



LO PRINCIPAL: CONTESTA ACUSACION.
OTROSI: REMISION DE LA PENA.

S.F.M. AD HOC

CARMEN HERTZ CADIZ, en representación de MARIO HAYES OLIVARES y EDUARDO ANIBAL NIEDBALSKY AJAGAN, en autos rol 1797-86, a US. digo:

En virtud de lo dispuesto en los arts. 150 y sgtes. del Código de Justicia Militar, vengo en contestar la acusación deducida en contra de mis defendidos y en solicitar su absolución por los delitos imputados, en atención a las consideraciones de hecho y derecho que expongo a continuación. En subsidio, solicito a S.S. se sirva acoger la atenuante del art. 11 N° 6 del Código Penal.

EL DICTAMEN ACUSATORIO. SUPUESTO ILICITO CONFIGURADO. EXCLUSION LEY 17.798.

El dictamen acusatorio que vengo en contestar no tiene la virtud de una petición razonada, hecha con arreglo a los méritos del proceso. Más bien tiene el defecto de la justicia por mano propia. El Fiscal Militar anticipa la condena pese a que falta el plenario y él mismo debe arbitrarlo.

Los jueces del proceso son Oficiales Militares que deben tutelar el monopolio de las armas, amagado por la actividad imputada a mis defendidos. Por razón de sus cargos carecen de independencia e imparcialidad para juzgar a civiles por infracción a la Ley sobre Control de Armas y Explosivos,

[Signature]

porque, deben obrar como juez y parte, institucionalmente inter-
resados.

El dictamen acusatorio debió ser formulado con
objetividad y prudencia; sin embargo se leen las siguientes ex-
presiones que círamente anticipan opinión:

" movimiento subversivo autodenominado FRENTE MANUEL RODRIGUES
(FMR)."

"... según la denominación dada por los propios delincuentes.."

"..grupo subversivo..."

".. fue construido por los sbversivos un barretín..."

".. anombre del subversivo Diego Lira Matus, N.P. Cara de Cor-
neta..."

" ..actividad que efectivamente le avisó el grupo subversivo
de la empresa de fachada..."

".. la formación legal y material de las sedicentes empresas
comerciales..."

".. por parte del subversivo José Eduardo Flores Miranda, ac-
tualmente prófugo, la cual fue habitada por éste y los subver-
sivos que participaron en el desembarco..."

"... comprada con fondos proporcionados por una subversiva co-
nocida solamente por el nombre de Flaca o Gabi..."

"... labor que cumplía el subversivo de nombre José Abelardo
Moya Toro..."

"...adquirido por el subversivo prófugo Leonardo Lagos Acevedo"

".. que la totalidad de los subversivos mencionados en el cur-
so de este dictamen..."

Las expresiones señaladas a título de ejemplo, ofrecen varios
significados:

1.- Mucho antes de que comience el plenario, se rinda prueba
y se dicte sentencia definitiva, mis defendidos, al igual que

los demás acusados, ya son calificados de " subversivos" y "delincuentes ".

2.- La calificación de "delincuentes" requiere a lo menos una sentencia condenatoria, si aún se cree en el principio de inocencia que las normas y principios del derecho universal garantizan a todo acusado, antes de la condena. La evidente conculcación del principio evidencia una vez más la falta de imparcialidad e independencia de la justicia militar al procesar opositores políticos al pasado regimen.

3.- Si se busca identificar al Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR) con una de aquellas partidas que prohíbe penadamente la ley 17.798, no puede pretenderse imputar a sus integrantes pertenecer a otro ente u organización cuyo nombre ha sido tergiversado como Frente Manuel Rodríguez. Un juez jamás debe apartarse de la objetividad jurídica.

4.- El profuso "subversivo" se aplica a todos los reos de la causa, y como de ejemplo tenemos la frase "Que la totalidad de los subversivos mencionados en el curso de este dictamen..." y ofrece alternativamente dos acepciones:

a) supone, en primer término la comisión de un delito político por individuos que se alzan contra los poderes del Estado, que atacan a la fuerza pública, que pretenden sustituirse a ellas o interferir en las decisiones de las autoridades, etc..

El concepto subversivo tiene evidentes connotaciones políticas y no militares y se asocia a la insurrección, subversión, sedición, etc. Bajo esta acepción, la justicia militar no tiene competencia alguna. El raciocinio del dictamen de autos es inconsecuente con la razón.

b) subversivo, aparece tomado con la acepción de "destruir", "demoler", arruinar o trastornar alguna cosa, lo que importa

1 establecer un pre concepto o pre juicio de disvalor sobre la
2 conducta de los acusados, que debe ser juzgada posteriormente.
3 Pero el reproche no es jurídico, es moral y afecta al crédito,
4 prestigio y honra de los acusados.

5 5.- Las empresas que el dictamen califica de "sedicentes" o
6 de "fachada" son sociedades comerciales válidas, legalmente cons-
7 tituidas que celebraron negocios jurídicos que produjeron efec-
8 tos válidos entre las partes celebrantes. El dictamen no pue-
9 de desconocer o restarle valor jurídico a tales empresas y a
10 los actos jurídicos que celebraron sus representantes legales
11 o mandatarios. La expresión sediciente juzga a las empresas
12 como sediciosas, y la expresión " de fachada" no es el lengua-
13 je idóneo que debe usar un JUEZ para designar una empresa
14 ficticia o imaginaria, cuya ilusoriedad además debe ser demos-
15 trada por los medios de prueba legales.

16 El dictamen formula a mis patrocinados los siguien-
17 tes cargos y propone las sgtes. penas:

- 18 a) Condenar a Mario Hayes Olivaes y Eduardo Niédbalsky a la pe-
19 na de siete años de presidio mayor en su grado mínimo como au-
20 tores del delito de internación al país, distribución y almace-
21 namiento de armas de fuego, municiones y explosivos, tipifica-
22 do en el art. 10 inc. 1 de la Ley 17.798, y a la pena de 4
23 años de presidio menor en su grado máximo como autores del de-
24 lito de pertenencia o ayuda a una prtida militarmente organi-
25 zada, previsto en el art. 8 inc. 1 de la Ley 17.798.; y,
26 b) Condenar a Mario Hayes a la pena de 4 años de presidio me-
27 nor en su grado máximo, como autor del delito de tenencia de
28 armas y elementos señalados en el art. 3 de la Ley 17.798, que
29 tipifica el art. 13 de la Ley de Control de Ar,as ya citada.

30 Los cargos formulados contra los acusados tienen

20
1 como núcleo la existencia del Frente Patriótico Manuel Rodríguez,
2 cuyos miembros y actividades fueron calificados profusamente
3 por el dictamen como "subversivos". A su alrededor se desarro-
4 llan periféricamente otras figuras penales.

5 La judicatura militar se arrogó competen-
6 cia en un tribunal militar de Santiago, porque el centro pro-
7 positivo de la actividad se habría efectuado en esta ciudad,
8 con miras a un "eventual alzamiento popular contra el gobierno
9 legalmente constituido."

10 Sin embargo, esto no impidió al dictaminador atender al lugar
11 donde se perpetraron los ilícitos, separando de este modo, for-
12 malmente, la finalidad de fondo perseguida por los autores de
13 aquellos ilícitos que se ejecutaron como los medios necesarios
14 para perseguir esa finalidad delictiva.

15 Bajo este enfoque, el hecho se descompo-
16 ne en dos instancias: la finalidad dolosa, el fin último per-
17 seguido: el alzamiento popular contra el gobierno legalmente
18 constituido, se tramó, concibió y gestó en Santiago; y las ac-
19 tividades segmentadas, que formalmente pueden constituir ilíci-
20 tos de la Ley 17.798 sobre Control de Armas, se ejecutaron fue-
21 ra del radio jurisdiccional del Juzgado Institucional de Santia-
22 go.

23 De este análisis se colige necesariamente,
24 que lo que verdaderamente preocupa a esta instrucción judicial
25 es el delito de "subversión" y no el de infracción a la Ley de
26 Control de Armas. Sin embargo, los tipos penales invocados en
27 contra de los reos, resultan limitados frente a la finalidad,
28 que según el propio dictamen, determinó la competencia del Juz-
29 gado Militar de Santiago.

30 En efecto, según lo hace notar el dicta-

men, el Frente Patriótico Manuel Rodríguez, estructurará un conjunto de actividades con miras a " un alzamiento popular ", para lo cual, dispone de un complejo aparato de establecimientos, empresas comerciales, sucursales, vehículos, casas de albergue de trabajadores, de reuniones, de seguridad, de prácticas de tiro, de construcción de almacenamientos simulados o barretines, etc, las que se ordenan con el fin de hacer posible y verosímil, alcanzar la finalidad perseguida.

En el número 1 del dictamen se señala que en 1985, se efectuaron diversas reuniones entre el Frente Patriótico Manuel Rodríguez y el Comité Central del Partido Comunista de Chile, en las cuales " ambas estructuras acordaron, en una estrategia global, producir en el país una escalada de enfrentamientos que llevaran a una sublevación popular generalizada y dirigida por cuadros militares del FPMR destinados a conseguir la desestabilización y en definitiva, el derrocamiento del Gobierno legalmente constituido.."

Para la "obtención de dicho objetivo", añade el dictamen, ambos destacaron a "Manuel" o "pedro" para que asumiera la dirección, organización y financiamiento de una vasta operación clandestina destinada a la internación, por vía marítima de armas, municiones, explosivos y elementos afines, que servirían de apoyo a la acción armada que se proyectaba ejecutar.."

La operación requirió " establecer en lavas mineros abandonados u otros puntos destinados al ocultamiento y almacenamiento del material bélico". Tales almacenes clandestinos debían estar en lugares " de relativa cercanía a caminos o carreteras, en especial la Panamericana Norte, circunstancia que facilitaría el eventual traslado y distribución

del armamento a distintos puntos del país, particularmente a la Región Metropolitana. "

201 En el número 7, el dictamen señala que, el barretín construido en Huasó Bajo, fue acondicionado como "Escuela de Guerrillas", con un polígono de tiro para la instrucción de sucesivos grupos de guerrilleros que eran conducidos hasta ese lugar..."

En el número 8, el dictamen insiste que "en el mes de diciembre de 1985, los organizadores del eventual alzamiento popular decidieron dar inicio a la operación de internación de armas..."

En el número 11, se establece como hecho de la causa que Pedro " subió a bordo del pesquero y arengó y felicitó a sus tripulantes expresando que las armas serían empleadas para armar al pueblo y concretar la acción revolucionaria..."

Todos los pasajes de la acusación antes citados reiteran el convencimiento del tribunal de que se está en presencia de una actividad dirigida a "armar el pueblo" y organizar el "alzamiento popular". En todos los términos, el dictamen parece estar más convencido de que el delito que se investiga es el que tipifica el art. 4 letra d de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado, que los ilícitos de la Ley sobre Control de Armas.

Al efecto, el art. 4 señalado, indica:

...cometen delito contra la seguridad interior del Estado los que en cualquier forma o por cualquier medio, se alzaren contra el Gobierno constituido o provocaren la guerra civil y especialmente:

d) los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la or-

1 ganización de milicias privadas, grupos de combate u otras or-
2 ganizaciones semejantes y a los que formen parte de ellas, con
3 el fin de sustituir a la fuerza pública, atacarla o interferir
4 en su desempeño, o con el objeto de alzarse contra los Poderes
5 del Estado o atentar contra las autoridades".

6 Y este convencimiento del dictamen
7 arranca de su preocupación de resguardar la normalidad consti-
8 tucional. Y en tal caso, las figuras de tenencia, partidas ar-
9 madas, internación y tráfico de armas, aparecen lesionando la
10 Seguridad Interior del Estado, en la medida que los hechos im-
11 putados a los acusados importen una situación real de riesgo
12 y peligro para la estabilidad del Estado, o de la fuerza pública,
13 Y en tal caso, por la envergadura de la situación, que según el
14 dictamen, se entendió como una situación de tal gravedad, tras-
15 cendencia y conmoción pública., los hechos pasan a ser capta-
16 dos por el art. 4 letra d) de la Ley 12.927, que describe mejor
17 la situación por razón de la especialidad que la Ley sobre Con-
18 trol de Armas.

19 Al efectuar un contrapunto, se ad-
20 vierte que la Ley de Seguridad del Estado exige al grupo arma-
21 do un elemento subjetivo que el art. 8 de la Ley 17.798 no exi-
22 ge: éstos es, la finalidad tantas veces reconocida por el dicta-
23 men de armarse con el fin de producir el alzamiento contra el
24 gobierno o poderes constituidos. De este modo, la Ley sobre
25 Control de Armas aparece limitada para sancionar los hechos,
26 ya que su razón de ser, en definitiva no puede ser otro que
27 proteger la exclusividad o monopolio del uso de la fuerza ar-
28 mada por parte del Estado y sus agentes. En cambio, la Ley
29 12927 es de mayor entidad y de naturaleza distinta. Bajo este
30 encuadre, los actos que describe el dictamen y que los da por

establecido como "subversivos", se subordinan a la finalidad de la figura del delito previsto en el art. 4 letra d) y obran para este efecto en relación de medio a fin, subordinados al objeto principal, de donde sigue, que los hechos que han servido como el medio necesario para poner en ejecución el plan insurreccional, sancionado como figura principal; deben considerarse absorbidos por esa figura principal, a fin de no incurrir en el peligro de tentación del "bis in idem".

En suma, la ley 17.798 debe ser excluida para regular el caso, por las mismas razones dadas por el dictamen, y particularmente por la finalidad de la acción que se persigue determinar como conducta punible. Su aplicación sólo puede tender a falsificar la realidad, otorgándole a los hechos una calificación jurídica defectuosa. De ser punible la conducta, solo la Ley 12.297 sobre Seguridad del Estado, puede asegurar un justo encuadre penal.

II.- PRE-SUNTA PARTICIPACION CULPABLE DE MARIO HAYES OLIVARES Y EDUARDO NIEDBALSKY.

En lo que toca a la participación individual de cada uno de mis defendidos, he observado que el dictamen efectúa un relato libre, sin justificación o apoyo documental alguno, de donde para responder a los cargos formulados resulta necesario que sea el propio abogado defensor el que debe aventurar o colegir el raciocinio que condujo al Fiscal para llegar a la conclusión de que los acusados en definitiva deben ser condenados.

Como esta tarea no es de la defensa sino del juez, hay que partir de la base, entonces, que si el dictamen en apoyo de sus relatos o relaciones no cita o invoca determinada y pormenorizadamente ninguna pieza procesal pertin-

te, sino que todas, tengan o no relación, de modo general, debe darse por establecido que los cargos son y resultan ser totalmente arbitrarios y antojadizos. De manera tal, que la primera alegación de esta defensa es rechazar los cargos por infundados, y exigirle al dictaminador que si tiene una pretensión de condena la justifique procesalmente, invocando en cada razonamiento o considerando las piezas procesales pertinentes en donde se comprueba por los medios legales las imputaciones.

En subsidio, y para el evento que se suponga que los cargos se encuentran debidamente fundados, aunque no colacionados, S.S. debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Según el dictamen Mario Hayes y Eduardo Niedbalsky fueron contratados legalmente como trabajadores de la empresa "Productos del Mar", sociedad colectiva, de derecho privado mercantil. El primero, para efectuar labores administrativas y el segundo, como chofer de los vehículos de la empresa.

El contrato de trabajo celebrados por los acusados, como las prestaciones laborales como efecto legal de los contratos, carecen de todo reproche penal.

El dictamen señala también, que uno de los ejecutivos de la empresa celebró legalmente un contrato de arrendamiento que produjo el efecto legal de transferir la tenencia del inmueble al arrendatario del inmueble ubicado en calle Serrano 791 de Vallenar, con el fin de que sirviera del albergue para los miembros de la empresa, entre los cuales se incluían, por cierto, los trabajadores Hayes y Niedbalsky.

Este fin es absolutamente lícito y de uso corriente en empresas, que por razones geográficas, tanto las empresarios como

1 los trabajadores evitan las distancias entre sus domicilios y
2 lugares de trabajo.

3 La empresa "Productos de Mar", señala
4 el dictamen, disponía de dineros, vehículos, oficinas, bode-
5 gas de almacenamiento, etc, bienes que se destinaban normal-
6 mente al almacenamiento y comercialización de algas. Esta tam-
7 bién es una actividad lícita que produjo efectos legales váli-
8 dos entre todas las personas que concurrieron de una u otra
9 manera a esas operaciones de comercialización.

10 El dictamen da cuenta también que la em-
11 presa comercial adquirió varios vehículos para los fines pro-
12 pios del rubro, acto jurídico perfectamente válido.

13 Ahora bien, esta defensa no puede igno-
14 rar la afirmación del dictamen de que tales empresas habrían
15 aparecido subordinadas no a un fin comercial lícito, sino a u-
16 na actividad ilegal de internación de armas, almacenamiento,
17 distribución.

18 Sin embargo, como tales empresas operaron
19 legalmente y efectuaron actividades comerciales reales y cele-
20 braron contratos válidos y sus actos produjeron otros tantos
21 efectos legales, se hace necesario que el dictaminador trace
22 la línea divisoria, marque aquellos actos individuales de mis
23 defendidos que, no obstante obrar al amparo de la legalidad vi-
24 gente, habrían incurrido en actos prohibidos por la ley penal.

25 El dictamen, sin embargo, optó por o-
26 tro camino y prefirió engoblar a bulto cerrado a todos los tra-
27 bajadores de la empresa o vinculados con ella como miembros
28 "subversivos" de empresas sedicentes o de fachada. Es decir,
29 sin prueba alguna de que mis defendidos efectivamente estuvie-
30 ran involucrados en tales delitos, supone por su cercanía, por

su cercanía), por las labores que efectuaron como trabajadores de dicha empresa, que ellos obraron dolosamente. En otros términos, aparece, según el dictamen, que mis defendidos trabajaron para la empresa, y obedecieron en determinados momentos, instrucciones de sus empleadores, y que aún cuando les pareciera reprochables, no estaba en su ánimo incurrir en tales comportamientos. Falta pues, determinar con precisión, si mis defendidos tuvieron o no conocimiento de la actividad encubierta que denuncia el dictamen, y en tal caso, el dictamen debe señalar en que momento, tal conocimiento se produjo y si por razón de sutrabajo u oficio, estuvieron o no en condiciones de rechazar tales labores.

Se señala en el dictamen que mis defendidos albergaron en la casa de Hausco Bajojunto a otros acusados, estimados como agentes principales de la internación de armas. El hecho del albergue carece de significado como acto de autoría o complicidad, si los mismos principales o acusados no conocían o no tenían la resolución de obrar en tal dirección. Tal dictamen al respecto entrega un dato importante. Dice que en esa casa se celebraron reuniones del FPMR, pero se reconoce que en esas reuniones no participaron mis defendidos. Es decir cabe como cierta la hipótesis de que ellos no estuvieron al tanto de tales operaciones y sólo se limitaron a ejecutar las tareas de sus contratos de trabajo.

Lo mismo puede decirse de la compra de un vehículo que efectuó Mario Hayes, por encargo de la empresa. Sólo cumple un encargo, y si tal encargo tiene por fin destinar el vehículo al transporte clandestino de armas, aún cuando Hayes o Niedbalsky los haya conducido como choferes, ello no quiere decir que efectivamente ellos personal y directamente se encontraran involucrados en tales operaciones.

1 El dictamen habla de que Eduardo Niedbalky participó en dos de-
2 sembarcos de armas, en caleta Canales, conduciendo un camión
3 rojo con barandas azules. Sin embargo las lecturas del rela-
4 to están referidas a las declaraciones de Niedbalsky frente a
5 su tarea de chofer de la empresa y a la ruta que debió tomar,
6 agregando que era relevado en la conducción del camión en de-
7 terminados lugares. Por mucho que éste haya declrado minucio-
8 samente sobre la ruta seguida, la forma como se efectuaba el
9 transporte, tales elementos no constituyen presunciones gra-
10 ves ni precisas, ni concordantes ni que conduzcan a la conclu-
11 sion unívoca de que Niedbalky obrara como partícipe de un
12 transporte ilegal, porque era también posible que en su ánimo
13 o conciencia, si se prueba por el Juez que el encausado sabía
14 del armamento, estuviera presente la sensación o conocimiento
15 de que se trataba de una internación o transporte legal de ar-
16 mas.

17 El dictamen señala que " la versión
18 del procesado Niedbalsky Ajagan demuestra a juicio del Fiscal
19 instructor; el real compartimentaje con que se realizaban el
20 traslado y distribución del armamento a los distintos lugares
21 del almacenamiento, ya que para ello se efectuaban tramos par-
22 ciales con distintos conductores, con el fin de evitar de es-
23 ta manera, que se detectare la ubicación de los mclaves mineros
24 u otros almacenes destinados al ocultamiento de armas. "

25 Lo que el dictamen no supone, des-
26 pués de esta afirmación, es que también es posible que debido,
27 precisamente, al "compartimentaje" el mismo Niedbalsky haya
28 obrado como un tercero absolutamente ajeno a tal operación
29 clandestina, y se haya limitado a conducir el vehículo en las
30 rutas señaladas ignorando al momento de producirse los hechos
el contenido del cargamento.

1 AÚn admitiendo una validez hipotética
2 de las declaraciones de mis defendidos que obran en autos, ya
3 que en la realidad obraron factores (tales como la aplicación
4 de torturas en recintos secretos de la CNI) que viciaron su
5 voluntad, bien pueden explicarse tales dichos si se considera
6 que al momento de ocurrir los comportamientos de los acusados,
7 ellos ignoraban la finalidad que ordenaba sus actos, pero que
8 al momento de prestar la declaración como consecuencia de haber
9 obtenido una información posterior de lo ocurrido, bien pudie-
10 ran entregar tal información como si ellos hubieran sido acto-
11 res de las conductas investigadas, en circunstancias que ellos
12 solo recibieron información con posterioridad a los hechos.

13 Es posible suponer también que una vez
14 efectuada la operación de desembarco, transporte y almacena-
15 miento de armas , las que para mis defendidos no eran sino pro-
16 ductos marinos, se hayan cerciorado de que lo que transporta-
17 ban eran armas y que al producirse una vasta operación poli-
18 cial y militar, mis defendidos optaran por escapar y buscar los
19 mismos refugios que les ofrecieron sus empleadores. En el mis-
20 mo sentido debe interpretarse la actuación de Mario Hayes que
21 aprovechó la oportunidad de buscar refugio en la misma morada
22 donde se encontraban Claudio Molina, José Delgado, Eduardo A-
23 liaga , Juan González y Armando Keralta, lugar donde fueron de-
24 tenidos por carabineros. Al efecto, cabe consignar que el par-
25 te de fs. 501 no pormenoriza las circunstancias en que se en-
26 contraron detenidos. En todo caso, el hecho de que Hayes se
27 encontrara junto a las demás personas nombradas no importa
28 de ninguna manera un acto ilícito o delictivo.

29 En virtud de las consideraciones expues-
30 tas, S.S. debe absolver en definitiva a mis defendidos por no-

1 caberles participación alguna en los hechos delictivos investi-
 2 gados en esta causa, cualesquiera que sean las calificaciones
 3 jurídicas que en definitiva S.S. le otorgue. Para el caso hipo-
 4 tético de suponerse su participación culpable, ella debe enten-
 5 derse en ralción al delito previsto en el art. 4 letra d) de
 6 la Ley de Seguridad Interior del Estado.

7 POR TANTO

8 A US. RUEGO : tener por contestada la acusación formulada en
 9 contra de MARIO HAYES OLIVARES y EDUARDO ANIBAL NIEDEBASKY A-
 10 JAGAN y en definitiva dictar sentencia absolutoria en su favor.
 11 En subsidio y para el caso de aplicarles penas en su contra,
 12 considerar en su favor la circunstancia atenuante del art. 11
 13 N 6 del Código Penal, acreditada fehacientemente en autos.

14 OTROSI: Para el caso eventual de que mis representados sean
 15 condenados, vengo en solicitar se les remita condicionalmente
 16 la pena por concurrir los requisitos señalados en la ley 18.216.

17
 18
 19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26

