

**Corte de Apelaciones de Santiago
Sentencia de Desafuero del
H. Senador Augusto Pinochet U.**

Santiago, cinco de junio de dos mil

Vistos y teniendo presente:

1º) Que por resolución de seis de marzo del año en curso, que se lee a fjs. 3149, del cuaderno pertinente, de la causa N° 2.189, rol criminal de esta Corte de Apelaciones, seguida en contra de los procesados Sergio Arellano Stark, Sergio Arredondo González, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Moren Brito, Patricio Díaz Araneda y Armando Fernández Larios, donde se indagan diversos hechos de carácter delictual a saber: homicidio, secuestro, asociación ilícita e inhumación ilegal, el ministro de fuero, don Juan Guzmán Tapia, ha elevado los autos a este tribunal, accediendo al requerimiento formulado de fs. 3141 a 3147 por los abogados Hugo Gutiérrez Gálvez, Carmen Hertz Cádiz, Eduardo Contreras Mella, Alfonso Insunza Bascuñán, Juan Bustos Ramírez, Boris Paredes Bustos e Hiram Villagra Castro, en representación de los querellantes particulares Graciela Alvarez Ortega e hijos, Jessica Tapia Carvajal, Rolly Baltiansky Grinstein, Germán Berger Hertz, Lily Lavín Loyola y Rosa Vera Torres, para que se declare el desafuero del querellado y senador vitalicio, general de Ejército (r) Augusto José Ramón Pinochet

Ugarte, por estimar que se reúnen los requisitos que contempla el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal.

2º) Que la solicitud de los querellantes atribuye participación criminal como autor inductor al mencionado senador vitalicio, en los hechos que indican, referidos a los delitos de secuestros calificados reiterados previstos y sancionados en el artículo 141 del Código Penal y de asociación ilícita descrito y castigado en los artículos 292 y 293 de la misma recopilación legal. Los primeros, cometidos en las personas de Miguel Muñoz Flores, Manuel Plaza Arellano y Pablo Vera Torres el cuatro de octubre de mil novecientos setenta y tres, en Cauquenes (Maule); de Ricardo García Posada, Benito Tapia Tapia y Maguindo Castillo Andrade entre los días dieciséis y diecisiete de octubre del mismo año, en Copiapó; de Manuel Segundo Hidalgo Rivas, Domingo Mamani López, David Ernesto Miranda Luna, Rosario Aguid Muñoz Castillo, Víctor Alfredo Ortega Cuevas, Sergio Moisés Ramírez Espinoza, Luis Alfonso Moreno Villarroel, Rafael Enrique Pineda Ibacache, Jorge Rubén Yueng Rojas, Daniel Jacinto Garrido Muñoz, Bernardino Cayo Cayo, Carlos Berger Guralnik y Haroldo Cabrera Abarzúa, el diecinueve de octubre de ese año, en Calama; en tanto que el segundo se hace consistir en el supuesto concierto de los agentes para ejecutar intencionada y sistemáticamente graves delitos, que en concepto de los actores, constituyen crímenes de guerra con transgresiones a obligaciones internacionales del Estado.

3º) Que el fuero es una garantía que el régimen jurídico contempla en favor de los parlamentarios y en razón de su investidura para evitar que se dirija en su contra alguna actividad procesal penal, sin que previamente y salvo el caso de delito flagrante, la Corte de Apelaciones respectiva declare que existe mérito para la formación de causa en su contra.

Dicha declaración supone la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y sospechas fundadas de participación penal culpable del parlamentario en ese ilícito, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 255 N° 1º y 612 inciso 1º del Estatuto de Instrucción Criminal; y puede originarse en la actividad del juez que aprecia los datos reunidos, o en una petición de la parte actora encaminada al mismo fin, aún en el evento de ser ésta denegada, dado que es permitido recurrir entonces al tribunal de alzada.

4º) Que la posibilidad de que a resultas del procedimiento que regulan los artículos 611 y siguientes del Código de Procedimiento Penal sean desaforados diputados y senadores importa otra forma de desarrollar la garantía constitucional de igualdad ante la ley y, por lo mismo, su correcta resolución también implica alcanzar una condición del debido proceso penal, toda vez que la cuestión dice relación con el derecho a la acción de los ofendidos, o, dicho de otro modo, con armonizar la necesidad de proteger la función parlamentaria con el derecho a la acción. En efecto, habiéndose establecido dicho impedimento procesal únicamente con esa finalidad no puede menos que entenderse que deberá accederse al desafuero siempre que se constate mediante el examen de la causal legal, esto es de las exigencias previstas para detener, que la solicitud no tiene el propósito de alterar el trabajo parlamentario, porque toda otra consideración conduciría a desconocer el derecho a perseguir responsabilidades penales y a establecer un privilegio personal contrario al derecho y la justicia.

5º) Que, en todo caso, parece útil dejar en claro que el artículo 58 inciso 1º de la Carta Fundamental consagra la inviolabilidad parlamentaria sólo “por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión”, mientras que el fuero a que se refiere el inciso 2º del precepto no favorece la impunidad de los congresales frente a un hecho delictual, sino únicamente como una exigencia o formalidad previa para proceder en su contra, la que se cumple mediante la resolución del tribunal competente que declara haber lugar a la formación de causa.

Por consiguiente, la gestión o trámite de desafuero tiene por objeto exclusivamente decidir si es procedente o no formar causa a un parlamentario a quien se imputa un hecho de carácter delictual, por lo que éste es el ámbito de su competencia y no el de considerar si corresponde expedir determinadamente en su contra la orden de detención; y debe entenderse, a la luz de lo expuesto en el artículo 617 del Código de Enjuiciamiento Penal, en el sentido que prosiga el proceso, disponiéndose por el juez competente aquellas actuaciones atinentes al querrellado, dictando las resoluciones pertinentes, toda vez que es atribución privativa suya resolver si hay mérito o no para hacer efectiva la responsabilidad criminal de aquél, por cuanto de declararse que no se hace lugar a la formación de causa, debe el órgano jurisdiccional pronunciar sobreseimiento definitivo en favor del aforado.

6º) Que tampoco resulta válida la alegación de dar cabida, en la gestión de que se trata, a los presupuestos del artículo 274 del tantas veces citado ordenamiento procesal porque esta norma sólo tiene por objeto realizar dentro del proceso una de las finalidades más drásticas del sumario, cual es la de asegurar más eficazmente la persona del imputado, la que por cierto aparece completamente ajena e incompatible con el trámite previo de desafuero, destinado simplemente a obtener la autorización para proceder que, en determinadas condiciones, exigen la Constitución o las leyes. No es posible, dentro de la correcta interpretación de la ley, confundir dos situaciones jurídicas absolutamente diferentes en su naturaleza y función que desempeñan dentro del proceso penal.

7º) Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 612 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, esta Corte está facultada para emitir de oficio pronunciamiento acerca del desafuero, y teniendo presente que para una adecuada investigación de los hechos relativos a los sucesos vinculados a la actuación del general Arellano Stark y demás enjuiciados es ineludible emitir pronunciamiento de desafuero a todos aquellos involucrados en relación con los cuales se reúnen los requisitos legales consiguientes, por estar establecida la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y las fundadas sospechas que existen en contra del parlamentario imputado adquieren igual mérito a su respecto.

8º) Que, no obstante todo lo anterior, la investigación desplegada por el señor ministro de fuero y dirigida hasta ahora a la comprobación no sólo de los hechos que sirven de fundamento al desafuero y de otros ilícitos comprendidos en las querellas de fs. 61 a 75, 280 a 309, 559 a 572, 580 a 587, 593 y 594, 710 a 731, 970 a 979, 1207 a 1217, 1710 a 1724, 1743 a 1756, 1868 a 1871, 1898 a 1911 vuelta y 2902 a 2917, sino también a la participación culpable que en ellos le ha correspondido a numerosas personas extrañas al Congreso Nacional, seis de las cuales han sido incluso sometidas a proceso, le han permitido elevar todos los antecedentes por estimar que concurren los presupuestos del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal respecto del parlamentario inculcado, con mayor acopio de elementos que los estrictamente necesarios para ese examen preliminar y obligatorio que le compete ejecutar y que con posterioridad incumbe a la Corte de Apelaciones respectiva, reunida en pleno, en una revi-

sión de mayor jerarquía y profundidad, acerca del mérito que ellos suministran.

9º) Que es así como el auto de procesamiento ejecutoriado que corre de fs. 1570 a 1581 deja sentados como hechos la sustracción sin derecho, como la circunstancia de no conocer fehacientemente el lugar al que fueron conducidos ni su actual paradero, situación que se mantiene hasta el momento, de las personas que pasa a detallarse: a) desde la cárcel pública de Cauquenes (Maule), el cuatro de octubre de mil novecientos setenta y tres, a Miguel Enrique Muñoz Flores, Manuel Benito Plaza Arellano y Pablo Renán Vera Torres, de entre cuatro detenidos (basamento 7º); b) desde la cárcel pública de Copiapó, entre los días dieciséis o diecisiete del mismo mes de octubre, a Benito de los Santos Tapia Tapia, Maguindo Antonio Castillo Andrade y Ricardo Hugo García Posada, de entre dieciséis (motivo 8º); y c) desde la cárcel pública de Calama, el diecinueve del ya referido mes de octubre, a Manuel Segundo Hidalgo Rivas, Domingo Mamani López, David Ernesto Miranda Luna, Luis Alfonso Moreno Villarroel, Rosario Aguid Muñoz Castillo, Víctor Alfredo Ortega Cuevas, Sergio Moisés Ramírez Espinoza, Rafael Enrique Pineda Ibacache, Jorge Rubén Yueng Rojas, Daniel Jacinto Garrido Muñoz, Bernardino Cayo Cayo, Carlos Berger Guralnik y Haroldo Ruperto Cabrera Abarzúa, de entre veintiséis (razonamiento 9º). Califica jurídicamente estos acontecimientos como secuestros calificados reiterados contemplados y reprimidos en el artículo 141, incisos 1º y 4º del Código Penal.

Apelada esta resolución por los querellantes particulares, fue confirmada por esta Corte, de fs. 2202 a 2212, conservándose, en términos generales, tales hechos y su calificación.

10º) Que a su turno los procesados impugnaron el auto de procesamiento por la vía extraordinaria del recurso de amparo que resultó desechado por esta Corte, como se desprende de la copia autorizada del fallo de primera instancia que obra de fs. 1821 a 1824, donde se expresa que las defensas de los amparados basaron sus alegaciones, sean escritas u orales —éstas formuladas en estrados— respecto de la participación culpable y de la calificación jurídica de los hechos, en haberse desconocido los efectos de la cosa juzgada derivada de los sobreseimientos definitivos dictados y de la amnistía otorgada por el Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y ocho (fundamen-

to 2º), aspectos dogmáticos que son materia del fondo (considerando 5º), salvo la cosa juzgada que se analiza en los basamentos 4º y 6º. Apelada esta sentencia fue confirmada por la Excma. Corte Suprema, como aparece de fs. 1924 a 1928, y para los efectos que se vienen desarrollando, es importante destacar que el tribunal de segundo grado deja constancia que los “abogados defensores de los amparados no han negado la existencia de los hechos que se investigan en estos autos” (motivación 2), se reafirma que “dada la naturaleza de los delitos acreditados, no es posible por ahora resolver acerca de la aplicación de la ley de amnistía y/o prescripción, cuestión que, en todo caso, es materia del fondo” (reflexión 10) y se concluye “que con los antecedentes ponderados por el Sr. Ministro Instructor, en cuanto al establecimiento de los delitos de secuestro agravado de las personas mencionadas en el auto de reo, requisito primero y fundamental del auto de procesamiento, por ahora, se encuentra plenamente acreditada su perpetración” (fundamento 5).

Además y sólo a modo referencial cabe aclarar que estas mismas alegaciones en torno a la calificación jurídica de los hechos punibles, los efectos de la cosa juzgada que surge de los sobreseimientos definitivos, la prescripción de las acciones penales y la aplicación de la ley de amnistía han sido renovadas en esta gestión o trámite previo de desafuero, tanto por escrito como en los alegatos de estrados, pero tampoco los letrados han negado la existencia de los hechos punibles que sirven de sustento a la petición de desafuero y que, conforme a la doctrina, son de mayor envergadura y elaboración dogmática que aquellos hechos de carácter o apariencia delictual que denota el N° 1º del artículo 255 del Estatuto de Instrucción Criminal.

11º) Que siempre dentro de la esfera de los hechos que presentan los caracteres de delito, a mayor abundamiento e incluso para eventuales efectos del inciso 2º del artículo 612 del Código de Enjuiciamiento Penal, conviene también acotar que las ya mencionadas apelaciones de fs. 1761 a 1768, deducidas por parte de los querellantes en contra del auto de procesamiento de fs. 1570 a 1581 y de las que se hace referencia en el segundo párrafo del razonamiento 7º) de la presente resolución, apuntaban hacia el establecimiento de otros ilícitos, tales como homicidios calificados reiterados, tipificados y reprimidos en el artículo 391 N° 1º, circunstancias primera y quinta,

del Código Penal, perpetrados en las personas de Claudio Lavín Loyola, Manuel Plaza Arellano, Pablo Vera Torres y Miguel Muñoz Flores, en Cauquenes el cuatro de octubre de mil novecientos setenta y tres; de Manuel Cortázar Hernández, Winston Cabello Bravo, Fernando Carvajal González, Agapito Carvajal González, Alfonso Gamboa Farías, Raúl Guarda Olivares, Raúl Leopoldo Larravide López, Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Palleras Norambuena, Pedro Emilio López Flores, Jaime Sierra Castillo, Atilio Ugarte Gutiérrez y Leonello Vicentti Cartagena, en Copiapó durante la noche del dieciséis al diecisiete de dicho mes de octubre; de Mario Argüelles Toro, Carlos Alfredo Escobedo Cáriz, Luis Alberto Hernández Neira, Hernán Elizardo Moreno Villarroel, Carlos Alfonso Piñero Luce-ro, Fernando Roberto Ramírez Sánchez, Alejandro Rodríguez Rodríguez, José Gregorio Saavedra González, Jerónimo Carpanchay Choque, Luis Alberto Gahona Ochoa, Rolando Jorge Hoyos Salazar, Milton Alfredo Muñoz Muñoz y Roberto Segundo Rojas Alcayaga, en Calama el diecinueve de ese mes de octubre; y de Luis Alaniz Alvarez, Nelson Cuello Alvarez, Héctor Silva Iriarte, Miguel Manríquez Díaz, Danilo Moreno Acevedo, Washington Muñoz Donoso, Eugenio Ruiz-Tagle Orrego, Mario Arqueros Silva, Marcos de la Vega Rivera, Dinator Avila Rocco, Segundo Flores Antivilo, José García Berríos, Darío Godoy Mancilla y Alexis Valenzuela Flores, en Antofagasta durante los días dieciocho o diecinueve del tantas veces reseñado mes de octubre, de las cuales se hace cargo en su voto disidente uno de los integrantes de esta Corte que conoció de esos recursos, manifestando su opinión en orden a hacer también efectiva la responsabilidad criminal de los querellados, en relación con los hechos punibles indicados, en la ya señalada resolución de segunda instancia que rola de fs. 2202 a 2212; secuestros con resultado de muerte reiterados, inhumaciones ilegales de cadáveres reiteradas y asociación ilícita, ninguna de las cuales, sin embargo, prosperó en la alzada.

Por último, los querellantes relacionan los homicidios calificados reiterados verificados en Antofagasta, Calama y Copiapó, en su calificación jurídica, con los artículos 3º común de las Convenciones de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificada por nuestro país, y 4.2 del Protocolo II adicional a dichos convenios, relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales, que prohíben dar muerte a un prisionero.

12º) Que por lo que concierne a las fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor al parlamentario sujeto a fuero, es menester, por lo pronto, precisar que en el razonamiento 3º del auto de procesamiento de fs. 1570 a 1581 el ministro instructor no accede al encausamiento del senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte que también se le impetró “por cuanto no se reúnen los requisitos de procesabilidad” y aunque en la alzada esta reflexión quedó eliminada junto con otras, esta Corte concuerda con esa negativa “por cuanto para emitir pronunciamiento al respecto resulta indispensable cumplir, en forma previa, con la declaración de su desafuero” (motivo 6º de la resolución de fs. 2202 a 2212).

Además, era público y notorio que en la época de los acontecimientos que investiga el ministro instructor, octubre de mil novecientos setenta y tres, el general de Ejército Augusto Pinochet Ugarte se desempeñaba simultáneamente como Presidente de la Hon. Junta Militar de Gobierno, que acumuló en sí las funciones constituyente, ejecutiva y legislativa y Comandante en Jefe de la institución castrense a la que pertenecía. En esta última calidad tenía la tuición directa de los Servicios de Inteligencia del Ejército y era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempo de guerra, con arreglo a lo estatuido por los artículos 74 y 75 del Código de Justicia Militar, pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades.

13º) Que el carácter de Presidente de la Hon. Junta Militar de Gobierno, del general Augusto Pinochet Ugarte, en los días que tuvieron lugar los hechos en que se funda la petición de desafuero, lo mantuvo hasta fines de mil novecientos setenta y cuatro cuando, en virtud del Decreto Ley N° 807 de diciembre de ese año, recién se le designó Presidente de la República por la propia Junta de Gobierno. Aquella investidura, en primer lugar consignada, permite descartar, desde luego y sin perjuicio de otros argumentos, la alegación de un juicio político previo al desafuero, porque durante los días que acontecieron los hechos investigados el actual senador vitalicio no servía el cargo de Presidente de la República y, en consecuencia, no es posible aplicarle el estatuto jurídico que para esta autoridad del Estado consagran ahora los artículos 48, N° 2), letra a), y 49, N° 1) de la Carta Fundamental que se ha esgrimido en estrados, y, así entonces, sólo queda subsistente su actual fuero parlamentario que se debate en esta sede.

14º) Que, bajo el prisma enunciado en las dos motivaciones precedentes, nace la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio, la que se apoya en aquella delegación de sus funciones jurisdiccionales como jefe máximo de los tribunales militares en tiempo de guerra que exhibió el general Sergio Arellano Stark, a los comandantes de las unidades castrenses que con su comitiva visitó en cumplimiento de esa delegación desde fines de septiembre hasta mediados de octubre de mil novecientos setenta y tres. Aún cuando el documento respectivo no consta en autos, a él hacen referencia los jefes operativos que tuvieron ocasión de verlo e imponerse de su contenido, como lo son el propio general Sergio Víctor Arellano Stark a fj. 500, el coronel Ariosto Alberto Lapóstol Orrego, entonces comandante del Regimiento de Artillería Nº 2 “Arica”, de guarnición en La Serena (fj. 900), el teniente coronel Oscar Ernesto Haag Blaschke, entonces comandante del Regimiento de Ingenieros “Atacama” con asiento en Copiapó (fj. 906), el general de brigada Joaquín Lagos Osorio, entonces Comandante en Jefe de la I División de Ejército con asiento en Antofagasta (fs. 36 y 37, punto 30 y 744) y el coronel Eugenio Rivera Desgroux, entonces comandante del Regimiento de Infantería Nº 15 “Calama”, de guarnición en esa misma ciudad (fs. 115 y 1598).

Corroborar la existencia de esa delegación la fotocopia de fs. 1873 y 1874 de la Orden Nº 1, extendida en Talca el treinta de septiembre de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual se releva de su cargo de Intendente de la Provincia de Talca y comandante del Regimiento de Montaña Nº 16 “Talca” al teniente coronel Efraín Jaña Girón, la que aparece suscrita por el general de brigada Sergio Arellano Stark como oficial delegado del Presidente de la Junta de Gobierno y Comandante en Jefe del Ejército.

15º) Que igualmente es relevante volver al testimonio del ex Comandante en Jefe de la I División de Ejército con asiento en Antofagasta, general de brigada Joaquín Lagos Osorio, que corre de fs. 23 a 41 y 743 a 746, cuando relata que en la tarde del diecinueve de octubre de mil novecientos setenta y tres, en un salón preparado para ese propósito en el aeropuerto de Antofagasta, dio cuenta al entonces comandante en jefe del Ejército, general Augusto Pinochet, de sucesos acaecidos en esa ciudad y en Calama, de los cuales responsabiliza a la comitiva encabezada por su oficial delegado general Sergio Arellano Stark, entrevista donde aquél negó haber dado tales

órdenes y trató de comunicarse infructuosamente con Arellano por teléfono, en vista de lo cual le dejó recado de regresar de inmediato a Santiago. Agrega el declarante que a fines de octubre se le pidió una relación del número y nómina de los ejecutados en su jurisdicción, la que confeccionó incluyendo separadamente aquellos ajusticiados por la comitiva de Arellano Stark y los muertos por orden de los comandantes de guarnición, pero se le ordenó trasladarse a Santiago con todos los sumarios de los ejecutados en su territorio jurisdiccional, lo que cumplió con un oficio conductor que contenía igual diferenciación, y esa misma noche, continúa, el ayudante del comandante en jefe le transmitió la orden de rehacer dicha comunicación, omitiéndose lo obrado por Arellano, para refundir todo en una sola lista general de fusilados, y fue así como a la mañana siguiente, en las oficinas de la propia Comandancia en Jefe del Ejército en Santiago, le escribieron otro documento, ajustándose a las nuevas instrucciones. Finalmente, manifiesta su extrañeza porque ninguno de los miembros de la comitiva de Arellano ni éste resultaran sancionados, sino que, por el contrario, se les premió con ascensos, mandos de gran jerarquía y destinaciones en misiones en el exterior.

De fs. 736 a 738 rola el oficio conductor inicial entregado por el general Lagos Osorio y firmado por éste, datado en Antofagasta el treinta de octubre de mil novecientos setenta y tres, el cual se advierte con su resumen final tarjado y una anotación marginal manuscrita que dice: "No hubo proceso sumarísimo", cuya procedencia no se ha determinado. Además, a fj. 735 obra un oficio remisor del anterior, suscrito por el mismo general y procedente de la I División de Ejército con destinatario el comandante en jefe de la institución.

16º) Que, en conclusión, los antecedentes reunidos hasta estas alturas de las indagaciones hacen procedente por esta Corte la declaración de haber lugar a la formación de causa, en relación al senador Pinochet Ugarte, única forma de permitir, tanto a los querellantes particulares como a los procesados, parlamentario aforado y demás inculpadados, a través del paulatino desenvolvimiento del proceso, discutir y probar, en su caso, si los hechos materia de las numerosas querellas son o no constitutivos de los delitos que en ellas se describen y si la convicción del tribunal, en cuanto a la participación culpable del congresal en los mismos, pasan más allá de las meras sospechas.

Y tal como lo hicieron ver esta misma Corte y la Excm. Corte Suprema, al conocer del recurso de amparo formalizado contra el auto de procesamiento librado en esta causa, los temas que se han renovado en esta oportunidad, relativos a la calificación jurídica exacta y firme de los sucesos indagados, los efectos de la cosa juzgada que emana de los sobreseimientos definitivos, la prescripción de las acciones penales y la aplicación y alcance de la ley de amnistía, como asimismo los eventuales exámenes médicos a los que correspondería someter al parlamentario inculpado, deben ventilarse con mayor propiedad dentro del litigio penal y ante el juez competente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 5º, inciso 2º, y 58 de la Constitución Política de la República, 141 incisos 1º y 4º, 292, 293, 320 y 391 N° 1º, circunstancias primera y quinta, del Código Penal y 255 N° 1º, 611, 612 y 618 del Estatuto de Procedimiento Penal, se declara que HA LUGAR a la formación de causa respecto del senador vitalicio Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, por los hechos que han sido materia de la investigación en el cuaderno pertinente de los autos criminales que motivaron esta decisión.

Se previene que el Ministro Sr. Brito también tuvo en consideración que, los antecedentes probatorios reunidos en autos y que fueran relacionados en los fundamentos de la decisión, como ya se dijo, son suficientes para estimar la concurrencia de los requisitos de la causal de desafuero y justifican legalmente que se proceda respecto del Senador Pinochet a objeto de investigar su eventual participación de autor, no siendo óbice a este respecto la circunstancia de no existir imputaciones de ser ejecutor de los ilícitos cuya existencia ha sido declarada provisionalmente, porque el artículo 15 del Código Penal consulta alternativas de autoría que no requieren acción directa, todas las cuales atendidas las aludidas probanzas deben ser tenidas como hipótesis de la pesquisa y, por lo mismo, objetos de prueba y materia de una resolución de fondo que declare o descarte la hasta ahora eventual responsabilidad.

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas, que concurre al fallo, comparte sólo sus considerandos 1º, 2º, 4º y 8º (pero eliminándole la expresión “no obstante todo lo anterior”) y 16º, además de las citas legales, con excepción de las circunstancias primera y quinta del N° 1 del artículo 391 N° 1 del Código Penal; y tiene en cuenta, además, para fundamentar su decisión lo siguiente:

A) Que, como se sabe, el fuero es una garantía que el ordenamiento establece a favor de los parlamentarios, en razón de sus cargos, para evitar que se dirija en su contra alguna actividad procesal penal, sin que previamente —salvo el caso de delito flagrante— la Corte de Apelaciones respectiva declare que existe mérito para la formación de causa en su contra.

Dicha declaración supone la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y de antecedentes de participación penal culpable del parlamentario en ese ilícito; y puede originarse en la actividad del juez que aprecie la existencia de los antecedentes que pueden motivarla, o en la solicitud de la parte actora encaminada al mismo fin, incluso si esa petición es denegada, pues es posible recurrir entonces al Tribunal de Alzada.

B) Que las normas pertinentes al desafuero, en lo que aquí interesa, se encuentran en el inciso 2° del artículo 58 de la Carta Fundamental y en los artículos 612 y 616 del Código de Procedimiento Penal, que son del siguiente tenor:

Art. 58. Inc. 2° “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”.

Art. 612 “Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra un Diputado o Senador datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa.

Si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración”.

Art. 616 “Mientras no se declare haber lugar la formación de causa, el tribunal que conozca del proceso se abstendrá de practicar actuaciones que se refieran al Diputado o Senador a quien se impute el delito, a menos de recibir expreso encargo de la respectiva Corte de Apelaciones”.

C) Que del análisis de las normas transcritas cabe concluir, como se ha dicho más arriba, que el sentido de la garantía en estudio es el de impedir que se dirija procedimiento o se proceda contra un parlamentario,teniéndolo como sujeto pasivo de la gestión jurisdiccional, sin que exista previamente la referida declaración del Tribunal de Alzada.

Ello no obsta a que se realicen diligencias preliminares, las que sean estrictamente necesarias, que deben detenerse cuando aparezcan en contra del parlamentario datos que podrían bastar para su detención, sin que pueda llegarse a seguir el proceso en su contra o practicar actuaciones que a él se refieran, teniéndolo como sujeto pasivo de los autos. Por el contrario, una vez que se ha declarado “haber lugar a formar causa”, es posible practicar diligencias o actuaciones relativas directamente a la persona desahorada.

D) Que, sin lugar a dudas, por la propia naturaleza de la cuestión de que se trata, pueden encontrarse posiciones doctrinarias o jurisprudenciales relativamente diferentes a la síntesis que se esboza en los fundamentos que anteceden, pero es lo cierto que ella corresponde al cuerpo central o medular de lo que es propio a la institución del desahuro.

E) Que en estos autos se ha deducido querellas y se ha planteado alegaciones, defensas y recursos que se refieren a hechos que importan la existencia de diversos delitos, algunos de los cuales ya se los ha tenido por establecidos, aunque todavía en la etapa provisional que es propia del procesamiento, encontrándose pendiente lo que podría establecerse respecto de los demás. Esta situación procesal permite estimar cumplido el primer requisito necesario para cursar el desahuro, a lo que cabe agregar que no se ha negado la realidad de los hechos aludidos.

F) Que en cuanto al segundo requisito, los antecedentes que lo conforman fluyen de las diversas actuaciones y piezas del proceso, algunas de las cuales sirven de base a los procesamientos vigentes, lo que va más allá de las imputaciones efectuadas en las querellas o por los querellantes en el curso de la investigación, las que pueden ser discutibles.

Tales antecedentes se ponderan en el contexto del procedimiento de desahuro, dentro del cual cabe estimarlos suficientes para declarar que procede la formación de causa, para que el juez a su

cargo avance en la investigación, incluyendo en su actividad al señor senador, a quien podrá tener como sujeto pasivo del proceso penal, en cualquiera de las formas que son propias de la participación penal culpable, si las condiciones legales concurren al caso de que se trata, sin que ello implique –como se sabe y se ha dicho de manera reiterada– pronunciamiento respecto de ningún aspecto propio de etapas posteriores del sumario, ni mucho menos de aquellos de fondo que corresponda a la sentencia definitiva.

G) Que al decidir que se hace lugar a la formación de causa, sólo se actúa en consecuencia con el mérito de autos y con lo previsto en la normativa constitucional y legal pertinente, sin que se vulnere el conjunto de contenidos que, según la doctrina y el ordenamiento internacional y nacional, configuran el debido proceso, conforme lo acredita la propia realidad del proceso, en cuanto se refiere a presencia a través de apoderado, peticiones y alegaciones formuladas, recursos anunciados, etc.; y porque tales principios adquieren en rigor plena vigencia en el juicio mismo –inmediatamente posterior–, el que está debidamente regulado por la ley bajo la forma de un racional y justo procedimiento.

H) Que cabe consignar, finalmente, que no advierte el previniente contradicción entre lo que en este acto decide y lo que resolvió –positivamente en su minuto– respecto a ordenar la práctica de exámenes médicos al señor senador vitalicio; tanto porque se trata de cuestiones y etapas diferentes, ya que aquella fue de tipo previo, motivada por razones humanitarias y con carácter esencialmente informativo, mientras que ésta es ya decisiva, inexcusable en el pronunciamiento y en la coherencia con el mérito de autos, cuando ya se desestimó lo que en la primera pudo hacerse; cuanto, porque decretado el desafuero resulta obvio que el juez de la causa, entre sus primeras diligencias relativas a este inculpado, habrá de ordenar el examen mencionado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para cumplir con la obligación que emana de su texto y con un elemental dictado de la prudencia que le es propia.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte los fundamentos tercero, sexto y párrafo primero del motivo duodécimo de la sentencia y concurre a la decisión teniendo presente, además, las siguientes argumentaciones:

1º) Que el Constituyente ha dotado a quienes ejercen la función legislativa y tienen la calidad de parlamentarios, del atributo de no

verse expuestos a la interposición de acciones penales infundadas, que prive al Congreso de su concurso o le impida ejercer sus competencias propias, con lo cual el fuero constitucional “no es privilegio de inmunidad personal, sino de la función, en beneficio de la libertad y seguridad del Poder Legislativo” (Rafael Fontecilla Riquelme, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I, página 439);

2º) Que la Carta Fundamental actualmente, en sus artículos 30 y 58 ha dispuesto que a los diputados, senadores y ex Presidentes de la República, desde la oportunidad que se indica, les es aplicable el beneficio procesal penal de “Fuero Constitucional”.

Dicha garantía procesal se refleja en los siguientes aspectos:

a) Los jueces del crimen, y las autoridades con competencia para ordenar la detención, deben abstenerse de disponer esta medida respecto de los parlamentarios, como medio para hacerlos comparecer al juicio, salvo el caso de delito flagrante y para el sólo efecto de ponerlos a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva para que se decida lo pertinente conforme lo señala el artículo 614 del Código de Procedimiento Penal;

b) Los magistrados están impedidos de someter a proceso directamente a los parlamentarios;

c) Los tribunales no están habilitados para asegurar conforme al procedimiento general la persona del inculcado, diputado o senador, por medio de la prisión preventiva, para los efectos que se presente a los distintos actos del proceso;

d) Para adoptar las medidas expresadas en las letras anteriores debe obtenerse un pronunciamiento previo que habilite a los tribunales en tal sentido declarándose que existe mérito para la formación de causa en contra del parlamentario;

e) Para efectuar la declaración anterior a lo menos debe existir un hecho que revista los caracteres de delito y que hayan sospechas fundadas que al parlamentario le corresponde participación penal culpable en el mismo;

f) El Tribunal competente para adoptar la decisión de formación de causa respecto del diputado o senador es la Corte de Apelaciones respectiva;

g) El efecto de la declaración que hace lugar a la formación de causa en contra del parlamentario es la suspensión del cargo y queda sujeto a lo que pueda disponer el juez competente, el cual podrá asegurar su comparecencia al juicio ordenando su detención,

hacer efectiva su responsabilidad, sometiéndole a proceso, disponer su prisión preventiva, como medio de garantizar que se presentará a los distintos actos del proceso, formular los cargos que procedan al redactar la acusación y dictar sentencia condenatoria a su respecto, todo si procediere según el mérito de los antecedentes pertinentes;

3º) Que en la sentencia de esta Corte se ha dejado establecida la existencia de diferentes sucesos que tienen caracteres de delitos –hechos cuyo acaecimiento ha sido aceptado por la defensa del senador Augusto Pinochet Ugarte– y se han enunciado algunas sospechas fundadas de participación en aquellos del citado parlamentario, reproches asentados en datos que se encuentran sustentados en apreciaciones que se desprenden de la ocurrencia de acontecimientos ciertos y determinados, conforme a los cuales se arriba a tales deducciones, que, en el caso de autos y en la actual etapa de la investigación, se encaminan a atribuirle participación de presunto autor en las acciones investigadas al senador de la República imputado, en alguna de las formas previstas en el artículo 15 del Código Penal, sin que sea menester, por ahora, efectuar mayores precisiones sobre este punto.

Este juicio provisional deja abierta la posibilidad que la defensa del inculpado, en el curso del sumario correspondiente, desarrolle la actividad probatoria por la cual pueda desvirtuar las sospechas que recaen sobre él, como, por el contrario, que se incorporen nuevos elementos incriminatorios en su contra.

4º) Que en lo relativo a la garantía del debido proceso, comprendido en la igualdad ante la justicia, ha tenido una evolución en la doctrina, jurisprudencia y comunidad internacional, plasmándose en tratados y leyes, como, además, ha sido desarrollado por estudios y sentencias, asociándose a dicho concepto diversas consecuencias, tales como el derecho del inculpado a ser emplazado legalmente para concurrir al juicio, en el que debe ser oído, permitiéndosele llevar adelante una defensa adecuada que incluya la posibilidad de efectuar alegaciones, oposiciones, ofrecer y rendir pruebas, exigir se dicte sentencia dentro de un plazo razonable por un juzgador objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, presumiéndose siempre su inocencia, en tanto no concluya el proceso en que se declare su culpabilidad. Todo lo cual ha sido incrementado progresivamente por la interpretación de la norma constitucional que dispo-

ne: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (artículo 19 N° 3, inciso quinto de la Constitución Política de la República).

Si bien la garantía individual aludida constituye un mandato que tiene por destinatario al legislador, el principio de la supremacía constitucional ha llevado a los tribunales a desarrollar su contenido, de modo tal, que los posibles sujetos o partes del juicio penal cuenten con todas las garantías necesarias para reafirmar su inocencia de los cargos que se le puedan formular en el mismo.

5º) Que amparada en el concepto anterior, la defensa del senador imputado ha hecho presente que su representado no se encuentra en condiciones de ser oído, pues los males físicos que le aquejan le impiden comprender los cargos que se le formulan, aspecto –según ha insistido– es ajeno a la eximente de privación de la razón, sino que se encuadra en la falta de requisitos para que se siga a su respecto el debido proceso legal.

La decisión que se emita a este respecto debe tener por sustento una labor hermenéutica sistemática, integral, armónica y razonable, que concilie el derecho de acción de los ofendidos o víctimas del injusto, como los de quien puede ser responsable de la conducta aparentemente ilícita.

6º) Que si bien la garantía enunciada debe ser observada en todo procedimiento, sus extremos los determina la competencia del tribunal y los presupuestos de una sentencia acorde a lo requerido, circunstancias que, conforme se ha reiterado en varias ocasiones, en el caso presente, se está ante un juicio abreviado por el que se emite decisión que posibilitará la formación de causa respecto de una autoridad del Estado con fuero constitucional, acreditada, como está, la existencia de un hecho con caracteres de ilicitud y la concurrencia de fundadas sospechas de su participación en los mismos, aspectos que limitan su actividad en este procedimiento en atención directa con el motivo principal de la alegación o defensa, que pretende obtener la declaración de un beneficio de carácter procesal que afectaría en forma determinante el aspecto sustantivo del juicio penal a su respecto, sin que se relacione con la existencia de la conducta reprochada, que ésta no se encuentre descrita expresamente por una

norma penal que la califique de ilícita o que carezca de culpabilidad en su realización. En efecto, no procede que un aspecto de procedimiento, y respecto del cual, por ahora, no se respaldan con elementos de juicio suficientes, amague la acción penal, a lo que se une el hecho que no se sustenta, en esta parte, en la falta de acción, tipicidad, antijuricidad o que no esté sancionada con una pena.

La humanización del proceso penal ha llevado a nuestro legislador a otorgar múltiples prerrogativas a las partes que en él intervienen, es así, en lo que respecta al inculcado se han reconocido diversos derechos, en especial los consignados en el párrafo tercero, título III del Libro I y títulos VI y VII del Libro II del Código de Procedimiento Penal, conforme a los cuales el juez debe informar al inculcado los hechos que se le atribuyen, permitiendo que exponga cuanto tenga por conveniente para demostrar su inocencia y explicar los hechos, procediendo a suspender su indagatoria si llegare a perder la serenidad de juicio necesaria para contestar las interrogaciones, concediéndosele el descanso prudente y razonable para recuperar la calma, disponiendo los exámenes pertinentes de observar el magistrado indicios de enajenación mental en el inculcado, de lo cual dejará expresa constancia en el acta de la diligencia (artículos 322, 329, 333 y 348 del Código de Procedimiento Penal); examen a que será sometido siempre, entre otros casos, cuando se le atribuya participación en un delito al que la ley le asigne penas temporales mayores en su grado máximo o superiores a ésta, o cuando fuere mayor de setenta años de edad, cualquiera sea la penalidad del delito (artículo 349 del Código de Procedimiento Penal).

Tales prerrogativas procesales dan suficiente garantía y solución a las prevenciones de la defensa del parlamentario, todo lo cual lleva a considerar prudente, moderado, justo y equitativo desestimar las argumentaciones en que se sustenta la alegación, con el fin de mantener el equilibrio en el procedimiento, posibilitando de este modo que el juez de la causa, en la oportunidad procesal correspondiente y sobre la base de antecedentes objetivos resuelva lo pertinente conforme a la constatación que observe al tomar declaración indagatoria al inculcado; alegación que, según se ha dicho, en todo caso, excede los márgenes del procedimiento abreviado de desafuero.

7º) Que si bien a la fecha en que ocurrieron los hechos que se imputan al senador Pinochet Ugarte y materia de este procedimiento, no detentaba la calidad de Presidente de la República y constitu-

ye una realidad procesal que los actos que se le reprochan, en ningún caso podrían considerarse comprendidos en las tareas de administración del Estado como Presidente de la Junta de Gobierno, esto es, en la satisfacción de las necesidades colectivas de la Nación, que propenden al bienestar general de sus habitantes;

8º) Que, en todo caso y atendiendo a la duplicidad de funciones del senador, el acto por el cual efectuó la delegación de facultades y que posibilitó la realización de los hechos punibles, aparece dispuesto en calidad de Comandante en Jefe del Ejército, pero que permite separarles psicológicamente, puesto que, en su caso, se ha tenido en consideración móviles diversos de aquellos que inspiran a quien está al frente de la referida Institución;

9º) Que la transferencia del ejercicio de facultades jurisdiccionales efectuada por su titular a un subordinado de modo expreso, temporal, territorial y revocable, requiere de la satisfacción de exigencias relativas a la eficacia en el cumplimiento oportuno de la función, por lo que quien delega debe extremar los controles respecto de la forma en que se emplea la atribución delegada, con el objeto que se realice eficientemente y conforme a las orientaciones por él impartidas. “Recuérdase que si bien el delegado es el que actúa en el ámbito objetivo de la delegación, sus poderes jurídicos son derivados, no originarios, y no son autónomos sino que son parte de un ente que tiene un jerarca que es quien lo dirige y, al cual le están subordinados todos los órganos inferiores como dependientes de él que son”, “conservando su poder de dirección y revisión, por tanto, podrá impartirle instrucciones a fin de guiarle en la adopción de las decisiones que haya de dictar”, pudiendo revocar el acto delegatorio y reasumir su competencia si lo estimare procedente (Eduardo Soto Kloss, “La Delegación en el Derecho Administrativo Chileno. Nociones Fundamentales. Revista de Derecho Público N° 45-46, volumen del año 1989, página 115 y siguientes).

El delegante adquiere responsabilidad personal por la falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes de supervigilancia, control, fiscalización u omisión de la exigencia de rendir cuenta del desempeño del encargo por parte del delegado, específicamente, respecto del ejercicio de la atribución delegada, si su actuación antijurídica afectó a terceros, “su omisión en esas tareas conlleva el incumplimiento de sus deberes, pues a él le está atribuido el poder

jerárquico sobre el inferior, delegado, que no desaparece, obviamente, por el hecho de la delegación sino, por el contrario, se acrecienta y aumenta debido a ello, puesto que el delegado nada menos que actúa por él, como si fuese él mismo”, atendido el antecedente que “no cabe olvidar que si actúa por delegación es porque ha mediado una orden previa del delegante para que actúe en esa forma” (Eduardo Soto Kloss, *idem*, págs. 144-145); circunstancia que se presumirá si no requiere información del encargo, como también si el comportamiento inapropiado del delegado, no es reprimido posteriormente.

10º) Que a modo ilustrativo procede traer a colación una disposición posterior a la fecha de los hechos, pero que recoge los principios básicos y fundamentales relativos al traspaso de competencias propias de una autoridad a un subordinado, la cual se encuentra contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone: “El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado sobre las bases siguientes:

a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;

b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;

c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;

d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización, y

e) La delegación será esencialmente revocable.

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación.

Podrá igualmente delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada.”.

11º) Que la Constitución Política de un Estado, si bien constituye un sistema en que sus disposiciones no pueden ser interpretadas

aisladamente, puesto que todas ellas se encuentran relacionadas, formando un cuerpo orgánico integrado, que se rige por principios y directrices entrelazadas unas con otras, pero que no obstante su complejidad sólo entrega los aspectos fundamentales o básicos de la organización de la comunidad, circunstancia que impone el deber de ampliar el círculo hermenéutico con un prisma sistemático y armónico, de modo tal que las funciones, facultades, atribuciones, competencias y obligaciones cuya realización y cumplimiento son confiadas a los órganos que establece no resulten ilusorias, lo contrario daría origen al decaimiento de sus prescripciones.

En efecto, corresponde, además, tener en consideración que jamás se puede suponer la falta de previsión del constituyente y el legislador, y por esto se reconoce como principio inconcuso, que la interpretación de las reglamentaciones que se dictan en uso de tales funciones deben efectuarse siempre evitando los sentidos que pongan en pugna sus disposiciones, dejando sin aplicación unas u otras, sino que debe preferirse como verdadero lo que las concilie y las deje a todas con valor y efecto.

Es así como, la defensa del senador imputado invoca las normas referidas al juicio político, pues en su concepto debe llevarse adelante en forma previa al procedimiento de desafuero, para lo cual si bien resulta bastante señalar que los actos por los cuales se solicita se le prive del fuero constitucional que le asiste, no fueron realizados cuando detentaba el cargo de Presidente de la República, a lo que se une el antecedente que tampoco dichos sucesos se encuadran dentro de actos de administración del Estado, sino que si se quiere, podrían tener alguna relación con el empleo de competencias propias del cargo de Comandante en Jefe del Ejército.

En torno a la alegación enunciada, no se puede desconocer por otra parte que el artículo 3º Transitorio de la Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, sólo permite formular acusación constitucional con motivo de actos realizados a contar del 11 de marzo de 1990, atento al hecho que con anterioridad las disposiciones que lo contemplaban no se encontraban vigentes, según lo dispuso la norma vigésima primera transitoria, letra b) de la Carta Fundamental, señalando que de aplicarse se constituiría la Cámara en una comisión especial en los términos del artículo 19 N° 3, inciso quinto de la referida Carta, todo lo cual no mereció reparos de constitucionalidad en el examen preventivo realizado por el Tribunal Constitucional, circunstancia que impide toda posibilidad de realizar

juicio político a las autoridades gubernamentales señaladas por el artículo 48, letra b) del Código Político, para lo cual se tiene en consideración que en ningún caso Augusto Pinochet Ugarte pudo realizar actuaciones propias de su cargo de Presidente de la República luego del 11 de marzo de 1990, al concluir en esa fecha su mandato.

En el evento indicado y atento al principio de inexcusabilidad propio de los órganos judiciales que les impone el sistema jurídico, en el sentido de que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, si aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión” (artículos 73 inciso segundo de la Constitución Política y 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales), conforme a cuyo tenor, la falta de vigencia de la norma ya citada del artículo 48, letra b) de la Carta Fundamental, atendido lo expresamente dispuesto por la norma vigésima primera transitoria del texto indicado que señala: Dentro del período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no será aplicable el capítulo V sobre el Congreso Nacional, excluidas las normas que indica; excepción entre las cuales no se cuenta la disposición que contempla el juicio político, imponen a esta Corte, en concepto de este previniente, el deber de ejercer sus atribuciones por el procedimiento correspondiente.

En efecto, si bien no tenían fuerza vinculante las articulaciones que estructura y reglamentan la acusación constitucional, no ocurría lo mismo con la norma del artículo 73, inciso primero de la Carta Fundamental, que desde los primeros textos constitucionales los tribunales han debido observar, la cual les encarga “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”, en este caso, bajo el procedimiento que contempla en el título IV del Libro III la Ley Procesal Penal.

Lo anterior le parece a este previniente justo, moderado, prudente y conforme a la razón que ha debido ser adoptada conforme a una valoración axiológica de la justicia que impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia. Con mayor fuerza se alza esta conclusión si se tiene en consideración el principio de igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos, que permite la satisfacción de las pretensiones procesales penales en el juicio en que incide este

procedimiento de desafuero, que posibilitará investigar en toda su extensión los hechos materia de dicho sumario.

Acordada la declaración de haber lugar a formar causa contra el senador vitalicio don Augusto Pinochet Ugarte con el voto en contra de los Ministros Sr. Ballesteros, Sra. Camposano, Sres. Pfeiffer, Valenzuela, Kokisch y Villarroel, Srta. Morales y Sres. Araya y Díaz, quienes estuvieron por rechazar la petición de desafuero, en virtud de las siguientes consideraciones:

A. Los hechos han debido ser de conocimiento de la Cámara de Diputados y del Senado de la República:

1º) Que el desafuero de autos no sólo ha sido solicitado respecto de una persona que en la actualidad ostenta el cargo de Senador Vitalicio, sino que además tiene la calidad de ex Presidente de la República, lo que reviste especial importancia si se tiene en consideración que el que se dé lugar a la formación de causa tiene por objeto enjuiciarlo criminalmente por la participación que le asistiría en ilícitos penales que habrían perpetrado delegados y subordinados suyos precisamente durante su gobierno;

2º) Que en efecto, desde el Once de septiembre de 1973 y hasta el Once de marzo de 1990, el General Augusto Pinochet Ugarte, actual Senador vitalicio, desempeñó la Jefatura máxima de la República, cargo que en un primer momento sirvió con el título de Presidente de la Junta de Gobierno, luego con el de Jefe de Estado y posteriormente con el de Presidente de la República, por lo que los hechos por los cuales se pretende enjuiciarlo ocurrieron durante la época en que la Administración del Estado estuvo bajo su mando, careciendo de relevancia la denominación que se haya otorgado a dicho cargo;

3º) Que de los antecedentes de autos aparece, que las conductas delictivas por las cuales se ha solicitado el desafuero no se llevaron a cabo por los agentes del Estado motivadas por razones de orden personal, sino que, como es de público conocimiento, por motivos de naturaleza política, por cuanto, a juicio de sus ejecutores, la adopción de medidas de esa naturaleza eran necesarias para la estabilidad del nuevo gobierno y la pacificación del territorio nacional; por ello, no cabe sino concluir que esos ilícitos constituyeron actos de gobierno o de administración del Estado;

4º) Que el artículo 48 de la Constitución Política de la República, al referirse en su número 2º a la atribución de declarar si han o no lugar las acusaciones constitucionales señala “a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo”;

Por su parte, el artículo 49 N° 1 de la Carta Fundamental señala como atribución exclusiva del Senado conocer de las referidas acusaciones y resolver como jurado, limitándose su fallo a resolver si el acusado es o no culpable del delito que se le imputa, agregando que el funcionario que es declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados, norma constitucional que al igual que la anterior mantuvieron la redacción que tenían en la Constitución de 1925 (artículos 39 N° 1 y 42 N° 1);

5º) Que esta norma tiene su razón de ser, la que radica en que, entregándose a una autoridad de orden político la determinación previa de la procedencia o improcedencia de un juzgamiento de las conductas ilícitas, ésta resolverá atendiendo a la conveniencia o inconveniencia del mismo, teniendo para ello en consideración, no necesariamente la Justicia y el Derecho, como los Tribunales de Justicia, sino que fundamentalmente el bien común; es decir lo que aparezca más conveniente para la sociedad en general. Sólo si concluye que lo más conveniente para el bien común es el juzgamiento de las conductas ilícitas conforme a la ley, acogerá la acusación y pasará los antecedentes a los tribunales para ese efecto;

6º) Que de acuerdo con lo expuesto en los fundamentos que anteceden y, acorde con las normas constitucionales aludidas, resulta evidente que los hechos calificados como delitos, por los cuales se encuentra procesado el general Sergio Víctor Arellano Stark, y respecto de los cuales se atribuye participación al Senador Pinochet, deben ser calificados como actos de administración, lo que lleva a la conclusión de que esta Corte de Apelaciones carece de competencia para pronunciarse si procede o no la formación de causa en su contra;

7º) Que es conveniente hacer presente que esta Corte de Apelaciones, en un caso anterior ya se pronunció en el sentido señalado; en efecto, conociendo del caso de los sesenta y tres jóvenes, universitarios y obreros del partido Nacional Socialista, fusilados el cinco de septiembre de 1938 en el edificio del Seguro Obrero, por funcionarios de Carabineros, se pronunció en el sentido antes expuesto, declarando que no podía procederse por tales hechos contra el Presidente de la República, Don Arturo Alessandri Palma, por tratarse de un acto de administración, siendo necesario para ello una acusación constitucional previa, la que fue posteriormente formulada y rechazada por la Cámara de Diputados;

8º) Que en el mismo sentido se pronuncia el tratadista don Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional, tomo III, página 130, en que concluye que la declaración del Senado es la que permite el juzgamiento por parte de la magistratura en la jurisdicción civil y penal;

9º) Que no obsta a lo anteriormente señalado el que, conforme al artículo 3º transitorio de la ley 18.918, Orgánica Constitucional sobre el Congreso Nacional, prescriba que las acusaciones en un juicio político sólo pueden formularse respecto de actos realizados a contar del 11 de marzo de 1990, toda vez que la existencia de esta norma sólo puede llevar a la conclusión que precisamente, lo que el legislador de la época buscó con ella, fue el impedir un posible juzgamiento por parte de los tribunales al no ser posible contar con el veredicto previo del Senado que lo hiciera procedente;

10º) Que, por último, la aceptación de la excepción en estudio resulta indiscutible, si se considera que, conforme a nuestra Justicia Constitucional, la intervención del Senado y los Tribunales ordinarios es precisamente el papel que cumple, respectivamente, en el juicio por jurados el veredicto de éste y la sentencia subsiguientes del tribunal letrado; aquél precisa la ofensa, éste juzga al ofensor. La falta del primer pronunciamiento del Senado, por la razón que sea, impide el actuar competente del tribunal ordinario, que, en la especie, es el tribunal unipersonal de excepción constituido por un Ministro de Corte de Apelaciones (artículo 50 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales);

B. Se han infringido las normas del debido proceso:

11º) Que el fin propio del desafuero es el de declarar si ha lugar a la formación de causa contra un parlamentario que es inculcado de ser autor, cómplice o encubridor de un delito.

El artículo 611 del Código de Procedimiento Penal dispone al efecto que ningún tribunal, aunque halle mérito para imputar un delito a un Senador o un Diputado, procederá contra él sino cuando la Corte de Apelaciones respectiva, reunida en Pleno, declare que ha lugar a formar causa, expresión ésta que significa que se abra, o bien que se continúe un procedimiento ya iniciado, en contra del parlamentario de que se trata (Art. 615 del C.P.P.); que se practiquen actuaciones que digan relación con el Diputado o Senador a quien se imputen los delitos (Art. 616 del C.P.P.); y seguir adelante el procedimiento en contra del congresal (Art. 618 del C. P. P.);

12º) Que son los artículos 612 del Código de Procedimiento Penal, y 58 de la Constitución Política de la República, las disposiciones que contienen las normas que determinan la procedencia o improcedencia del desafuero del Diputado o Senador.

La primera establece:

“Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra una persona con el fuero del artículo 58 de la Constitución datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculcado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa”.

“Si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración”.

La segunda dispone:

“Los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión”.

“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser

procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa.

De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”.

“En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior”.

“Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente”;

13º) Que, del texto de una y otra disposición –la primera de carácter legal, y la segunda de naturaleza constitucional–, surgen diferencias fundamentales, puesto que, según la primera, para que el juez de la causa eleve los antecedentes al tribunal de alzada y se pronuncie éste si hace lugar a la formación de causa, sería suficiente que aparezcan en contra del Diputado o Senador datos que permitirían decretar la detención del inculcado; en cambio, según la norma constitucional, la exigencia es distinta, porque para declarar que hay lugar a formar causa contra el parlamentario ordena primero que no puede ser procesado o privado de libertad si el tribunal de alzada de la jurisdicción, reunido en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa;

14º) Que, de esta forma, cobra vigencia la tesis que hemos sostenido en otros trámites de desafuero, en el sentido que al juez de la causa le corresponde decidir si en los antecedentes aparecen contra el parlamentario datos que podrían bastar para decretar su detención, examen que obligatoriamente debe realizar y que resulta ser previo y diferente de aquel que en su oportunidad corresponderá a la Corte de Apelaciones respectiva, la que, reunida en tribunal pleno, deberá a su turno efectuar la revisión, ahora de mayor rango que la anterior, acerca del mérito que arroje el análisis de las pruebas y de las razones que emanen del proceso, que le servirán para emitir el dictamen, el que abarcará necesariamente tanto la existencia de los hechos imputados –que deberán revestir caracteres de delito–, cuanto

los antecedentes acerca de la participación, respecto de la cual deberán fluir no sólo fundadas sospechas contra el congresal sino igualmente datos ciertos de haber tenido éste intervención como autor, cómplice o encubridor;

15º) Que, en consecuencia, entendida de esta forma la dirección que debe seguir la solicitud de desafuero, primero sometida al examen formal que efectúa el juez de la causa, y luego supeditada al análisis y revisión de mayor rango y jerarquía que debe realizar el tribunal de primera instancia, que es la Corte de Apelaciones respectiva, se cumplen los fines de la ley, cuales son, en primer lugar, dar protección a los parlamentarios contra acciones judiciales infundadas que pudieran dirigirse en su contra, y en segundo término, luego de emitida la declaración de haber lugar a la formación de causa, el de hacer efectiva respecto de ambas partes, la requirente y el parlamentario, el principio de igualdad que deberá regir en sus acciones y relación procesal, asegurándose a todos la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, como lo establece imperativamente la Constitución Política de la República en su artículo 19 N° 3º;

16º) Que, el procedimiento relativo a las personas que tienen el Fuero Constitucional que contempla el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal, no es un procedimiento de mero trámite, ni un simple antejuicio, sino que en sí mismo, **es un juicio especial**, un ritual procesal reglamentado etapa a etapa en la ley, cuyas reglas están destinadas a preparar el proceso penal y sin las cuales éste no se podrá iniciar, que tiene importancia fundamental en las relaciones de los habitantes del país con los congresales, en cuanto se refiere a los hechos delictivos que pudieren cometer estos últimos en contra de los primeros.

En consecuencia, las resoluciones que pronuncien los tribunales de justicia en materia de desafuero de un parlamentario **constituyen sentencias definitivas** que revisten especial gravedad y trascendencia, dado que, si son afirmativas, se suspende la inmunidad de que aquél está investido, quedando sujeto a la jurisdicción del juez que instruye el proceso, y además, suspendido como congresal; y, si son negativas, producen el sobreseimiento definitivo a favor del diputado o senador afectado por la requisitoria (Rev. de Der. y Juris. Corte Suprema. 15 de mayo de 1959. Sec. IV, parte II, pág. 83);

17º) Que en este procedimiento de desafuero, como en otros reglamentados en el Código de Procedimiento Penal y en leyes especiales, mediante los cuales se ejerce la jurisdicción criminal, deben considerarse en la actualidad insertas como parte integrante de sus trámites y actuaciones más elementales las normas del Debido Proceso Legal, que han surgido en la disciplina jurídica a virtud de la mayor protección que la legislación y doctrina nacional e internacional han estimado indispensable debe darse al habitante de cada nación o lugar, y que el legislador ha ido incorporando en las leyes fundamentales.

Nuestro país no ha estado ausente en el reconocimiento de la necesidad de otorgar a los nacionales una mayor protección, concretándose ella mediante la obligación impuesta al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas, como se lee del inciso 3º, del N° 3º, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de 1980;

18º) Que esta institución del Debido Proceso Legal emerge y se abre camino en el siglo XIII, cuando en el derecho anglosajón se aceptó incorporar normas en el derecho escrito —en la Carta Magna Inglesa de 1215—, como un principio sustantivo fundamental informador de todo el ordenamiento jurídico, con el fin de precaver y proteger la vida, la libertad y las tierras de las personas, contra los actos de la autoridad, transformándose en válvulas reguladoras entre la libertad individual y las imposiciones de aquélla.

Siglos de constante lucha desigual por la vida, la libertad y la propiedad, han ido consolidando lenta e imperceptiblemente, pero con la fuerza arrolladora de sus fines y objetivos, la institución hoy reconocida en la mayor parte de los países, no obstante la fuerza y poder de la autoridad, ejerciendo los principios que lo informan e incidiendo radicalmente en los procedimientos legales, influencia de la que no puede estar ajeno el derecho procesal nacional por las circunstancias que hemos resaltado, teniendo ya en nuestro derecho consagración constitucional;

19º) Que el fin del Debido Proceso Legal procesal es garantizar a las partes un juicio limpio en cualquier clase de procedimiento, y en especial en un proceso penal, en que la función jurisdiccional deberá minimizar y aún suprimir el riesgo de resoluciones injustas, para evitar precisamente el ejercicio arbitrario del poder.

Entre las garantías consideradas básicas, fundamentales e irrenunciables, se consignan el derecho a un proceso rápido, el derecho a un proceso público, el derecho a un proceso con juez o con jurado imparcial, derecho a careo con los testigos, derecho a la asistencia letrada y el derecho a ser informado de la naturaleza y motivos de la acusación deducida. Debe tener el imputado noticia clara y razonada del procedimiento que se inicia en su contra, otorgársele el tiempo necesario para comparecer y presentar cuantos medios de prueba estime pertinente, previa la comunicación efectiva entre él y su defensa;

20º) Que el fin de estas reflexiones no es continuar en el estudio del Debido Proceso Legal, sino sólo dejar constancia que hay consideraciones básicas y elementales que ningún procedimiento nacional puede ignorar ni transgredir sin causa ni motivo de orden superior, y sin originar un grave quebrantamiento a los principios y normativa de las leyes de enjuiciamiento criminal y de la legislación fundamental, especialmente si esta institución está contemplada como un derecho que la Constitución garantiza a todos los habitantes de la Nación;

21º) Que, además de aquellas normas constitucionales, debe tenerse en cuenta la influencia indudable que deben tener las disposiciones contenidas en tratados y convenciones suscritas e incorporadas en nuestra legislación, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica, que impone a los Estados contratantes el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 1º, Capítulo 1, Parte I).

Entre las Garantías Judiciales que contempla el Tratado, se encuentran la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, y su derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con éste (Art. 8º, N° 2º, letras b) y d), del Capítulo 1, Parte I);

22º) Que, sobre esta materia, no es posible ignorar o desoír el reclamo del representante del Senador Vitalicio, abogado don Gustavo Collao Mira, en los escritos de fs. 3211 y 3241, ni la información proporcionada por el abogado don Ricardo Rivadeneira M. en estrados, sobre el hecho que su salud no le permite defenderse, abundando el último en expresiones en el sentido que no ha podido ser informado de los hechos que se le atribuyen, no ha podido decidir acerca de quién hubiere querido que le defienda, ni instruir a su abogado sobre los hechos y su defensa; en suma, añade que el Senador Vitalicio no puede ser oído;

23º) Que, sobre el estado de salud del Senador Vitalicio, no existen otros antecedentes que las aseveraciones del Gobierno de Chile, de sus abogados y los informes de salud y resoluciones del Ministro del Interior Británico señor Jack Straw.

Es público y notorio que el Gobierno Chileno pidió al Gobierno de Gran Bretaña la liberación del Senador Vitalicio, invocando motivos de salud que no le permitían afrontar el procedimiento de extradición pasiva a España a que estaba siendo sometido, solicitud que se hizo por la vía diplomática, siendo respaldada por informes médicos que indicaban que había habido un deterioro significativo y reciente en su salud, antecedentes que el Ministro del Interior Inglés no consideró concluyentes, pero que sí lo movió a pedir al Senador que se sometiera a exámenes médicos con un equipo de profesionales designados por él. El objeto era obtener un informe independiente, global y fidedigno sobre los hechos clínicos pertinentes. Procede entonces el Secretario de Estado Inglés, con la asesoría de la Máxima Autoridad Médica, a seleccionar un equipo de profesionales que cubría la gama de las especialidades requeridas y que no tenían interés personal indebido en el caso.

Fueron designados: Sir John Grimley Evans, Miembro del Real Colegio Médico, Profesor de Geriátría Clínica en la Universidad de Oxford, Vicepresidente del Real Colegio Médico y experto en el cuidado del adulto mayor de la Organización Mundial de la Salud; El Dr. Michael Denham, Doctor en Medicina, Miembro del Real Colegio Médico (Londres y Edimburgo), Miembro de la Asociación Real de Letras, médico consultor en Medicina Geriátrica en el Northwick Park Hospital de Londres, ex presidente de la Sociedad Británica de Geriátría y autor de numerosos trabajos sobre el cuidado del adulto mayor; El Profesor Andrew Lees, Doctor en

Medicina, Miembro del Real Colegio Médico, Profesor de Neurología en el Hospital Nacional de Neurología y Neurocirugía de Londres, especialista en trastornos del movimiento y demencia y médico asesor y Codirector de la Sociedad del Mal de Parkinson que domina el idioma español, y La Dra. María Wyke, Licenciada en Letras, Doctora en Filosofía, Neuropsicóloga Asesora, que también domina este idioma.

Los exámenes médicos se realizaron en español en el Northwick Park Hospital de Londres, durante aproximadamente seis horas el 5 de enero de 2000, y el informe fue entregado al Ministro del Interior al día siguiente.

Finalmente, el 2 de marzo de 2000, la División de Cooperación Judicial del Ministerio del Interior, mediante una carta extendida en idioma inglés, comunica al Sr. Michael CAPLAN, abogado del Senador Augusto Pinochet Ugarte, que el Ministro del Interior resolvió que no ordenará la extradición del Senador Pinochet a España y que no otorgará la Autorización para proceder en relación con las solicitudes de extradición de Bélgica, Francia o Suiza, y que tampoco adoptará medida alguna respecto de la carta rogatoria de 15 de enero de 2000 enviada por el juez Garzón, ni respecto de aquella de 24 de enero de 2000 dirigida por el juez Vandermeersch.

En definitiva, fue el estado de salud del Senador Augusto Pinochet Ugarte, caracterizado por un deterioro moderado/grave de su función intelectual, que supera al que provocaría su edad, y la consiguiente incapacidad para enfrentar un juicio en Inglaterra, España, Francia o Suiza, y en ninguna parte, lo que decidió al Sr. Straw a tomar la resolución de liberarlo y permitir el regreso a su país;

24º) Que la falta de comprobación efectiva del real estado de salud del Senador Vitalicio, mediante antecedentes, exámenes y pericias médico legales realizadas en el país, impiden establecer o afirmar que goza de un estado de salud distinto de aquel que señalan los informes ingleses, que traen al procedimiento de desafuero una duda fundamental, que puede configurar una grave infracción al derecho de defensa que es uno de los principios básicos y elementales del Debido Proceso Legal, y que impide que estos disidentes, por esta falta de antecedentes, puedan emitir una decisión que signifique continuar el proceso penal ahora ante el juez de la causa, en circunstancias que tales dudas podrían haberse disipado mediante el acata-

miento y ejercicio efectivo de esos principios, los que habrían permitido a esta Corte haber podido establecer si el Senador Vitalicio está realmente en condiciones o en situación de defenderse, de asumir las exigencias de un procedimiento criminal, de ser enterado de las acciones instauradas en su contra, de dar información necesaria para su defensa, de ser instruido por sus abogados, y, en fin, de ejercer plenamente aquel principio básico del Debido Proceso Legal en comento;

25°) Que también era posible traer a este procedimiento especial de desafuero antecedentes sobre el estado actual de salud del Senador, mediante la dictación de la correspondiente medida para mejor resolver, que son procedentes en esta clase de procedimiento como lo exponía ya textualmente la Corte Suprema de Justicia en fallo de 15 de Mayo de 1959, incorporado en la Rev. de Der. y Juris. de ese año, Sec. IV, parte II, pág.83, en los siguientes términos: “Si es necesario acumular mayores datos o practicar actuaciones que se refieran al parlamentario, las diligencias respectivas sólo pueden decretarse para el mejor acierto del fallo, y, con este objeto, el tribunal tiene que conferir expreso encargo al juez instructor”;

C. Los disidentes concluyen que no hay pruebas que constituyan las fundadas sospechas de participación, que como autor, cómplice o encubridor exige la ley en el querrellado:

26°) Que no obstante lo expuesto en las consideraciones anteriores, y tendiente a determinar si procede declarar que ha lugar a formar causa en contra del senador Pinochet Ugarte, es preciso detenerse en los datos que arroja este proceso rol N° 2182-98-A, con el objeto de discernir si de ellos se infieren sospechas fundadas en su contra que autoricen su detención;

27°) Que el auto de procesamiento dictado en este proceso con fecha 8 de junio de 1999, escrito a fojas 1570, Tomo V, fue confirmado en los términos que se consigna en la resolución de segunda instancia de 26 de agosto de 1999, que corre a fojas 2202, Tomo VII. Recurrido de amparo por los procesados, fue mantenido por resolución de primera instancia de 5 de julio de 1999, escrita a fojas 1821, confirmada por la Excma. Corte Suprema en resolución de 20 del mismo mes, escrita a fojas 1914;

28º) Que de acuerdo con las resoluciones antes mencionadas, en el proceso se ha tenido por justificada, únicamente, la existencia de delitos reiterados de secuestro calificados, previstos en el artículo 141 del Código Penal, cuya comisión habría comenzado en octubre de 1973, respecto de 19 víctimas: tres en la ciudad de Cauquenes, tres en la ciudad de Copiapó y trece en la ciudad de Calama. Por estos delitos se encuentran sometidos a proceso Sergio Arellano Stark, Sergio Arredondo González, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Moren Brito, Patricio Díaz Araneda y Armando Fernández Larios, en calidad de autores;

29º) Que, por presentación de fojas 3141 a 3147, los querellantes solicitaron elevar los autos a este tribunal de alzada, para que, de conformidad con el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, y de hallarse mérito, se haga la declaración de que ha lugar a la formación de causa respecto del senador Augusto Pinochet Ugarte, porque a su juicio existirían en el proceso elementos suficientes para atribuirle participación como “autor inductor” en los delitos de secuestro calificado materia del auto de procesamiento. Por resolución de fecha 6 de marzo de 2000, escrita a fojas 3149, el Sr. Ministro Instructor accedió a lo solicitado y ordenó elevar los autos con el fin indicado;

30º) Que, sea que se mantenga en definitiva la tesis sustentada en el auto de procesamiento o que finalmente los hechos que ahora se tienen por justificados sean estimados como constitutivos de homicidio calificado, lo cierto es que, en concepto de los disidentes, no existen en el proceso medios probatorios suficientes que permitan suponer, en el grado de sospechas fundadas –como lo exige el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal–, para decretar la detención del actual senador Augusto Pinochet Ugarte, en los términos que precisa el artículo 612 del mismo Código, y declarar, así, que ha lugar a la formación de causa en su contra;

31º) Que, en efecto, atendiendo tanto a la causal en que se funda la petición de desafuero, como a las razones propuestas y desarrolladas en los alegatos por los abogados de los querellantes y del Consejo de Defensa del Estado, vale decir, en cuanto se le atribuye al senador la calidad de autor inductor en los delitos tipificados en autos, o una autoría mediata, o, en subsidio, encubrimiento, cabe precisar lo si-

guiente: Apoyándose en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, algunos tratadistas han perfilado el concepto de “autor mediato”, entendiéndolo como “aquel que en forma consciente y deliberada hace actuar por él a otro cuya conducta no reúne todos los requisitos para ser punible” (Cury, Enrique, Derecho Penal, Tomo II, página 246; Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, página 180 y siguientes). La circunstancia de que la doctrina coincida generalmente en que para que exista “autoría mediata” se requiere que quien ejecuta la conducta típica se valga de un tercero inocente, ya sea porque su conducta no es antijurídica, ya porque es inimputable o porque no es culpable, descarta absolutamente que tal figura sea aplicable en el caso en análisis. Ello, porque el hecho de que el general Arellano y demás miembros de su comitiva estén sometidos a proceso como autores de los secuestros calificados impide que se les tenga como instrumentos inocentes, usados por el entonces General Pinochet, para cometer los citados ilícitos materia del auto de procesamiento;

32°) Que cabe examinar también, como se planteó en la petición de desafuero, y como lo sostuvo en estrados el abogado Sr. Inzunza, si existen realmente en los autos datos bastantes que autoricen la detención del senador Pinochet, en razón de haber actuado como autor inductor en los hechos de que se trata, como se pretende;

33°) Que los únicos antecedentes del proceso en torno a los cuales podría indagarse la existencia de alguna orden o de alguna conducta inductiva del senador Pinochet en relación con los diecinueve secuestros calificados, están constituidos por la naturaleza de la misión encomendada por él, en octubre de 1973, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno, al entonces general Sergio Arellano Stark, investido de la calidad de “Oficial Delegado” suyo, y por la cuenta o explicación que de éste recibió aquél sobre el cumplimiento de tal misión;

34°) Que la naturaleza de la misión encomendada por el entonces Comandante en Jefe del Ejército, General Pinochet, al general en servicio activo Sergio Arellano Stark, debió constar en un documento oficial respecto de cuya existencia a la época existen los testimonios contestes de Ariosto Lapostol Orrego, Oscar Haag Blaschke, Joaquín Lagos Osorio y Eugenio Rivera Desgroux. Pues bien, de lo

dicho por los citados comandantes de las unidades militares, a los cuales les fue exhibido por el general Arellano, puede deducirse que el contenido de dicho documento oficial se refería a la condición de “Oficial Delegado” clara y únicamente para “cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales” o “para revisar y acelerar los procesos”;

35°) Que, sobre la oportunidad que pudo existir para que el Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno encomendara a un “Oficial Delegado” suyo tareas que debían cumplirse en diversas ciudades del país en materia de procedimientos judiciales, conviene tener presente la siguiente legislación dictada en la época:

a) por el decreto ley N° 3, de 11 de septiembre de 1973, se declaró Estado de Sitio en todo el territorio de la República, “asumiendo esta Junta (Militar de Gobierno) la calidad de General en Jefe de las Fuerzas Armadas que operará en la emergencia”;

b) por el decreto ley N° 5, del día 12 del mismo mes de septiembre de 1973, se declaró que, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, el estado de sitio decretado debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para todos los efectos del Código de Justicia Militar y demás leyes penales;

c) por el decreto ley N° 8, del mismo día 12 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno delegó en los respectivos comandantes en jefe de las unidades operativas del territorio, las atribuciones que, en su calidad de General en Jefe, le conferían los artículos 74 y 77 del Código de Justicia Militar, que impedía a la Junta de Gobierno, como General en Jefe, delegar en los comandantes de las unidades operativas la facultad de aprobar las sentencias que imponían la pena de muerte.

La dictación de estos textos legales explica que al Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno de la época le haya asistido la preocupación de fijar criterios en materia de aplicación de procedimientos judiciales en tiempo de guerra;

36°) Que el General Augusto Pinochet, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército, detentaba, como se ha dicho, el pleno ejercicio de la jurisdicción militar de las fuerzas a su mando, las que delegó en los términos señalados en el general Arellano, por lo que de esta delegación, efectuada en términos generales y dentro del

marco legal, no es posible derivar la existencia de una orden concreta de su parte, dada a un General de la República, que, como el General Arellano, intervino en las distintas actuaciones del Ejército, previas, y determinantes del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973, según consta en autos; o a miembros de la comitiva de éste, para matar o secuestrar clandestinamente a personas detenidas y ya sujetas a un procedimiento judicial, al margen de los procedimientos, o desconociendo lo obrado o decidido en ellos, si —como se ha dicho— tenía en su mando la facultad de revocar o modificar las sentencias emitidas por los Consejos de Guerra.

Falta, pues, absolutamente, aún en calidad de meros indicios, los elementos probatorios que indiquen que medió una orden concreta de parte del actual senador —que implicaría un actuar por inducción, por medio de un Oficial bajo su dependencia sujeto a obediencia—, para la perpetración de los hechos justificados en autos, que permitan sospechar fundadamente que hubiera de su parte mediado precisamente autoría por inducción, en los hechos que en tal carácter se le atribuyen;

37º) Que, en lo que se refiere a las restantes presunciones que infiere el abogado señor Bustos en su alegato, obra en autos la declaración de Joaquín Lagos Osorio, Jefe de la Primera División del Ejército e Intendente Militar de Antofagasta, quien expresa que, regresando Pinochet del Norte, a su paso por el aeropuerto de Cerro Moreno en Antofagasta, el 20 de octubre de 1973, le informó verbalmente de todo lo sucedido en Antofagasta y Calama, ante lo cual, el General Pinochet se trató de comunicar telefónicamente con el General Arellano, quien ya había abandonado la zona, y al no lograrlo, le dejó recado, con alguien no individualizado, para que regresara a Santiago. Consta del proceso que Arellano continuó viaje al Norte, y que en sus indagatorias controvierte este hecho, e incluso así se lo señala a Pinochet en carta agregada a los autos. Sin embargo, Pinochet en entrevista de prensa, corrobora lo expuesto por Lagos.

Agrega también el General Lagos que, con fecha 31 de octubre de 1973, a petición del Comando de las Fuerzas Armadas (COFFA), dirigió un oficio secreto al Comandante en Jefe del Ejército con una relación pormenorizada de las ejecuciones que fueron ordenadas por el Delegado del Comandante en Jefe, Arellano, en su territorio jurisdiccional, y de las ordenadas por el Comando de Agrupación Jurisdiccional de Seguridad Interior (CAJSI), documen-

to que obra a fojas 1885; y que, citado a Santiago por el Comandante en Jefe, su ayudante, Coronel Enrique Morel, que no ha declarado en el proceso, le transmitió la orden de eliminar toda referencia a lo obrado por el General Arellano, haciendo una sola lista. En el documento en cuestión se lee manuscrito, al lado de las ejecuciones supuestamente ordenadas por Arellano, la expresión “No hubo Proceso Sumarísimo”, expresión que no ha sido materia de pericia;

38º) Que la denuncia efectuada por Lagos a Pinochet, y bajo el supuesto de ser cierto que fue éste quien ordenó la modificación introducida al oficio conductor, la que no está justificada en autos, habrían constituido a lo más respecto del senador –a la época Presidente de la Junta de Gobierno– actuaciones posteriores a los presuntos actos de secuestro perpetrados en el mes de octubre de 1973, lo que impide aún y una vez más la supuesta sospecha de coautoría por inducción;

39º) Que no hay antecedentes en el proceso respecto a la forma como operaron los ascensos y destinaciones tanto del Delegado como de quienes participaron en su comitiva, ni tampoco de las razones que motivaron el destino sufrido por los Jefes Militares de las Plazas visitadas donde sucedieron los hechos que se ha tenido por justificados en el auto de procesamiento dictado en los autos, de modo que tampoco se puede fundar en esas decisiones sospechas de autoría por inducción que de acuerdo al artículo 252 del Código de Procedimiento Penal autorizarían para decretar la detención de Pinochet;

40º) Que, en todo caso, el conocimiento posterior que de la comisión de los ilícitos habría tenido el General Pinochet, por conducto del General Lagos o por los comandantes de zona y personal a su cargo, que ordenaron informar por los medios de comunicación y que, por lo demás, dieron cuenta de ejecuciones y no de secuestros ni asesinatos, como consta de fojas 23, 115, 193, 195, 900, 906, 1726, 2087y 2259, y el eventual incumplimiento por su parte de lo dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la obligación de denunciar, para así dar lugar a una investigación de los hechos y a la sanción de los culpables, es una conducta que está sancionada específicamente en el artículo 86 del mismo cuerpo legal con la pena señalada en el artículo 494 del Código Penal, esto es, sólo con la pena de falta;

41º) Que el mismo artículo 86 antes citado, inciso 2º, señala que “si hubiere mérito para estimar como encubridor al funcionario que ha omitido la denuncia, el juez procederá contra él con arreglo a la ley”;

42º) Que el artículo 17 del Código Penal señala que son encubridores los que “con conocimiento” de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, “intervienen, con posterioridad a su ejecución”, de alguno de los modos que la citada disposición enumera;

43º) Que el profesor y tratadista don Enrique Cury Urzúa, en su obra Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, año 1985, señala que el conocimiento a que se refiere el citado artículo 17 tiene que referirse a la ejecución de la conducta típica, y no es menester que abarque también el resultado consumativo, opinión que interesa al tipo delictivo secuestro, que se refiere a una conducta permanente. De tal apreciación, y de acuerdo a la figura penal que se ha tenido por justificada en autos, la normativa a aplicar en materia de encubrimiento estaría constituida en la especie por el artículo 17 del Código Penal, antes de la reforma introducida por el N° 1 del artículo 2º de la Ley N° 19.077, de 28 de agosto de 1991, o sea, en su texto vigente a la época de los hechos.

De este modo, cobra vigencia el artículo 52 del mismo cuerpo legal, que, en su inciso 2º, sancionaba a los encubridores comprendidos en el numeral 3º del artículo 17, en quienes concurra la circunstancia 1ª del mismo número, o sea, intervenir abuso de funciones públicas, a los cuales se impondría la pena de inhabilitación especial perpetua si el encubierto fuere procesado de crimen;

44º) Que, de acuerdo a lo reseñado, y sea que se considere una u otra de las situaciones antes analizadas, resulta improcedente desafiar al senador de que se trata, por tratarse, en ambos casos, de conductas que sólo autorizan citación, en el primer caso sancionada con pena de falta, y en el segundo con pena de inhabilitación situación prevista en el artículo 247 N° 2 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, y en todo caso no concurre en la especie la exigencia de que la conducta autorice la detención del inculpado, tal

como lo previene el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal. Así lo ha resuelto, por lo demás, la jurisprudencia, en decisiones que los disidentes comparten, *vr. gr.* Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo L, año 1953, sección IV, página 22; Gaceta de los Tribunales año 1933, 2º semestre, sección penal, página 421;

45º) Que cabe poner de relieve, a juicio de los disidentes, que al momento en que este Tribunal Pleno ha sido requerido para formular la declaración a que se refiere el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, la investigación de que da cuenta el proceso incoado por el Ministro Sr. Guzmán se encuentra casi en su etapa conclusiva, de tal manera que gran parte de las interrogantes planteadas en torno a la participación del senador cuyo desafuero se solicitó han sido esclarecidas por el Sr. juez instructor como queda de manifiesto del examen del expediente de que se trata.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta entonces el estado de desarrollo y avance del proceso, sólo resta interpretar y efectuar las conclusiones que merecen los hechos ya establecidos en el curso del sumario, sentado en los razonamientos precedentes; y

46º) Que, por último, debe expresarse que, en relación a lo dicho en todos los motivos precedentes de esta disidencia, debe destacarse forzosamente, según este parecer, que ninguna persona, ni menos los miembros de la Magistratura, podrían desconocer válidamente la sensibilidad extrema y los sentimientos filiales y hondamente humanos que han impulsado la petición del desafuero y la interposición misma de las querellas por los familiares respectivamente afectados. Sin embargo, pareciera desprenderse que con la solicitud de desafuero no se pretende como finalidad principal y última la sola formación de causa contra el Senador Pinochet, sino más bien y preferentemente, y transcurridos ya más de veintiséis años desde el Once de Septiembre de 1973 en que la Junta Militar asumió el Gobierno de la Nación, la apertura de un enjuiciamiento a un ex Gobernante, a un período de la historia institucional del Estado, al cambio de Gobierno en 1973, y a la substitución del régimen de Gobierno de entonces, sobre la base de cargos singulares formulados al señor Pinochet como Jefe de Estado y miembro de la Junta de Gobierno Militar en ese período, esto es contra un Senador y ex Gobernante que, además, se halla hoy en un estado de salud incompatible con la envergadura y naturaleza de los hechos que habrían de conformar

necesariamente la esencia de su llamamiento judicial. A juicio de estos disidentes, un proceso de tal clase y finalidad escapa y es ajeno por cierto al control de este órgano jurisdiccional, y no podría servir de base legítima a una sentencia de desafuero en contra del nombrado Senador.

La **Ministra señora Raquel Camposano** tiene, además, en consideración que, a su juicio, los antecedentes reunidos en el proceso no permiten tener por justificada la existencia de los delitos de secuestros reiterados y calificados a que se refiere el auto de procesamiento de fs. 1570. En efecto, hay dos hechos establecidos: uno, que a los presuntos secuestrados se les dio muerte, ya que todos los comandantes de los regimientos declaran que fueron fusilados y así lo reconocen los procesados Arredondo, Moren y Díaz, a fojas 2749, 2442, 2989, respectivamente; así también lo entendieron los querellantes que a fs. 280, 580, 970 y 1207 hablan de homicidios, masacres y genocidio. El otro hecho establecido es que los cadáveres no fueron entregados a sus familiares y se desconoce su actual paradero. Absolutamente nadie de los que participaron en la ocurrencia de los hechos sostiene o deja entrever que los supuestamente secuestrados fueron encerrados o privados de libertad en algún lugar ignorado hasta el momento.

Si se tiene en cuenta la definición del secuestro en el art. 141 de nuestro código punitivo, los hechos antes descritos no encuadran en ella, y sabido es que en nuestro derecho penal, el delito debe corresponder a una figura tipificada previamente a la comisión del ilícito; en Chile no se puede recurrir a figuras penales existentes en el extranjero o por analogía, ya que en materia penal al juzgador no le cabe sino ceñirse a la legislación existente. Los dos hechos más arriba mencionados no permiten configurar el delito de secuestro ya que todos están contestes en que se sacó a las personas de que se trata, del lugar en que se encontraban para darles muerte, y la circunstancia de que sus cadáveres no haya sido posible encontrarlos, transforma el hecho en una conducta que no está contemplada en la ley; pero no es posible ante un vacío de ésta, buscar una respuesta jurídica que se aparte de la realidad, haciendo que hechos no contemplados en un determinado tipo penal, pasen por decisión judicial a formar parte de él, ya que eso sólo lo puede hacer la ley.

A lo anterior hay que agregar que los supuestos delitos de secuestro, dada la ubicación de este ilícito en el Código Penal, sólo pueden ser cometidos por particulares, lo que no sucede en este

caso, ya que según los antecedentes que obran en la causa, los participantes eran militares que estaban en funciones.

Tampoco es posible pretender que en la actualidad continúan secuestradas las personas, ya que no hay en autos antecedentes que permitan creer que los procesados están o han estado en situación de mantenerlos en dicha forma. En suma, estima la disidente que en esta causa no existen elementos que permitan sospechar, suponer o presumir que se han cometido los secuestros de que se trata.

La **Ministra Sra. Camposano** también comparte los fundamentos de la prevención del Ministro Sr. Villarroel, con excepción de los números 9 y 10.

Se previene que el **Ministro señor Villarroel**, sin perjuicio de compartir el fundamento 46 del parecer de minoría, **concorre al rechazo del desafuero, teniendo únicamente en cuenta que el estado de salud del Senador Augusto Pinochet Ugarte no permite que en su contra pueda llevarse adelante un proceso penal como el de que en este caso se trata, sin violarse a su respecto las normas del debido proceso y las garantías de procedimiento mínimas establecidas por la ley en favor de todo inculpado de delito.** A su juicio, los antecedentes médico-clínicos agregados a estos autos, ponderados de modo directo por el previniente, en armonía con los preceptos legales y los principios jurídicos que respecto del debido proceso se han consignado particularmente ya en los considerandos 8 al 22 de la opinión de minoría, unidos a los que se señalarán a continuación, en efecto obstan a la formación de causa contra el nombrado Senador, de acuerdo con, y por las siguientes consideraciones:

1º) que el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, conforme al epígrafe del título que lo contiene, establece las **“diversas maneras de iniciar el proceso”** por crímenes o simples delitos pesquisables de oficio. El artículo 107, por su parte, establece que, “antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado”, agregando que “en este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio”. El artículo 456 bis del mismo Código dispone por su parte, que “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los

medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. Pues bien, estos dos últimos preceptos constituyen principios fundamentales que orientan el proceso penal chileno, y se traducen, en síntesis, en que tanto el inicio y la substanciación misma del proceso penal, cuanto la sentencia que habrá de recaer en él, han de enmarcarse necesaria y rigurosamente en el doble ámbito de la ley procesal que regla por una parte la substanciación de la causa, y, por otra, de la ley substantiva aplicable al ilícito penal de que en cada caso específico se trate;

2º) que, si los principios recién señalados han de aplicarse en todos los procesos penales e indistintamente en relación a todo inculpado, con mayor razón han de cobrar su ineludible imperio con respecto a las personas que como los diputados y senadores han sido investidos del fuero parlamentario, para superar el cual privilegio han establecido, tanto la Constitución como la ley procesal del ramo, un procedimiento de excepción y especialísimo como es el del desafuero de que aquí se trata;

3º) que, según el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, **“todo inculpado**, sea o no querellado, **y aún antes** de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios a su defensa”, cual, fundamentalmente, el de **ser oído**. Dice el artículo 108 que “la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario”. Según el 109, **“el juez debe investigar, con igual celo**, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen”. Expresa el artículo 221 que “el juez pedirá informe de peritos en los casos determinados por la ley, y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio”. Dice a su turno el artículo 349 que **“el inculpado o encausado será sometido a examen mental siempre** que se le atribuya algún delito que la ley sancione con presidio o reclusión mayor en su grado máximo u otra superior; o **cuando fuere** sordomudo o **mayor de setenta años**, cualesquiera sea la

penalidad del delito que se le atribuye”. En el caso de la especie, la aplicación de esta precisa disposición ha sido de empleo ineludible, no solo porque se trata de una norma categórica e imperativa, sino además porque es de aplicación común a todo procedimiento penal, de lo que se sigue que, si no se la observa de modo previo al pronunciamiento sobre el desafuero y junto con las demás disposiciones que son comunes a todo procedimiento criminal, el desafuero carecería de sentido como garantía previa de procesabilidad y su omisión dejaría a todos los imputados de delito en condiciones mejores y de privilegio en relación a los parlamentarios favorecidos precisamente con su institución;

4º) que, por su parte, de acuerdo con las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados Partes en dicha Convención se comprometen “a respetar **los derechos y libertades** reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna**”, por motivo, entre otros, de sus “opiniones políticas o de cualquier otra índole”; que, si el ejercicio de tales derechos y libertades “no estuviere ya garantizado”, los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias “para hacer efectivos” esos mismos derechos y libertades; que “toda persona” tiene derecho a que se respete “su vida” y “su integridad física, psíquica y moral”; que **“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”**; que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; que, “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, entre otras, a las siguientes **“garantías mínimas”**: “comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada”, “concesión al inculcado” del tiempo y medios adecuados **“para la preparación de su defensa”**, y “derecho del inculcado a defenderse personalmente o de **ser asistido por un defensor** de su elección y de comunicarse libre y **privadamente con su defensor**”; que no será válida la confesión del inculcado sino cuando haya sido hecha “sin coacción de ninguna naturaleza”; y que toda persona tiene derecho “al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”;

5º) que las conclusiones de los Informes Médicos aludidos en el parecer de minoría indicaban, ya en enero del presente año, que el Senador Pinochet estaba incapacitado para enfrentar un juicio y que no se podía esperar ninguna mejoría significativa de su condición. Y fue sobre la base precisa de tales conclusiones científicas que el órgano competente del gobierno inglés consideró que el Senador Pinochet está **incapacitado para enfrentar un juicio**. Se señala por dicha autoridad que a ese momento el Senador Pinochet no estaría mentalmente capacitado **para participar en forma coherente en un juicio**, sobre la base: de su **falta de memoria**, tanto respecto de hechos recientes como de hechos remotos; de su **capacidad limitada para comprender oraciones complejas y preguntas**, debido al deterioro de su memoria, y a una consiguiente incapacidad para procesar adecuadamente información verbal; de su capacidad limitada para expresarse de un modo audible, sucinto y pertinente; y de la fácil tendencia a la fatiga. El Secretario inglés consideró que todos estos factores tienen una potencial relación con la capacidad mental del Senador para participar en un juicio, a su capacidad para relacionar y entender la información que se le entregue, y para comprender oraciones y preguntas complejas y procesar información verbal. Añade que con estos impedimentos, el Senador Pinochet sería incapaz de seguir el proceso de un juicio siquiera en forma suficiente como para instruir a sus abogados, tendría dificultad para entender el contenido e implicancias de las preguntas que pudieran formularsele, y problemas para darse a entender al responder las preguntas. Continúa exponiendo que las discapacidades identificadas en los informes médicos se deben a un daño cerebral generalizado cuyos principales episodios parecieran haber ocurrido durante septiembre y octubre de 1999, cuando el Senador Pinochet sufrió varios ataques de apoplejía, los que no se deben al proceso natural del envejecimiento. Se destaca que los facultativos consideraron que era probable que se deteriorara más su condición tanto física como mental, que si bien alguna fluctuación diaria en su capacidad funcional era característica del daño cerebral debido a una enfermedad cerebrovascular, y que era improbable que se produjera una mejoría funcional sostenida de un grado significativo. Muy especialmente, se expresa que no había evidencia de que el Senador Pinochet estuviera tratando de fingir discapacidad, que los impedimentos eran de naturaleza coherente y se manifestaban en forma sistemática, que las pruebas neuropsicológicas no mostraron ninguno de los rasgos de

exageración deliberada, y que no existe una posibilidad práctica de que los resultados de los tests neuropsicológicos hubieran sido manipulados mediante una preparación. Expresa, en un juicio que el previniente plenamente comparte, que el principio de que una persona acusada debería ser mentalmente capaz de seguir los procesos, instruir a sus abogados y proporcionar pruebas coherentes es fundamental para la idea de un juicio justo, por lo que el juicio que se pretende seguir a un acusado, en las condiciones que al Senador Pinochet se diagnosticaron, y por los cargos que se han formulado en su contra en la causa, no podría ser un juicio justo en ningún país y violaría el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos en aquellos países que son parte de la misma;

6º) que, cualquiera sea el ordenamiento jurídico a cuyo amparo deba analizarse la idea de un proceso justo, jamás podrá la ciencia jurídica apartarse de la ciencia médica y de la naturaleza de la persona humana, cuyo intelecto ha de estar en condiciones de prodigarle la capacidad necesaria para discernir adecuada y competentemente sobre los cargos que en el orden penal se le formulen. En el presente caso, y como entonces se dijo por la autoridad en referencia, se trata de una persona de 84 años que para los efectos de un juicio debe presumirse inocente, por lo que su eventual enjuiciamiento no podría culminar en ningún veredicto con valor jurídico pleno respecto de los cargos que se le imputan, por lo que el camino judicial no tendría ningún propósito valedero en interés de la justicia, cuya es, en opinión del previniente, la finalidad última de todo sistema jurídico y de todo orden constitucional, político y social;

7º) que, si lo que hasta ahora se ha venido exponiendo cree el previniente es el corolario obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón, cuanto más nítida aparece su aplicación si se tiene en cuenta la magnitud del proceso al que se pretende someterle. En efecto: en las querellas de fs. 152, 563, 781, 975, 1207 y 1710, se dice que en octubre de 1973, **“la Junta de Gobierno, presidida por el General Augusto Pinochet Ugarte, que asumió el poder total el 11 de septiembre...** había declarado mediante los Decretos Leyes 3 y 5 de 1973 el Estado de Sitio con el carácter de Estado de guerra Interno”; que “en mérito de esa declaración entraron en funcionamiento los Tribunales Militares de tiempo de guerra y se aplicó la penalidad de tiempo de guerra”; que “la obligación de

investigar y sancionar estos delitos cometidos **durante el régimen militar, presidido como Jefe de Estado y Jefe del Gobierno por el General ® Augusto Pinochet Ugarte**, está establecido en el artículo 6° de la Ley 19.123”; se alude en las querellas a “la finalidad de la política” de ese régimen, al derrocamiento del Gobierno Democrático del Presidente Salvador Allende por las Fuerzas Armadas y de Orden, a la formación de una “Junta Militar de Gobierno encabezada por el General Augusto Pinochet Ugarte”, “al estado de sitio por conmoción interna”, a “una supuesta potestad legislativa” utilizada torcidamente a través de la amnistía, favoreciendo al propio autor de la norma y quienes han sido agentes de su sistema, haciéndose referencia expresa en la Querella de fs. 1710 a “una página oscura de nuestra historia” y a “la calidad de miembros de servicios de seguridad y funcionarios de las Fuerzas Armadas de los culpables”;

8°) que, en razón de todo lo expuesto precedentemente, el previniente considera innecesario realizar examen o ponderación alguno respecto de los demás antecedentes esgrimidos por las partes, tanto al instar los querellantes por el desafuero cuanto al pedir la defensa del querellado el rechazo de tal solicitud, materias entre las cuales se hallan en juego instituciones como la amnistía, la prescripción de la acción penal, la procedencia o improcedencia de la prescripción en relación a la naturaleza de delitos como verbigracia el de homicidio y el secuestro, institutos jurídico penales respecto de los cuales el discordante no emite pronunciamiento;

9°) que, en todo caso, el previniente representa expresamente la impropiedad de lo sostenido por la defensa del Senador, en cuanto postula que el haber el gobierno inglés liberado a aquél por motivos de salud impediría por sí solo su procesamiento no sólo en ese Estado sino en cualesquiera otro. En efecto, no obstante admitir tal pretensión pero sólo por el personal conocimiento de su razonabilidad, considera el mismo opinante que ella carece por sí sola de eficacia a la luz de los preceptos constitucionales que gobiernan la situación de los procesados en Chile, desde que son los tribunales chilenos los únicos competentes para “conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”, facultad que, como expresa el inciso 1° del artículo 73 de la Carta Fundamental, “pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la

ley". En consecuencia, las opiniones emitidas por órganos de otra jurisdicción no están llamados a regir por sí solos en nuestro ordenamiento, salvo siempre el personal convencimiento de sus jueces. Y el mismo principio ha de regir aún cuando haya sido el propio gobierno chileno el que solicitó también por razones de salud y humanitarias la liberación del afectado y su entrega a su país de origen, puesto que, aunque según el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política está entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de "conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales", no podría admitirse en modo alguno que la autoridad nacional haya podido considerarse facultada, en el ámbito de esa misma prerrogativa, para comprometer las ya indicadas atribuciones exclusivas de los Tribunales chilenos, al tenor de lo prescrito en el mismo inciso 1° de la Carta, según el cual, "ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales..."; y

10°) que, finalmente, en un procedimiento de esta clase no puede olvidarse que el desafuero es un instituto de excepción, desde que con él se interrumpe o suspende la dignidad o privilegio constitucional de los parlamentarios, lo que obliga siempre a la interpretación fidedigna del propósito del constituyente, expresado en el artículo 58 de la Carta Fundamental, cual el de mantener sólida e invulnerable la estabilidad de los distintos Poderes del Estado, estabilidad que la Constitución salvaguarda tanto mediante la inamovilidad y fuero parlamentarios cuanto mediante la inavocabilidad del Ejecutivo y del Congreso en toda materia de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia. Por consiguiente, al pronunciarse sobre el desafuero, esta Corte está obligada a dar aplicación estricta y rigurosa a todos los principios jurídicos en juego, denegando la formación de causa contra un Diputado o Senador si, como en el caso de la especie, el proceso consiguiente estaría llamado a llevarse a cabo sin la observancia debida a las garantías de que por mandato superior de la Constitución y de la ley ha de gozar el afectado no sólo durante la substanciación del juicio correspondiente sino aún desde el inicio del mismo.

Se previene que los **Ministros Srta. Morales y Sr. Araya**, concurren a rechazar la petición de desafuero, teniendo únicamente presente los argumentos reseñados en el acápite C. del voto de mi-

noría. La Srta. Morales y el Sr. Araya, además, estiman que sin perjuicio de compartir los razonamientos contenidos en los numerales 11 a 21 del acápite B. de dicho voto, y las razones expuestas en los números 1 al 4 de la prevención del Ministro Sr. Villarroel, que después de lo ya decidido por esta Corte en resolución de 26 de abril pasado, escrita a fojas 3322, y atento a lo que se resuelve por el presente fallo, corresponde al juez de la causa decretar las medidas conducentes a establecer, por los medios de prueba legales, si es posible iniciar en contra del el senador Pinochet un debido proceso legal. En relación a lo razonado en el considerando 46 del voto de minoría, únicamente dejan expresa constancia que concurren al rechazo del desafuero, sin desconocer la gravedad de los ilícitos que se investigan, y la repercusión que han causado tanto en el ámbito de los familiares y amigos de las víctimas, cuanto en el seno de la comunidad nacional.

Se previene que el **Ministro Sr. Díaz**, concurre a rechazar la petición de desafuero, teniendo únicamente presente los argumentos reseñados en los acápites A. y C.

Los **Ministros Sr. Juica, y Sras. Pérez y Araneda**, fueron de opinión de recomendar al Sr. Ministro Instructor que tenga presente lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Se deja constancia que los **Ministros Sres. Rodríguez, Oyarzún y González**, estuvieron por instruir al señor juez de la causa en el sentido de que, como actuación previa a cualquier diligencia o resolución a adoptar en el proceso, dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal respecto del examen de salud mental que debe practicarse a las personas inculpadas mayores de 70 años.

Aducen para formular tal recomendación las siguientes razones:

1º) Que cualquiera sea la opinión que se sustente acerca de la naturaleza jurídica del desafuero como institución procesal (simple trámite del juicio que se intenta respecto de la persona aforada, mera incidencia de éste o aún que se trate de un juicio especial), es lo cierto que, desde la perspectiva de la finalidad o propósito que por intermedio de él se persigue, según se desprende de su ubicación en el Código de Procedimiento Penal –Título IV del Libro Tercero– el desafuero pertenece a la categoría de los procedimientos previos o antejuicios, cuyo objeto consiste en verificar la existencia de presu-

puestos o condiciones habilitantes de un juicio que ha de desarrollarse con posterioridad;

2º) Que, a diferencia de otra clase de antejuicios regulados por dicho Código en su Libro Tercero, como la querella de capítulos y la extradición, en que se advierte cierto grado de discusión y prueba, el desafuero presenta una estructura concentrada y simple, en que a la Corte de Apelaciones no le corresponde otra función que examinar los autos elevados por el juez a fin de establecer si de ellos se desprenden antecedentes que le permitan pronunciar la declaración de existir mérito para la formación de causa al parlamentario inculcado; decisión que, como se ha dicho, se entiende supeditada a la concurrencia en el caso específico de los presupuestos exigidos por el artículo 255 N° 1 del mencionado Código para ordenar la detención de una persona inculpada (artículo 612 del mismo cuerpo legal);

3º) Que, dado el carácter instrumental y liminar que a su procedimiento asegura la normativa que lo regula, configurándolo como un mecanismo de estructura simplificada, cuya única función estriba y se agota en preparar la entrada al proceso penal, el desafuero no entraña una actividad jurisdiccional de juzgamiento destinada a discernir sobre un reproche de culpabilidad al parlamentario aforado —no constituyendo, por ende, su abreviado desarrollo la oportunidad idónea para aportar pruebas atinentes a semejante aspecto de indagación penal, como se ha pretendido en autos—, por ser ésta una cuestión a abordarse en el juicio sobre el fondo, a cargo del juez instructor de la causa, en quien radica la competencia exclusiva acerca de tal materia;

4º) Que, sin embargo, pronunciada en el presente caso la resolución que declara haber mérito para la formación de causa, franqueándose con ello la apertura del juicio penal, donde legalmente corresponde estudiar la responsabilidad que al inculcado le atribuye la parte querellante, cobra vigencia en esa instancia procesal la norma del precitado artículo 349 del Código de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley N° 18.857 de 1989, que establece diversas enmiendas a dicho cuerpo normativo con miras a fortalecer y desarrollar el principio del debido proceso, al que, con la frase “racional y justo procedimiento” se aludía, como garantía procesal básica, en el texto

entonces vigente –y hoy perfeccionado– del artículo 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución Política de la República; reforma legal que, entre otras modificaciones, reconoció varias facultades para la actuación de las personas inculpadas en el sumario criminal y, en lo que atañe a la situación que en este caso interesa, dispuso, por medio del precepto referido en el preámbulo de estas consideraciones, con carácter imperativo, la pericia médica psiquiátrica de los imputados mayores de 70 años;

5°) Que, en el contexto de la enmienda legal a que se ha hecho referencia, no se puede obviar la relación que se advierte entre la norma que prescribe el informe médico legal y las disposiciones contempladas en el párrafo 2° del Título III, Libro Cuarto, del Código de Procedimiento Penal –también introducidas por la Ley N° 18.857–, ya que del resultado de esa pericia puede devenir la aplicación de la preceptiva establecida en el artículo 684 y siguientes de dicha codificación;

6°) Que a la obligatoriedad con que se encuentra instituido en nuestro procedimiento penal el examen en mención debe sumarse para reforzar en la especie su condición de diligencia previa del juicio punitivo, los antecedentes emanados de los informes médicos que obran en el expediente, confeccionados, a solicitud del Gobierno de Gran Bretaña, por facultativos de ese país, en los que se deja constancia que el senador vitalicio presenta algún detrimento psicológico, causado por una afección cerebrovascular; y

7°) Que, siempre en el orden de los razonamientos relacionados con el debido proceso, no es posible soslayar la problemática jurídica que la corroboración por vía pericial del menoscabo mental de que dan cuenta aquellos informes médicos expedidos en el extranjero, pudiere plantear respecto de la garantía del derecho a la defensa asegurado a todo justiciable en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y cuyos postulados se desarrollan pormenorizadamente en los artículos 14 N° 2, acápites a), b), d) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N° 2, párrafos b), c), d) y f) de la Convención Americana de Derechos Humanos; tratados internacionales vigentes en Chile, cuyos decretos promulgatorios fueron publicados, respectivamente, en los Diarios Oficiales del 29 de abril de 1989 y del 5 de enero de 1991; atendido

lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la mencionada Carta Fundamental.

Se deja constancia que los **Ministros Sr. Ballesteros, Sra. Camposano, Sres. Pfeiffer, González, Valenzuela, Kokisch y Villarroel, Srta. Morales, Sres. Araya, Díaz y Cisternas**, estuvieron por decretar como medida para mejor resolver, los exámenes médicos solicitados por la defensa del senador Pinochet.

Notifíquese. Ejecutoriada que sea esta resolución, comuníquese al Sr. Presidente del Honorable Senado de la República, y, en su oportunidad, **devuélvase el expediente al tribunal de origen**, conjuntamente con los demás antecedentes traídos a la vista.

Regístrese.

Redacción del ministro señor Jaime Rodríguez Espoz, y del voto de minoría y prevenciones, sus respectivos autores.

Rol N° 136-2000.

Pronunciado por el Sr. Presidente y los Ministros Sres. Rodríguez y Oyarzún, Sra. Camposano, Sres. Cerda, Pfeiffer, Juica, González, Valenzuela y Kokisch, Sra. Pérez, Sr. Villarroel, Srta. Morales, Sra. Araneda, Sres. Araya, Dolmestch, Díaz, Brito, Dahm, Cisternas, Solís y Muñoz.