento activo.

Con todo, y si bien no se cuenta aquí con antecedentes de hecho suficientes para un análisis pormenorizado, es posible estimar que esta acción de la Corte Suprema puede haber tenido una connotación y un impacto en la disciplina judicial de tal envergadura que eventualmente podría fundamentar una responsabilidad de mayor entidad. En efecto, si se lograra vincular este acto de disciplinamiento ejercido por el máximo tribunal con acciones disuasivas adoptadas en los meses siguientes, acaso más sutiles, en casos en los que jueces de instancia o de cortes de apelaciones omitieron adoptar providencias para dar protección efectiva a personas detenidas por organismos de seguridad que luego resultaron muertas, podría plantearse la responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema por haber determinado a tales jueces a omitir brindar dicha protección a las víctimas. Si esta omisión calificase como homicidio por omisión, entonces el comportamiento disuasivo de la Corte Suprema podría llegar a ser relevante, por regla general, como una inducción activa al homicidio por omisión, y, excepcionalmente, como autoría mediata activa, si quien ha sido determinado a abstenerse de adoptar las medidas debidas actúa bajo condiciones que justifican o exculpan su comportamiento;⁷³ en ambos casos, si se ven satisfechos además, respectivamente, los requisitos subjetivos de esas formas de intervención.

5. Comportamientos judiciales susceptibles de ser considerados como una contribución omisiva al hecho punible

Como se pudo apreciar en la sección anterior, dada la incidencia que las decisiones de los consejos de guerra tuvieron en la posterior ejecución de los hechos por parte del aparato represivo estatal, la conducta de sus integrantes podrá ser considerada generalmente como una contribución activa a hechos constitutivos de homicidios o secuestro, propios del patrón de la *represión sumaria o (cuasi)judicial*. Por su parte, en algunas decisiones de la justicia militar de tiempos de paz se advierten contribuciones activas a delitos de privación de libertad ilegal, propias del patrón de la *represión legal*.

En cambio, respecto de la justicia ordinaria, la posibilidad de imputarle a los jueces ese tipo de responsabilidad es más bien marginal, pese a lo conspicuo del tribunal cuya responsabilidad podría venir a colación, de modo que de manera muy general los miembros de los tribunales de justicia ordinarios solo podrían responder por homicidios o secuestros, en el ejercicio de la función judicial, si a su respecto se cumple con las exigencias de una comisión por omisión, una hipótesis de responsabilidad penal de los tribunales propia de otros dos patrones de vinculación entre la judicatura y los crímenes de la dictadura: el de la

⁷³ La posibilidad de autoría mediata de los jueces, en uno y otro caso, es reconocida en el derecho alemán; v. COUSO (2021), P. 503, y n. 58.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

*represión extrajurídica*⁷⁴ y de la *represión administrativa*,⁷⁵ practicadas de forma activa por funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y, más tarde, la Central Nacional de Informaciones (CNI).

Con todo, si se atiende al tratamiento que esta hipótesis ha tenido en el derecho comparado, nos encontramos en buena medida en territorio virgen. En el derecho comparado, en efecto, la afirmación de responsabilidad omisiva de los funcionarios de la justicia es casi inexistente. La jurisprudencia alemana registra algunos casos de condenas a fiscales a título de prevaricación por su comportamiento omisivo, consistente en no haber hecho abandono de la acción penal respecto de una persecución penal antijurídica ya iniciada, o haber omitido iniciar la persecución penal ante denuncias de fraude electoral, fortaleciendo así un régimen autoritario.⁷⁶ La doctrina alemana también admite que los jueces pueden cometer el delito de prevaricación por omisión.⁷⁷ Pero la imputación de responsabilidad a funcionarios de la justicia por homicidios o secuestros omisivos prácticamente no ha tenido lugar, de manera que las condenas pronunciadas en su contra –que alcanzaron cierta relevancia en los juicios contra miembros de la justicia de la ex-RDA– evitaron sancionar por un delito omisivo, aun en casos en que la intervención parecía ajustarse más bien a esa modalidad del comportamiento relevante. Así, por ejemplo, cuando los tribunales de la RFA enjuiciaron en los años 1990 a la exjueza de la ex-RDA, Irmgard Jendretzky, quien en 1950, presidiendo un tribunal de casación en los Juicios de Waldheim seguidos contra presuntos criminales del régimen nacionalsocialista, había omitido anular condenas a muerte que cuatro décadas después serían calificadas como antijurídicas, por haberse dictado en medio de violaciones graves a las garantías del debido proceso, pese a la estructura omisiva del comportamiento imputado se la castigó simplemente por haber “matado de forma dolosa, antijurídica y culpable”, conjuntamente con los demás integrantes del tribunal, a las personas cuya condena resultó confirmada a través del rechazo del recurso de revisión.⁷⁸

En el caso de Argentina, por su parte, la responsabilidad omisiva de los jueces por los homicidios perpetrados por agentes de seguridad parece haber sido la *ratio decidendi* de la condena impuesta a los jueces mendocinos por el tribunal de instancia, en el contexto de la denominada “*Megacausa*”. Así lo sugiere la sentencia del Tribunal Oral de Mendoza.⁷⁹ Sin embargo, la Cámara Federal de Casación, al confirmar la condena conociendo de un recurso de casación, sin modificar propiamente la sentencia del tribunal de instancia, la reinterpreta

⁷⁴ COUSO (2021), p. 493: “practicada por agentes del estado contra los derechos individuales y la vida de las personas, sin causa legal ni autorización o sujeción a formalidades judiciales o administrativas, y que tendió a producirse de forma encubierta y no reconocida por las autoridades de la época”.

⁷⁵ COUSO (2021), p. 493: “que incluye detenciones autorizadas por las reglas del estado de sitio, y que se aparta del derecho por no haber sido ellas practicadas mediando un juicio y una condena, pero que tienen algún fundamento legal al ocurrir bajo estados de excepción contemplados por normas vigentes”.

⁷⁶ Véase MARXEN y WERLE (2007), vol. 5/1, p. XXXIII y XXXV. En Chile, la ley expresamente contempla tipos omisivos relevantes, como los del art. 224, números 3º y 4º, y 225, números 3º y 4º, del Código Penal.

⁷⁷ KINDHÄUSER (2013), § 339 nm 6.

⁷⁸ Véase la transcripción de la parte pertinente de la sentencia en MARXEN y WERLE (2007), vol. 5/2, p. 872.

⁷⁹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, en autos N° 076-M, 20 de septiembre de 2017, p. 1961.

como una condena fundada en una intervención activa en los crímenes por parte de los jueces y fiscales mendocinos.⁸⁰

Al examinar las constelaciones fácticas potencialmente relevantes en el caso chileno, si bien la pasividad de la justicia ante las atrocidades de la dictadura son transversales, como la propia Justicia lo reconoció décadas más tarde, la mayoría de las situaciones plantean, con frecuencia de forma irresoluble, los problemas propios de la imputación de responsabilidad penal a funcionarios de la justicia en el contexto de la *represión extrajurídica* y la *administrativa*; especialmente, problemas de causalidad e imputación objetiva, prueba del dolo, fundamentación de la posición de garante y de la causalidad hipotética en la omisión.⁸¹

Una constelación potencialmente relevante en este campo es la omisión sistemática por parte de las cortes de apelaciones y la Corte Suprema de responder de manera efectiva a los miles de recursos de amparo interpuestos por particulares y organismos de defensa de los Derechos Humanos para procurar evitar la muerte o desaparición de personas detenidas por los organismos de seguridad de la dictadura. La incidencia que dicha omisión de los tribunales superiores pudo tener en la ejecución de estos crímenes fue reconocida décadas después por la propia Corte Suprema, en una declaración pública emitida con ocasión de los cuarenta años del golpe militar.⁸² En efecto, la respuesta de esos tribunales a los recursos interpuestos, violando el principio de “inmediatez” que, bajo el derecho ya vigente en la época, fijaba un plazo de 24 horas para resolver el recurso, fue groseramente dilatoria y evasiva, cuando no mostró connivencia con las ilegalidades cometidas por la administración de la época; por ejemplo, cuando la Corte Suprema, en casos en que la detención administrativa manifiestamente había sido practicada sin mediar el necesario decreto de arresto, en lugar de ordenar la libertad del detenido, consultaba al Ministerio del Interior si acaso lo haría y, corregido *ex post facto* el vicio, por parte de esta repartición, mediante la dictación del decreto, la Corte rechazaba el amparo pues la detención ya contaba con base jurídica suficiente.⁸³

Especialmente ilustrativo de las omisiones de la justicia ordinaria es el denominado “Caso de los trece”, que merece análisis por ser representativo de los problemas presentados por este patrón de involucramiento judicial en la represión.⁸⁴

En dicho caso, trece personas —doce hombres y una mujer embarazada— militantes del Partido Comunista y del MIR fueron detenidas en Santiago en plena vía pública, y privados de su libertad durante un periodo de 21 días, en noviembre y diciembre de 1976. Diversos

⁸⁰ Véase COUSO (2022), p. 57.

⁸¹ COUSO (2021), p. 494.

⁸² CORTE SUPREMA (2013): “no cabe sino reconocer que si esos atropellos efectivamente ocurrieron, como lo fueron, en parte se debió a la omisión de la actividad de jueces de la época que no hicieron lo suficiente para determinar la efectividad de dichas acciones delictuosas -las que por cierto ofenden a cualquier sociedad civilizada- pero principalmente de la Corte Suprema de entonces [...] negando de esta manera la efectiva tutela judicial de que gozaban los afectados”.

⁸³ Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (1991), Volumen I, Tomo 1, p. 88.

⁸⁴ El análisis se debe a Mario Catalán, ayudante del proyecto en cuyo marco se ha elaborado este trabajo, quien examinó personalmente los antecedentes sobre el “Caso de los trece”, disponibles en la Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad.

recursos de amparo fueron interpuestos por familiares y cercanos a las víctimas en los días siguientes a su desaparición, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En todos los casos, los recurrentes solicitaron diligencias para lograr la ubicación de los detenidos y su liberación, en una carrera contra el tiempo, dada la ya conocida práctica de ejecución de torturas, asesinatos y desaparición forzada, por parte de los organismos de seguridad de la dictadura. La diligencia solicitada con más frecuencia fue requerir al Ministerio del Interior y a la DINA que informasen sobre el paradero de los detenidos. Adicionalmente, entre otras diligencias, en dos casos los recurrentes solicitaron pedir informe también al Ministerio de Justicia; en dos casos, al Servicio de Inteligencia de la Fuerza Aérea de Chile; en uno, a la Policía Internacional; y en un caso se solicitaron varias diligencias destinadas a averiguar sobre el cobro de un cheque realizado después de la desaparición de una de las víctimas, desde una cuenta bancaria de la que ella era titular.

Ante estas solicitudes, la Corte de Apelaciones solo aceptó requerir informe al Ministerio del Interior, seguramente debido a la existencia de un instructivo de la Corte Suprema que, en casos de detenciones practicadas en el ejercicio de las facultades extraordinarias propias del estado de sitio, exigía limitar las consultas a esa repartición, y no a la DINA. Una vez requerido el informe del Ministerio del Interior, este tardó en responder en promedio 18,6 días desde la interposición del recurso,⁸⁵ siendo en todos los casos la respuesta que el amparado “no se encuentra detenido por orden de este Ministerio”. En la mayoría de los casos, la Corte se conformó con esta respuesta, rechazando la solicitud de nuevas diligencias por parte de los recurrentes. En casos excepcionales, solicitó nuevas diligencias. La Corte tardó 25 días en rechazar el recurso cuando no solicitó más diligencias que oficiar al Ministerio del Interior. En cambio, en los cuatro casos en que sí ordenó más diligencias, el tiempo promedio de resolución del recurso de amparo aumentó a 72 días.⁸⁶ En reacción a la negativa de la respectiva Corte de Apelaciones de disponer las diligencias solicitadas, o al rechazo del recurso, los recurrentes en casi todos los casos apelaron ante la Corte Suprema. En dichas apelaciones solicitaron, en general, nuevas diligencias, insistiéndose en el requerimiento de información a la DINA, al Ministerio del Interior, a Policía Internacional y al mismo presidente (Augusto Pinochet); adicionalmente se solicitó que se les tomase declaración a testigos de los hechos y que la Corte dispusiera visitas a 13 lugares de detención en que podía estar el afectado privado de libertad. En nueve de los diez casos en que se interpuso recurso de apelación, la Corte Suprema confirmó sin más la resolución de la Corte de Apelaciones que rechaza el recurso de amparo. Solo en un caso ordenó diligencias adicionales, consistentes en oficiar a diversas autoridades. Sin embargo, ante la respuesta negativa de todas las instituciones oficiadas (servicios de Inteligencia del Ejército, Armada, Fuerza Aérea, Carabineros e Investigaciones), la Corte terminó confirmando la resolución que rechazaba el amparo.

⁸⁵ Este promedio corresponde solo a 11 casos, pues en uno de ellos no hay información acerca de la cantidad de días que tarda en responder el Ministerio del Interior y en otro, a diferencia del resto de los casos, la cantidad de días se cuenta desde que se solicita el informe y no desde la interposición del recurso.

⁸⁶ Este promedio se calculó solo con tres de los cuatro casos en que se solicitaron más diligencias por parte de la Corte de Apelaciones, pues en un caso no había información sobre el tiempo o fecha en que resolvió el recurso.

Como se puede apreciar, en el “Caso de los trece”, en el que se contaba con suficientes indicios de que estas personas habían sido detenidas por la DINA,⁸⁷ la dilación y condescendencia de los tribunales superiores de justicia con los organismos de la dictadura se tradujeron en un incumplimiento flagrante de sus deberes, bajo la normas que ya en ese entonces regulaban la acción de amparo, absteniéndose de ejercer facultades regulares, entre las que se contaban la posibilidad de fijar plazos y decretar apremios respecto de las autoridades administrativas, constituirse en el centro de detención clandestino, fallar sin espera del informe del Ministerio del Interior, entre otras,⁸⁸ omitiendo de ese modo brindar a las víctimas una protección que, si bien no de forma cierta, posiblemente habría evitado su muerte y desaparición. Si acaso esa posibilidad es suficiente o no para cumplir con la exigencia de causalidad hipotética o de imputación objetiva necesaria para afirmar autoría omisiva, es discutible, sobre todo si se sigue la opinión doctrinaria que exige probabilidad rayana en la certeza de evitación del crimen a través de la conducta debida,⁸⁹ pero menos discutible podría ser que con ello se satisface a lo menos las exigencias de la complicidad en la omisión, imputable al garante que deja de —a lo menos— obstaculizar al ejecutor activo la perpetración de los crímenes, cuando debía hacerlo.⁹⁰

Fuera del tratamiento de los recursos de amparo, por los tribunales superiores de justicia, también fueron relevantes comportamientos omisivos de jueces del crimen, con competencia para dictar diligencias inmediatas frente a denuncias de privaciones de libertad ilegal o, derechamente, secuestros practicados por organismos de la dictadura. Un caso especialmente impactante fue el comportamiento omisivo atribuido al titular del Sexto Juzgado del Crimen de Santiago por un abogado de la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, quien pocas horas después del secuestro de tres militantes del Partido Comunista, efectuado por funcionarios de Carabineros en marzo de 1985 a plena luz del día y ante numerosos testigos, presentó una querrela criminal ante el magistrado, para procurar su liberación antes de su probable desaparición y muerte. Según antecedentes proporcionados por el propio por el abogado querellante,⁹¹ el juez titular lo recibió en persona, pero rechazó la querrela porque ella no identificaba a los culpables. El abogado, en una carrera contra el tiempo, regresó horas más tarde con información precisa sobre el lugar en que los secuestrados se encontraban detenidos, de la que se podía deducir la afiliación institucional de los autores: un cuartel de Carabineros en calle Dieciocho, conocido como “La Firma”. De conformidad con el relato del abogado, el juez se negó a constituirse en el lugar, algo que podría haber salvado sus vidas. Los detenidos, en efecto, horas después aparecieron degollados, tras haber sido torturados en el recinto señalado por el abogado querellante.

⁸⁷ Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (1991), Volumen I, Tomo 2, p. 826.

⁸⁸ Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (1991), Volumen I, Tomo 1, p. 88.

⁸⁹ Opinión dominante, según parece, en Chile; véase HERNÁNDEZ (2011a), p. 49-50, advirtiendo, con todo, que la Corte Suprema se ha apartado puntualmente de esa exigencia en casos de delitos de omisión impropia, conformándose con la posible (sin exigir que sea casi segura) evitación del resultado.

⁹⁰ Sobre la posibilidad de complicidad omisiva, véase CURY (2005), p. 628; ETCHEBERRY (1999), p. 100; GARRIDO (2007), p. 421. Véase también HERNÁNDEZ (2011b), p. 414, citando un fallo de la Corte Suprema que parece afirmarla en un caso en que la mujer “no hizo nada por impedir que su amante matara a su marido luego de que aquel le comunicara sus propósitos”, lo que materialmente coincide con la estructura a la que en el texto principal se hizo referencia.

⁹¹ Véase el reportaje periodístico de MATUS (s/fecha), “Carlos Cerda, el juez indómito”.

Desde el punto de vista dogmático-jurídico, la imputación de responsabilidad penal por homicidios y secuestros en estos casos es exigente, pero no es imposible; menos aun, si la imputación fuese a título de complicidad omisiva —para la que bastaría la posibilidad de obstaculizar, no de evitar, el crimen—, en relación con jueces que tenían competencia para, y un deber jurídico de actuar brindando protección a la vida y libertad de las víctimas. Subjetivamente, debería bastar el conocimiento de las circunstancias que fundaban ese deber, así como del peligro de muerte que acechaba a las víctimas y de su posibilidad de intervenir, a lo menos para entorpecer la eventual acción homicida; todas ellas, condiciones plausibles en los hechos relatados. Alegaciones referidas a la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho son imaginables y también podrían plausibles, a lo menos respecto de jueces de primera instancia que hayan actuado en contextos en los que un peligro para su seguridad, no para su carrera, haya sido previsible.

Conclusiones

En el derecho comparado, la responsabilidad de funcionarios de la justicia por homicidios, secuestros, privaciones de libertad ilegal o torturas, en los que hayan tenido intervención en el ejercicio de sus funciones en contextos de dictadura, solo se ha afirmado de forma relativamente restringida, sea en casos en los que el ejercicio de la jurisdicción es aparente o simulado, sea en aquellos en que la actividad jurisdiccional se ejerció de forma gravemente viciada, afectándose de manera intolerable los derechos humanos, configurándose así como actos de abierta arbitrariedad.

En Chile, los jueces no gozan de inmunidad frente a la persecución de responsabilidad penal por esa especie de crímenes, a cuya perpetración hayan contribuido en el ejercicio de sus funciones. Si bien se justifica aplicar exigencias calificadas de antijuridicidad, como las que se advierten en el derecho comparado, diversos comportamientos judiciales ocurridos en la dictadura satisfacen holgadamente esas exigencias.

Las constelaciones fácticas más simples, a este respecto, son aquellas en que la justicia militar de tiempos de guerra activamente intervino en los crímenes; paradigmáticamente, a través de condenas a muerte pronunciadas por consejos de guerra, simulados o no. Pero también es posible advertir en algunas sentencias emitidas por tribunales militares de tiempos de paz notas de arbitrariedad que permiten fundamentar responsabilidad penal por privación de libertad ilegal.

La responsabilidad penal de jueces de la justicia ordinaria, por su parte, podría afirmarse, en primer lugar, ahí donde la actitud abiertamente hostil de la Corte Suprema hacia los pocos intentos de persecución de responsabilidad penal que tuvieron lugar la haya interrumpido, lo que puede calificar como encubrimiento, tal como parece haber ocurrido en el “Caso de los trece”. En segundo lugar, en hipótesis calificadas, si los comportamientos disuasivos de jueces de la Corte Suprema u otros tribunales superiores derechamente impidieron la protección de la vida de detenidos que luego fueron ejecutados o hechos desaparecer, la responsabilidad podría ser a título de inducción activa de homicidios y secuestros calificados perpetrados -por el ejecutor directo- por omisión, o de autoría mediata activa de tales

crímenes. En tercer lugar, por lo que respecta a la conducta, mucho más extendida entre jueces de diversos niveles jerárquicos, de omitir adoptar las medidas que les habrían permitido evitar secuestros, torturas y homicidios o, a lo menos, entorpecer su perpetración, no se advierten en principio razones dogmático-jurídicas que impidan enjuiciarla como hipótesis de autoría o complicidad por omisión. Las complejidades están más bien en la prueba de la causalidad hipotética o imputación objetiva —algo que, en todo caso, afectaría más a la autoría omisiva, que requiere la posibilidad de impedir el crimen que a la complicidad omisiva, para la que basta la posibilidad de entorpecerlo— y, en su caso, a la prueba del dolo, algo que no representa, por cierto, un obstáculo insalvable, como parece comprobarlo una hipótesis especialmente impactante de omisión ocurrida en el caso “Degollados”. Con todo, el hecho de que, en todas las experiencias comparadas relevantes, la trivial cobardía o indolencia omisiva de los jueces, prácticamente no haya dado lugar a condenas penales, parece representativo de un cierto límite de política criminal asumido implícitamente en la persecución, que podría hacer también más difícil esperar condenas en el contexto chileno.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

Bibliografía citada

- ARZOBISPADO DE SANTIAGO - VICARÍA DE LA SOLIDARIDAD (1989-1991): “Jurisprudencia: Delitos contra la Seguridad del Estado”, Tomos I y II: Consejos de Guerra.
- BARROS, Robert (2008): “Courts Out of Context: Authoritarian Sources of Judicial Failure in Chile (1973-1990) and Argentina (1976-1983)”, en: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Eds.), *Rule of Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge, New York, y otras, Cambridge University Press), pp. 156-179.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1991): Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Volumen I, Tomos 1 y 2. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/170> [visitado el 30/03/2023].
- COUSO, Jaime (2021): “Responsabilidad penal por la intervención en crímenes de la dictadura en el ejercicio de roles judiciales. Perspectivas comparadas para una exploración en Chile”, en: COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor; LONDOÑO, Fernando (Dir.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje a Jorge Mera Figueroa* (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 487-510.
- COUSO, Jaime (2022): “From Nuremberg to Mendoza: Judicial Murder and Its *Aufarbeitung*”, en: JEßBERGER, Florian, VORMBAUM, Moritz; BURGHARDT, Boris (Ed.), *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag* (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 49-59.
- COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (Eds.) (2015): *Intervención Delictiva y Organización*. Humboldt Kolleg-Santiago (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORTE SUPREMA (2013): “Declaración Pública”, 6 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://tinyurl.com/yksnnozp> [visitado el 30/03/2023].
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- DANDÁN, Alejandra (2014): “Comienza el juicio a los jueces”, en: *Página 12*, 17 de febrero de 2014. Disponible en: <http://tinyurl.com/ykqkorvd> [visitado el 02/04/2020].
- EL DESCONCIERTO (2016): “Las ejecuciones del Caso Chamiza, 1973: Crímenes de un Consejo de Guerra en Puerto Montt”, 14 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://tinyurl.com/ymswac2n> [visitado el 30/03/2023].
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- GARRIDO, Mario (2007): *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- GRAVER, Hans Petter (2015): *Judges Against Justice. On Judges when the rule of law is under Attack* (Berlin – Heidelberg, Springer Verlag).
- HALEY, John O. (2006): “The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges”, en: *The American Journal of Comparative Law* (Volume 54, Issue 1), pp. 281-291.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011a): “Artículo 1”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), *Código Penal Comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile), pp. 7-105.

- HERNÁNDEZ, Héctor (2011b): “Artículo 16”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile), pp. 413-415.
- HILBINK, Lisa (2008): “Agents of Anti-Politics: Courts in Pinochet’s Chile”, en: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (Ed.), Rule of Law. The Politics of Courts in Authoritarian Regimes (Cambridge, New York, y otras, Cambridge University Press), pp. 103-131.
- HUNEEUS, Carlos (2016): El régimen de Pinochet (Santiago, Penguin Random House).
- JAKOBS, Günther (1995): Derecho Penal. Parte General (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons).
- KINDHÄUSER, Urs (2013): Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 5ª ed. (Baden-Baden, Nomos).
- MILLER, Geoffrey P. (2004): “Bad Judges”, en: Texas Law Review (83.2), pp. 431-488
- MARXEN, Klaus; WERLE, Gerhard (Dirs.) (2007): Strafjustiz und DDR-Unrecht. Dokumentation (Berlín, De Gruyter), volúmenes 5/1 y 5/2 Rechtsbeugung.
- MATUS, Alejandra (s/fecha), “Carlos Cerda, el juez indómito”, en Archivo Vicaría. Disponible en: <https://casosvicaria.udp.cl/carlos-cerda-el-juez-indomito/> [visitado el 30/03/2023].
- PEREIRA, Anthony (2005): Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina (Pittsburgh, Pa., University of Pittsburgh Press).
- RADBRUCH, Gustav (1946): “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en: Süddeutsche Juristenzeitung (Año 1, N° 5), pp. 105-108.
- REICHER, Harry (2013): “Evading Responsibility for Crimes against Humanity: Murderous Lawyers at Nuremberg”, en: STEINWEIS, Alan E.; RACHLIN, Robert D. (Ed.), The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice (New York y Oxford, Berghahn), pp. 137-159.
- SPENDEL, Günter (2006): “§ 339”, en: JÄHNKE, LAUFHÜTTE y ODERSKY (Ed.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11ª ed. (Berlín, Walter de Gruyter), 9º volumen, pp. 1-75.
- VORMBAUM, Thomas (1985): Der Strafrechtliche Schutz des Strafurteils. Untersuchungen zum strafrechtlichen Schutz des strafprozessualen Verfahrenszieles (Berlín, Duncker & Humblot).
- VORMBAUM, Thomas (2009): “La transformación jurídica de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial”, en: MUÑOZ CONDE, Francisco; VORMBAUM, Thomas (Dirs.), La Transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado (trad. Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 49-71.
- WASSERMAN, Rudolf (1992): “Unrecht durch DDR-Rechtsprechung”, en: SEEBODE, Manfred (Dir.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992 (Berlin y New York, Walter de Gruyter), pp. 629-654.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, rol: 4281-2013, 21 de agosto de 2013.
- Corte Suprema, rol: 27543-2016, 3 de octubre de 2016.
- Corte Suprema, rol:11486-2017, 7 de noviembre de 2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 2070-2018, 6 de agosto de 2020.

COUSO, Jaime; PERRET, Sabrina: “Responsabilidad penal por intervención en crímenes de dictaduras en el ejercicio de funciones judiciales. Estudio exploratorio del caso chileno y perspectiva comparada”

- Sentencia de Extradición, del ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, rol: 4281-2013, 18 de junio de 2013.
- Resolución del ministro en Visita Extraordinaria, Álvaro Mesa Latorre, rol: 10.819, 26 de septiembre del 2019.
- Resolución del ministro en Visita Extraordinaria, Álvaro Mesa Latorre, rol: 10.819, 10 de febrero del 2021.
- Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 29 de septiembre de 1973, “contra Luis Jesús Aguirre Smith”.
- Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 29 de septiembre de 1973, “contra Víctor Armando Olmedo Capdebon”.
- Consejo de Guerra de Calama, s/rol-73, 8 de octubre de 1973, “contra Manuel Gallardo Gallardo”.
- Consejo de Guerra de Calama, rol: 35-73, 8 de octubre de 1973, “contra Orlando Humberto Justiniano Aros”.
- Consejo de Guerra de Calama, rol: 11-73, 3 de noviembre de 1973, “contra Carlos Reygadas y otro”.
- Consejo de Guerra de Calama, s/rol, 13 de noviembre de 1973, “contra Atilio Mondaca”.
- Consejo de Guerra de Calama, rol: 6-73, 26 de septiembre de 1973, “contra Dagoberto Torres Vera”
- Consejo de Guerra de La Serena, rol: 159-73, 11 de junio de 1974, “contra Ruperto Irrarázabal Irrarázabal y otros”.
- Consejo de Guerra de San Felipe, rol: 32-73, 30 de noviembre de 1973, “contra Héctor Urbina Aranda”.
- Consejo de Guerra de San Felipe, rol: 38-73, 11 de diciembre de 1973, “contra José Suárez Ortega”.
- Consejo de Guerra de Valparaíso, rol: 344-74, 4 de febrero de 1975, “contra Eduardo González Orge y otros”.
- Consejo de Guerra de Tejas Verdes, causa rol: 10-73, 24 de noviembre de 1973, “contra Renato del Carmen Plaza Vera”.
- Consejo de Guerra de Tejas Verdes, rol: 5-73, 1 de diciembre de 1973, “contra Juan Gustavo Oyarce Oyarce”.
- Consejo de Guerra de Tejas Verdes, rol: 311-73, 10 de diciembre de 1973.
- Consejo de Guerra de Puerto Montt, rol: 11-73, 17 de octubre de 1973.
- Fiscalía Militar de Concepción, rol: 1.177-72, 2 de octubre de 1978, “contra Héctor Figueroa Yáñez”.
- Fiscalía Militar de Valdivia, rol: 85-73, 13 de septiembre de 1976, “contra Belmar Contreras y otros”
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015 (fondo, reparaciones y costas).
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza, en autos N° 076-M, “Menéndez Sánchez, Luciano B. y Otros s/ Inf. Art. 144 ter C.P.”, sentencia N° 1718, 20 de septiembre de 2017.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, en causa FMZ 97000076/2012/TO1/4/CFC1, “PETRA RECARRE, Guillermo Max y otros s/recurso de casación”, registro 1806/19, 7 de septiembre de 2019.

BGH 13.12.1993, Az. 5 StR 747/94.

BGH, 16.11.1995, 5 StR 747/94.

BGHSt 41, 317=NJW 1996, 857.

U.S. v. Altstötter et al, Case 3, December 4, 1947.