

FLACSO - Biblioteca

El "caso Pinochet"

Visiones hemisféricas de su detención en Londres

*Francisco Rojas Aravena
Carolina Stefoni
(Editores)*

BIBLIOTECA - FLACSO - EC
Fecha: 2 - ABRIL - 2001
Costo: .
Proveedor: _____
Canje: _____
Donación: FLACSO-Chile

FLACSO-Chile

El "caso Pinochet". Visiones hemisféricas de su detención en Londres

Las opiniones que se presentan en este trabajo, así como los análisis e interpretaciones que en ellos se contienen, son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de FLACSO ni de las instituciones a las cuales se encuentran vinculados.

Esta publicación es uno de los resultados de las actividades desarrolladas, en el ámbito de la investigación y la difusión, por el Area de Relaciones Internacionales y Militares de FLACSO-Chile. Estas actividades se realizan con el apoyo de diversas fundaciones, organismos internacionales, agencias de cooperación y gobiernos de la región y fuera de ella. Especial mención debemos hacer del apoyo institucional de las fundaciones The William and Flora Hewlett Foundation y Fundación Ford.

Ninguna parte de este libro/documento, incluido el diseño de portada, puede ser reproducida, transmitida o almacenada de manera alguna ni por algún medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin autorización de FLACSO.

320.15(83) Rojas Aravena, Francisco; Stefoni, Carolina eds.
R741 El "caso Pinochet". Visiones hemisféricas de su detención
en Londres. Santiago, Chile: FLACSO-Chile, 2001.
334. p. Series Libros FLACSO
ISBN: 956-205-149-8

CASO PINOCHET / REPERCUSION POLITICA Y SOCIAL /
AMERICA LATINA / CHILE / ESTADOS UNIDOS

1 57 28

© 2001, FLACSO-Chile. Inscripción N° 117.123. Prohibida su reproducción.
Editado por FLACSO-Chile. Area de Relaciones Internacionales y Militares, Leopoldo Urrutia
1950, Ñuñoa.
Teléfonos: (562) 225 7357 - 225 9938 - 225 6955 Fax: (562) 225 4687
Casilla electrónica: flacso@flacso.cl
FLACSO-Chile en el Internet: <http://www.flacso.cl>

Diseño de portada: A. Dos Diseñadores
Diagramación interior: Claudia Gutiérrez, FLACSO-Chile
Producción: Marcela Zamorano, FLACSO-Chile
Impresión: VENTROSA Impresores S.A.

INDICE

Presentación	9
Introducción	
Miradas hemisféricas del «caso Pinochet» <i>Carolina Stefoni y Francisco Rojas Aravena</i>	13
La detención del general Pinochet: Notas para su interpretación y evaluación del impacto en el sistema político chileno <i>Francisco Rojas Aravena</i>	21
Soberanía y globalización <i>Alberto Van Klaveren</i>	41
Soberanía estatal vs. justicia universal El caso Pinochet y la discusión sobre la extraterritorialidad de la ley <i>Ingrid Wehr</i>	49
UNA MIRADA DESDE LOS PAÍSES DEL NAFTA	65
Pinochet historia de un juicio universal <i>Myles Frechette</i>	67
Agencias y actores estadounidenses frente al caso Pinochet <i>Claudio A. Fuentes</i>	75
Canadá y el caso Pinochet: prudencia en el gobierno; alegría en el pueblo <i>Harold P. Klepak</i>	87
Pinochet en México. Ideología, diplomacia y real politik <i>Raúl Benitez Manaut</i>	95
LA PERSPECTIVA DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR	103
El caso Pinochet en la Argentina <i>Ernesto López</i>	105
La Argentina frente al "caso Pinochet" <i>Marcelo Fabián Sain</i>	109
El impacto del caso Pinochet en la Argentina <i>Elsa Uenderroz</i>	117

FLACSO - Biblioteca

Repercusiones del caso Pinochet en Argentina <i>Sebastián Muñoz, Eva Muzzopappa y Luis Tibiletti</i>	123
○ Caso Pinochet: Uma Visão Brasileira <i>Antonio Carlos Pereira</i>	133
Repercussões do segundo caso Pinochet nas relações civil-militares no Brasil <i>Eliezer Rizzo de Oliveira</i>	139
El caso Pinochet en Paraguay <i>Hugo Saguier</i>	167
El caso Pinochet: la perspectiva Uruguaya <i>Lilia Ferro</i>	171
UNA MIRADA DESDE LA REGIÓN ANDINA	179
El vuelo andino del "Cóndor": Pinochet y la metamorfosis de la cultura política en Bolivia <i>Juan Ramón Quintana</i>	181
Pinochet y la corte penal internacional. Nuevo orden internacional en materia de derechos humanos <i>Jhonny Jiménez</i>	193
El caso Pinochet desde la perspectiva del Ecuador <i>Luis Alberto Revelo</i>	197
Colombia: entre la paz y la justicia. Las reacciones al caso Pinochet <i>Rafael Nieto Loaiza</i>	207
El caso Pinochet: perspectiva peruana <i>Enrique Obando</i>	213
LA VISIÓN DE CENTROAMÉRICA	219
El caso Pinochet: la perspectiva de Costa Rica <i>Harys Regidor y Daniel Matul</i>	221
El caso Pinochet y su impacto en Costa Rica <i>Jaime Ordoñez</i>	227
El caso Pinochet: perspectiva desde Guatemala <i>Bernardo Arévalo de León</i>	231
Caso Pinochet desde la perspectiva salvadoreña <i>Héctor Dada</i>	237

El caso Pinochet en El Salvador <i>Félix Ulloa</i>	243
UNA MIRADA DESDE EL CARIBE	249
Efectos del caso Pinochet en República Dominicana. El juicio de la humanidad <i>Eddy Tejeda</i>	251
Pinochet en Puerto Rico <i>Jorge Rodríguez Beruff</i>	257
DOCUMENTOS DE REFERENCIA	261
Carta del Canciller chileno, José Miguel Insulza, al Secretario General de la ONU, Sr. Kofi Annan	263
Pinochet y la transición incompleta <i>Ricardo Lagos y Heraldo Muñoz</i>	269
Fallo de Corte Suprema que desafuera a senador Pinochet	273
Cronología del caso Pinochet, hechos más importantes	321
AUTORES	333

Fallo de Corte Suprema que desafuera a Senador Pinochet 8 de agosto de 2000

Resolución adoptada por 16 votos a favor y cuatro en contra¹

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada y se tiene, además, presente:

I.- EN CUANTO A LOS FINES DEL DESAFUERO Y A LA EXTENSION DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE DEBE DECLARARLO

1.-) Que, como se ha expresado anteriormente en numerosos fallos sobre la materia, el trámite del desafuero tiene como objetivo, exclusivamente, proteger a los parlamentarios contra infundadas acciones judiciales penales que pudieran intentarse en su contra, permitiéndoles el mejor cumplimiento de su mandato. La finalidad propia de esta gestión es sólo la de decidir si ha o no lugar a formar causa a un parlamentario que es inculpado de un delito. Resulta fundamental destacar que este trámite o gestión no importa, en caso alguno, un juzgamiento del parlamentario, el que deberá llevarse a efecto, si resultare procedente, por el tribunal de justicia que corresponda, en conformidad con las reglas generales. Por lo ya dicho no debe considerarse, tampoco, el desafuero como un privilegio a favor de los parlamentarios, sino solamente como una garantía para el adecuado desempeño de sus funciones.

2.-) Que concordante con lo dicho, la declaración de «haber lugar a formarle causa», que menciona el artículo 611 del Código de Procedimiento Penal, sólo se traduce en permitir que una investigación se dirija en contra de un parlamentario en calidad de sujeto pasivo de la acción penal. Así, por lo demás, lo corroboran diversas expresiones empleadas en los artículos 615, 616 y 618 del Código de Enjuiciamiento Penal, que, respectivamente, aluden a «suspender todo procedimiento que al parlamentario se refiera»; a «practicar actuaciones que se refieran al Diputado o Senador» y a que el juicio «seguirá adelante en relación a los primeros», es decir, los que no sean congresales;

3.-) Que, en consecuencia, el criterio que debe seguirse para resolver si se formula o no la declaración de haber lugar a la formación de causa en contra de un diputado o senador, es el que fluye del contenido del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal, al disponer que esta declaración procederá cuando de los antecedentes del proceso aparezcan en contra del parlamentario de que se trate,

1. Transcripción no legalizada del fallo.

datos que podrían bastar para decretar la detención del inculpado. Esta referencia debe vincularse con lo dispuesto en el N°1 del artículo 255 del cuerpo legal precitado, como instruye la tengan aquél cuya detención se ordena;

4.-) Que igualmente debe destacarse que en estas gestiones de desafuero no cabe, por ningún motivo, atender a las exigencias del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, siendo, por ende, del todo innecesario entrar a analizar, ni menos resolver, si se encuentra justificada la existencia de los delitos que se imputan al parlamentario, ni tampoco decidir si concurren o no presunciones fundadas, de que a este último le ha correspondido algún tipo de participación en los mismos, por cuanto estos aspectos deben ser estudiados de un modo privativo por el juez encargado de la sustanciación del proceso penal respectivo;

5.-) Que no es lícito exceder las limitaciones que impone la naturaleza del desafuero de un parlamentario, y que se han reseñado precedentemente, para ponderar, en cambio, elementos de juicio que deben calificarse al decidir sobre el procesamiento del afectado y menos al dictar sentencia en la causa, pues ello sobrepasaría el ámbito de la competencia de los tribunales que deben intervenir en la gestión especial de desafuero;

6.-) Que, en efecto, como la competencia del tribunal es condición de la legitimidad de las decisiones que se emitan en toda tramitación judicial, según lo prescriben los artículos 7, 10 y 108 del Código Orgánico de Tribunales, en armonía con el inciso primero del artículo 7 de la Constitución Política de la República, las que se adopten en relación con la solicitud de desafuero de un parlamentario deben ceñirse estrictamente a la regla que encierra el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal y abstenerse de analizar en profundidad factores que pudieran determinar en definitiva, la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal del inculpado, porque esta es una función propia y exclusiva del tribunal competente para conocer de la causa y que debe ejecutarse una vez afinada la indagación de los hechos;

7.-) Que, por otra parte, la declaración de hacer lugar a la formación de causa al parlamentario afectado, si existiere mérito suficiente, ofrece a ambas partes iguales posibilidades de discutir en el proceso los presupuestos de la inculpación formulada por el querellante en contra del desafortado y permite a éste hacer valer sus alegaciones en abono de su exculpación, propósitos que sólo se pueden satisfacer adecuadamente al desarrollarse la investigación de los hechos de que conoce el tribunal competente;

8.-) Que, asimismo, la resolución de desafuero, cuando es procedente, significa hacer efectivo, respecto de los ofendidos el derecho a la igual protección de la ley a través de la acción de la justicia que asegura a todas las personas el N°3 del artículo 19 de la Carta Política, cuyo ejercicio está limitado por el fuero de que gozan los parlamentarios;

9.-) Que esbozado este marco conceptual, correspondería examinar si concurren en este caso, concretamente respecto del Senador vitalicio Augusto Pinochet Ugarte las exigencias necesarias para desaforarlo, puesto que este análisis conducirá a resolver si debe confirmarse o bien revocarse la sentencia en alzada que declaró su desafuero, pero, atendido que su defensa ha planteado cuestiones que inciden en la procedencia y validez de esta gestión, se hace indispensable considerarlas antes de entrar al examen de dichas condiciones;

II.- EN CUANTO A LOS REQUISITOS DEL DEBIDO PROCESO EN UN DESAFUERO

10.-) Que en su escrito de apelación la defensa del senador Pinochet objetó el presente trámite de desafuero, afirmando que el mismo «no ha podido ni puede llevarse adelante, por no respetar las exigencias del debido proceso establecidas en la Constitución Política vigente y en tratados internacionales ratificados por Chile y que también se encuentran vigentes. Ello por cuanto el inculpado no está en condiciones de salud que le permitan defenderse»;

11.-) Que en este orden de ideas, asevera también la defensa del Senador vitalicio que el desafuero es un juicio penal especial, que debe terminar por sentencia definitiva, en la que habrá de declararse si existen o no presunciones fundadas o al menos sospechas fundadas, en cuanto a si su representado tuvo o no participación en delitos de suma gravedad, en vista de todo lo cual no debió llegarse a la audiencia de alegatos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, sin que previamente se hubiesen dispuesto exámenes médicos que permitieran justificar que el estado de salud le impide defenderse en esta causa;

12.-) Que debe consignarse, para lo que aquí corresponde decidir, que en el segundo acápite del fundamento 16 del fallo de primera instancia se dejó establecido que, entre otros temas planteados por la defensa del senador de cuyo desafuero se viene tratando, el relativo a «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», lo que despeja toda reserva en torno a si el fallo en alzada se pronunció sobre la práctica de dichos exámenes médicos indicando, según se puede apreciar, la oportunidad y la sede procesal en que ellos deben llevarse a efecto;

13.-) Que, como puede observarse de lo expresado precedentemente, lo sustancial de la argumentación del apelante reside en sostener que el desafuero constituye un «juicio o proceso» que, como tal, se encuentra sujeto a la necesidad de observar las formas de un «debido proceso legal», según la Constitución Política y tratados vigentes sobre la materia;

Desarrollo Histórico del Desafuero

14.-) Que para determinar la naturaleza jurídica de la gestión de desafuero, es útil examinar, brevemente, su desarrollo en nuestro constitucionalismo histórico. La Constitución Política del Estado de 1823, en el N° 26 de su artículo 39 dispuso que «en las acusaciones y causas criminales juzga a los Senadores la Suprema Corte de Justicia, declarando previamente la Cámara Nacional haber lugar a la formación de causa por consulta del Senado». Resulta necesario aclarar que la «Cámara Nacional» era una reunión de consultores nacionales, en una Asamblea momentánea, que reglamentaban los artículos 60 al 94 de la misma Carta. Con posterioridad, la Constitución Política de la República de 1828, en su artículo 44, estableció «Ningún Diputado o Senador podrá ser acusado criminalmente desde el día de su elección, sino ante su respectiva Cámara, o la Comisión Permanente, si aquélla estuviere en receso». Si el voto de las dos terceras partes de ella, declarase haber lugar a la formación de causa, quedará el acusado suspenso de sus funciones legislativas y sujeto al tribunal competente».

A su turno, la Constitución de la República Chilena de 1833, en sus artículos 15 y 16 otorgó a cada Cámara la facultad exclusiva de allanar el fuero de sus respectivos miembros y declarar si había lugar a la formación de causa, declaración sin la cual los tribunales ordinarios no podrían proceder en contra de un parlamentario. Concordantemente con lo anterior, los artículos 656 y 657 del Código de Enjuiciamiento Penal, vigentes en la época de la aludida Constitución, preceptuaban lo siguiente:

«Artículo 656. Ningún tribunal, aunque halle mérito para imputar un delito a un senador o diputado, procederá contra él sino cuando la Cámara respectiva o la Comisión Conservadora, en su caso, declare que ha lugar a formarle causa».

«Artículo 657. Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra un senador o diputado, 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, solicite de la Cámara la declaración que ha lugar a formarle causa.

Si viendo el proceso por cualquier motivo, el tribunal de alzada hallare mérito, pronunciará un auto para pedir el desafuero de un Senador o Diputado»;

15.-) Que el sistema, de entregar a cada Cámara la decisión sobre el desafuero de sus respectivos miembros - y que todavía existe en muchos países- no obtuvo buenos resultados en el nuestro, y se estimó necesario, como señala un connotado tratadista de Derecho Constitucional, extirparlo en su raíz, quitando «al Congreso una facultad que ofrecía el peligro de ser ejercida con criterio político». Agrega el mismo autor, que «la Constitución de 1925, realizó la reforma; quitó al Congreso toda injerencia en las gestiones sobre allanamiento del fuero parlamen-

tario y las entregó a los Tribunales de Justicia. Pero no olvidó que el privilegio del Diputado o senador, obedece a razones de interés público y trató de revestir las resoluciones que se dictan de la mayor seriedad posible. De allí que con arreglo a sus disposiciones el fuero sólo puede ser allanado por una Corte de Apelaciones, reunida en Tribunal Pleno; de la resolución que pronuncie puede apelarse ante la Corte Suprema. Queda así garantido el parlamentario en su inviolabilidad y conjurado el peligro de la denegación de justicia.

«La aplicación de las disposiciones de la Constitución en la práctica ha dado buenos resultados. Nuestros tribunales son garantía de que ni los intereses ni la pasión política perturbarán su criterio para aplicar la Ley con la estrictez que ella exige, pero sin que juegue papel alguno el móvil político». (Carlos Estévez G. «Reformas que la Constitución de 1925 introdujo a la de 1833". Pág. 25);

16.-) Que no se puede dejar de acotar, en cuanto a esta última aseveración de Carlos Estévez que, efectivamente, esta Corte no tiene otro medio de resolver el caso, actualmente sometido a su decisión, que a través de la aplicación de las reglas de derecho pertinente. Enseñaba Benjamín Cardozo, refiriéndose a la naturaleza de la función judicial: «el Juez, como intérprete, en representación de la Comunidad, de su sentido del derecho y del orden, debe subsanar omisiones, corregir incertidumbres y armonizar los resultados de la justicia a través de un método de libre decisión». Un tratadista argentino, por su parte, se ha encargado de precisar, en conceptos referidos a la Corte Suprema de su país, pero que son también aplicables a este Tribunal que «a pesar de que la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, es un poder político, ello no implica que ejerza una política partidaria oficialista. Si esto último sucediera, la justicia dejaría de ser un órgano independiente y de control, para convertirse en un apéndice de los Poderes Ejecutivo o Legislativo.

La sola sospecha de que el Poder Judicial se convierta en instrumento de los otros dos poderes, para que éstos, a través suyo, logren resolver situaciones que por las vías políticas propias no pueden, provocaría una seria crisis institucional». (Roberto Dromi. «Los Jueces». Ediciones Ciudad Argentina. Pág. 128).

17.-) Que, ahora, siguiendo con el desarrollo histórico del tema del desafuero, corresponde señalar que fue, precisamente, en razón de las motivaciones políticas a que hizo referencia el tratadista Carlos Estévez, que los artículos 33, 34 y 35 de la Constitución Política de 1925 establecieron un nuevo sistema para el desafuero, el que se mantuvo en los incisos 2, 3 y 4, del artículo 58 de la Carta vigente. Producida la reforma Constitucional de 1925, por otra parte, el Decreto-Ley N°554 del mismo año, modificó el Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Penal, artículos 656 al 663, a fin de adaptarlos a la mencionada reforma, otorgándoles la misma redacción que presentan los actuales artículos 611 al 618 del citado Cuerpo legal;

18.-) Que lo dicho es concluyente, en concepto de esta Corte, para demostrar que la gestión de desafuero no reviste los caracteres propios de un juicio o proceso. Ciertamente no lo era cuando, bajo el imperio de las Constituciones de 1823, 1828 y 1833, conocía de la gestión la Cámara a la que pertenecía el Diputado o Senador al que se pretendía desaforar, y tampoco adquirió este carácter cuando la Reforma del año 1925, trasladó la competencia, en primera instancia, a las Cortes de Apelaciones respectivas y en segundo grado a esta Corte Suprema. La materia y naturaleza de la gestión siguió siendo la misma, sólo existió un cambio de la autoridad encargada de resolverla;

19.-) Que cabe preguntarse entonces ¿cuál sería la naturaleza jurídica de la gestión de desafuero? Pues no es otra que la correspondiente a una condición de procedibilidad, un requisito o condición habilitante para poder actuar criminalmente en contra de un Diputado o Senador. La doctrina científica, en general, ha considerado el desafuero como un «preproceso»; un «antejuicio»; como un trámite de «diligencias previas»; «un presupuesto de admisibilidad»; o, por último, un «requisito de perseguibilidad». A partir de un presupuesto de carácter subjetivo, la calidad de Diputado o Senador de una persona que aparece como imputada en un juicio penal, se refuerzan sus garantías procesales penales y se exige una autorización previa para proceder en su contra, la que incidirá directamente, y, en mayor o menor medida, en un juicio penal pendiente. En efecto, la falta de autorización, en nuestro derecho positivo, puede posibilitar la oposición de la excepción contemplada en el N° 8 del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere, precisamente, a la «falta de autorización para procesar en los casos que sea necesaria con arreglo a la Constitución o a las leyes», excepción que puede hacerse valer en alguna de las formas a que se refieren los artículos 433 y 434 del citado Código y que, según sea acogida o denegada, dará lugar a alguna de las situaciones previstas en los artículos 442 y 617 del mismo Cuerpo legal;

20.-) Que establecido, como ha quedado, que la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso debe, lógicamente, concluirse que a ella no le resultan aplicables las garantías del «debido proceso». Con todo, esta Corte analizará esta institución, a fin de resolver si, en la presente gestión, se han vulnerado alguno de los principios que se incluyen en este concepto. El debido proceso legal constituye una institución de la más antigua raigambre jurídica. Se ha estimado que del Capítulo 39 de la Carta Magna Inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos, frente al Rey «Juan Sin Tierra» a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. El pasaje pertinente de la Carta Magna mencionada decía: «Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación». Esta norma fue una proscripción del castigo arbitrario y de las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Garantizaba, en suma, el derecho a un juicio justo y a una justicia

honesto. No se pretendía tanto configurar una forma particular de juicio, sino más bien resaltar la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión de bienes e ilegalidades que el Rey Juan había cometido o tolerado. En este mismo sentido, el año 1776, la Declaración de Derechos de Virginia desarrolló el concepto del debido proceso al exigir que: «VIII.- En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y la naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial...», «que no puede ser impelido a declarar contra sí mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares». En términos muy similares, la V enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su parte final, estableció que a ninguna persona «se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial».

El Debido Proceso

21.-) Que este concepto del debido proceso - incorporado en el ordenamiento institucional chileno a partir del artículo 18 del Reglamento Constitucional de 1812 y reiterado en los artículos 122 de la Constitución de 1823, 11 de la Constitución de 1833 y 11 de la Constitución de 1925-, continuó desarrollándose para conseguir la armonía de dos grandes intereses en juego, el interés social, perjudicado o atemorizado por la comisión de un delito y el interés individual, puesto en peligro por el obligado sometimiento a un juicio penal. En resumen, en la actualidad, se estima que el concepto del debido proceso comprende el pleno derecho a la jurisdicción y, como lo señala un autor, que formó parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, «los elementos que constituyen un racional y justo procedimiento son los siguientes, de un modo muy escueto: 1) Notificación y audiencia del afectado, pudiéndose proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado; 2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable; 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial u objetivo, y 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva». (Enrique Evans de la Cuadra. «Los Derechos Constitucionales». Editorial Jurídica de Chile. Tomo II, pág. 29).

22.-) Que todos estos elementos están contemplados en nuestro actual proceso penal, naturalmente con las imperfecciones propias de un sistema inquisitivo que es el que actualmente nos rige y que, como es sabido, se encuentra en trámites legislativos de cambio, pero es posible advertir que lo que la defensa del senador Pinochet ha pretendido es anticipar las exigencias de ese «debido proceso» a una etapa anterior al mismo, pretendiendo que se aplique a un privilegio, como lo es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de una acción penal en su contra, normas que rigen para el supuesto en que ya haya sido autorizado su juzgamiento para ante el tribunal competente. Se ha tratado, en consecuencia, en este trámite, acudiendo a la invocación de derecho a un «debido proceso», de

conseguir u obtener la declaración de una falta de responsabilidad penal total, a la que conduce el sobreseimiento definitivo decretado de acuerdo con el artículo 617 del Código de Procedimiento Penal, en los supuestos que se resuelve no haber lugar a la formación de causa. La defensa del senador Pinochet se ha preocupado también de colocar de relieve las consecuencias, para él nada triviales, derivadas del hecho de acogerse el desafuero de un Diputado o Senador, como es la de quedar suspendido, aunque sea provisionalmente en el ejercicio de su cargo, pero ninguna alusión hace a las consecuencias, evidentemente más graves y permanentes, que produce la resolución que no da lugar a la formación de causa, que puede lesionar derechos fundamentales de terceros al poner término, en forma definitiva e irrevocable, en lo que respecta al Diputado o Senador favorecido con esta última decisión, al procedimiento judicial en lo criminal;

23.-) Que, además, resulta conveniente destacar que la declaración de desafuero puede ser efectuada por el tribunal de alzada sin oír a ninguna de las partes y de oficio, según resulta de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 612 del Código de Procedimiento Penal. En el presente caso, en cambio, la defensa del senador Pinochet fue ampliamente desplegada a través de todo un equipo de abogados, según ha sido de público y notorio conocimiento;

24.-) Que la defensa del senador Pinochet ha invocado, asimismo, en su apoyo las disposiciones de la «Convención Americana Sobre Derechos Humanos», conocida también como «Pacto de San José de Costa Rica», y del «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». La Convención, en su artículo 8, bajo el título de Garantías Judiciales, enuncia una serie de principios que deben regir la tramitación de los procedimientos judiciales y, en la primera parte de su numeral 1, establece que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...». En términos similares se contempla esta misma garantía en el artículo 14 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata, en estos dos casos, de establecer garantías que recibirán aplicación en el desarrollo de un proceso penal, al interior del juicio, pero que no pueden ser anticipadas al trámite de una autorización previa para procesar, como lo es la presente, en la que, por lo demás, según ya se ha dicho, el Senador de cuyo desafuero se trata, recibió amplia asesoría técnica;

25.-) Que se ha pretendido también por la parte apelante que el estado de salud del senador Pinochet no le ha permitido defenderse en este trámite de desafuero. Al efecto, se sostiene en la minuta de alegatos, puesta a disposición del tribunal, precisamente, por su abogado defensor, en forma textual lo siguiente: «la misma Ley 18.857 introdujo el actual art. 349, que ordenó perentoriamente al juez someter a examen mental a los inculcados o encausados sordomudos o mayores de 70 años. Es obvio que tal examen se exige porque de su resultado va a depender que el tribunal quede debidamente informado acerca de si el inculcado o encausa-

do está en condiciones de hacer uso de los derechos procesales antes introducidos por el mismo cuerpo legal, esto es, el derecho a ser informado y a formular descargos, así como la larga lista de derechos contenidos en el nuevo artículo 67". En otras palabras, se considera como evidente por el abogado defensor que el examen mental exigido por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se encuentra vinculado al derecho de defensa del inculpado, pero esto no resulta exacto, a menos que se considere que ese derecho de defensa involucra el de obtener a favor del inculpado o encausado una exención de responsabilidad penal basada en el estado de salud mental y alegada fuera del proceso penal correspondiente.

26.-) Que es útil recordar que el artículo 349, ya citado, si bien fue incorporado al Código de Procedimiento Penal por la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, tuvo un origen muy anterior a su consagración legislativa. En efecto, este precepto se originó en el Proyecto de Modificaciones al Código de Procedimiento Penal, elaborado por el ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Rubén Galecio Gómez y nunca su contenido se ligó al derecho de defensa del inculpado en su aspecto procesal, sino, más bien, a una defensa de fondo: la existencia de una posible anomalía mental que pudiera llevar a la dictación de un sobreseimiento definitivo por la causal de locura o demencia. Así lo dijo el propio autor del precepto en referencia: «las modificaciones que se insertan en este Título, se refieren al denominado «De la identificación del delincuente y sus circunstancias personales». Título VII del Libro II del Código de Procedimiento Penal. Se refieren especialmente...b) A la imposición del examen mental siempre que se atribuya a un reo un delito que pueda acarrearle una pena muy grave cuando fuere sordomudo o mayor de setenta años. Esta es una medida de previsión en los casos en que es legítimo sospechar alguna anomalía en la mente del reo». («Explicaciones del Articulado del Trabajo Preparatorio que modifica el Código de Procedimiento Penal». Rubén Galecio Gómez. Pág. 84);

27.-) Que el Proyecto Galecio fue llevado a tramitación legislativa y en la «Exposición de Motivos del Ministerio de Justicia», redactada por el propio Rubén Galecio Gómez, se dijo que la alteración al «artículo 349 tendía a hacer obligatorio el informe mental en eventos en que el delito se encuentra muy a menudo relacionado con el estado mental del reo: en el primer caso por la gravedad de aquél; en el segundo por la anormalidad física; y en el tercero porque generalmente los ancianos no delinquen estando en su sano juicio». (Diario de sesiones. Cámara de Diputados. Legislatura Extraordinaria. Sesión 11, en jueves 20 de noviembre de 1969).

28.-) Que, en conclusión, por todo lo dicho, resulta inaceptable que en nuestro derecho el deficiente estado de salud mental de un imputado en un proceso penal pueda afectar su derecho de defensa en juicio. Según la época en que esa anomalía se presente, ella podrá dar origen a alguna de las situaciones previstas en los artículos 408 N° 4, 409 N° 3, 421 o 682 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Penal, pero no será apta para evitar un juzgamiento por un tribunal competente, siendo éste, en todo caso, el único calificado, dentro del respectivo

juicio penal, para decidir en torno a la existencia, gravedad y consecuencias de las pretendidas deficiencias mentales.

III.- EN CUANTO AL JUICIO POLITICO COMO CONDICION PREVIA AL ENJUICIAMIENTO DE UN EX PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

29.-) Que en su escrito de apelación, la defensa del senador Pinochet renovó sus planteamientos en cuanto a que este último no podía ser juzgado por el Poder Judicial en relación con una pretendida participación en ilícitos que, de haber existido, revestirían la condición de «actos de su administración» como Jefe de Estado, calidad que investía cuando tal participación habría tenido lugar, «sin que antes se haya acogido por el Senado de la República una acusación constitucional aprobada por la Cámara de Diputados, lo que no sucedió en el presente caso»;

30.-) Que una revista de la normativa constitucional que ha regido con anterioridad en la materia, revela que únicamente la Carta de 1828 concedió inmunidad a un ex Presidente de la República, después de vencido el plazo para la revisión de su gestión por la vía del rescindimiento. Según su artículo 81, «el Presidente y Vicepresidente no podrán ser acusados durante el tiempo de su Gobierno, sino ante la Cámara de Diputados y por los delitos señalados en la parte segunda del artículo 47, Capítulo VII de la Constitución. La acusación puede hacerse en el tiempo de su gobierno o un año después» y «pasado este año, que es el término designado a su residencia, ya nadie podrá acusarlos por delito alguno cometido durante el período de su gobierno», al tenor del artículo 82 de la misma Constitución;

31.-) Que ningún cuerpo constitucional posterior contuvo una disposición de esa índole, si bien la Carta de 1833, que permitió acusar al Presidente de la República en el año siguiente a la conclusión de su mandato, lo dejó a salvo de acusaciones políticas durante su ejercicio. Bajo el imperio de este texto y hasta la reforma de 1874, la acusación constitucional acogida significaba un verdadero enjuiciamiento penal del afectado por parte del Senado, que contaba con poderes discrecionales, «ya sea para caracterizar el delito, ya sea para dictar la pena» y en contra de su resolución no procedía «apelación ni recurso alguno», conforme al artículo 98;

32.-) Que, a su vez, la Constitución de 1925 en el N°1 de su artículo 39 autorizó iniciar el juicio político en contra, entre otros funcionarios, del Presidente de la República ante la Cámara de Diputados, «por actos de su administración en que haya comprometido gravemente el honor o la seguridad del Estado o infringido abiertamente la Constitución o las leyes», estableciendo que «Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a la expiración de su cargo» y asignando al Senado la atribución exclusiva de conocer de las acusaciones entabladas por la Cámara de Diputados con arreglo a dicho precepto, en la forma señalada en el N°1 del artículo 42 de la misma Carta Política.

33.-) Que la existencia y regulación del juicio político en la Constitución de 1925 determinó que los tribunales de justicia durante el término fijado para iniciarlo sólo pudieran hacer efectiva la responsabilidad criminal pública, es decir, la derivada de los actos ejecutados en la administración de un Presidente, en el caso de que el afectado fuese declarado culpable por el Senado al cabo de ese procedimiento. Esto importa una especie de fuero procesal, basado en la necesidad de resguardar el eficiente desempeño de la función de gobernar y administrar el país, sin las perturbaciones que podría irrogar una multiplicidad de denuncias o querrelas injustificadas ante los Tribunales por las actuaciones propias de esa administración;

34.-) Que el procedimiento de acusación constitucional, en su carácter de antejuicio de orden político, configura un trámite previo indispensable para abrir la posibilidad de someter a la Justicia Ordinaria al funcionario cuya culpabilidad establecía el Senado. (Daniel Schweitzer S. «Juicio Político o Acusación Constitucional», Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, I parte, pág. 140);

35.-) Que esa restricción a la acción de los tribunales ordinarios no puede mantenerse una vez transcurrido el plazo dentro del cual debe deducirse la acusación constitucional respecto de un Presidente o ex Presidente de la República, ya que no existe norma alguna que permita extender dicho privilegio más allá del término fijado por el constituyente. En este sentido, es útil citar lo expresado por Leonidas Vial Palma al concluir su estudio sobre «El Juicio Político», Santiago, 1934 pág. 72: «Terminaremos diciendo que la extinción de la responsabilidad política de los funcionarios públicos no lleva aparejada la desaparición de sus responsabilidades civil y penal, que pueden ejercitar en su contra los particulares conforme a las reglas del derecho común»;

36.-) Que estos razonamientos no son sino aplicación de la regla que determina que todo privilegio procesal, como el juicio político, debe poseer la misma transitoriedad de la función que ampara, de modo que, una vez alejada la autoridad de su cargo, no puede subsistir una protección que la sustraiga del juzgamiento de los tribunales de justicia, para asegurar el ejercicio de la función que cumplía. Con el regreso a la vida particular de los funcionarios acusables ante la Cámara de Diputados, ellos «ninguna garantía pueden invocar», pues «el apartamiento del cargo no puede generar la irresponsabilidad del funcionario culpable» (Luis Cousiño Mac-Iver, «La responsabilidad penal del funcionario en la Constitución Política», en «Gabriel Amunátegui: Memoria y Homenaje» facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1961, págs. 51 y 53);

37.-) Que como el procedimiento de juicio político que consultan los artículos 48 N°2 y 49 N°1 de la Constitución de 1980 es, en lo pertinente a la materia, sustancialmente igual al regulado por la Carta de 1925, lo expuesto en los considerandos que anteceden es del todo valedero respecto de las acusaciones que pueden entablarse en ese procedimiento constitucional en contra de un Pre-

sidente o ex Presidente de la República, así como de la limitación temporal que dicho antejuicio político impone al ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales. De suerte que es dable admitir que también bajo el imperio de la actual Ley Fundamental, «concluido el periodo presidencial y los seis meses que le siguen, quedan facultadas las personas agraviadas con la actuación del Primer Mandatario para interponer las acciones civiles y penales que correspondan y ellas serán acogidas en cuanto no hayan sido objeto de prescripción de acuerdo con la naturaleza de las que se promuevan» (Alejandro Silva Bascuñán, «Tratado de Derecho Constitucional» Tomo V, 2 Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 92);

38.-) Que, en tal virtud, fuerza es concluir que pasado el término dentro del cual puede deducirse una acusación constitucional en contra de un Presidente o ex Presidente de la República, no hay razón alguna para vedar o restringir la aplicación de las potestades jurisdiccionales exclusivas de los Tribunales de investigar y perseguir, en su caso, los delitos perpetrados en su administración, aunque no se haya producido previamente su condena en juicio político. Ello teniendo presente, además, que un predicamento contrario pugna tanto con las garantías de la igualdad a la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que reconocen los Ns. 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución vigente, cuanto con el principio general de la responsabilidad de toda autoridad pública que recogen y afirman, entre otras disposiciones, los artículos 6 y 7 de la misma Ley Fundamental;

39.-) Que, al margen de lo expuesto, debe anotarse que la acusación que el N° 1 del artículo 48 de la Carta Política vigente permite entablar ante la Cámara de Diputados respecto de un 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» y que contemplaba en análogos términos la letra b) del artículo 39 de la Constitución de 1925, jurídicamente no pudo deducirse en contra del apelante y por las situaciones descritas en la sentencia en alzada;

40.-) Que en las fechas en que tales hechos tuvieron lugar, el ejercicio del Poder Ejecutivo - que comprende la administración del país, conforme lo indicaba el artículo 71 de la Constitución de 1925 y lo reitera el artículo 24 de la Carta de 1980- no era función privativa del querrellado, sino correspondía a la Junta de Gobierno, por mandato del decreto ley N° 1, de 11 de septiembre de 1973, interpretado por el artículo 1 del decreto ley N° 128, de 16 de noviembre del mismo año, que declaró que «la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo»;

41.-) Que aun cuando al querrellado le correspondió la presidencia de la Junta de Gobierno, de acuerdo con el N°2 del aludido decreto ley N°1, de 1973, esa función no importaba la exclusividad en el desempeño del Poder Ejecutivo, que se

hallaba radicado en la Junta de Gobierno, junto con las demás potestades estatales;

42.-) Que, como no hay mayores antecedentes de que las actuaciones a que se refirió el fallo en alzada al configurar las sospechas fundadas en que basó el desafuero fueran de la Junta de Gobierno, sino por el contrario constituyeron acciones individuales directas del apelante en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército, no cabe encuadrarlas en el concepto de «actos de administración» del Poder Ejecutivo, para los efectos del juicio político establecido en la Carta de 1925;

Desempeño del Poder Ejecutivo

43.-) Que el desempeño exclusivo del Poder Ejecutivo por parte del apelante sólo vino a producirse con posterioridad a esos hechos, merced al decreto ley N° 527, de 26 de junio de 1974, modificado por el decreto ley N°806, de 17 de diciembre del mismo año, sobre Estatuto de la Junta de Gobierno, cuyo artículo 7 prescribió en su inciso primero que «el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la Junta de Gobierno, quien con el título de Presidente de la República de Chile administra el Estado y es el Jefe Supremo de la Nación, con las facultades, atribuciones y prerrogativas que este mismo Estatuto le otorga»;

44.-) Que aunque las acciones descritas en la sentencia apelada hubiesen correspondido a la Junta de Gobierno y no del apelante en el ejercicio de la Comandancia en Jefe del Ejército, ellas mal podrían haber dado lugar a un juicio político, pues como el decreto ley N°27, de 24 de septiembre de 1973, ordenó la disolución del Congreso Nacional a contar de esa fecha, no existió la posibilidad de que la misma Junta, que tenía la suma de los poderes del Estado, se instruyera a sí misma el juicio establecido en los artículos 39 y 42 de la Constitución de 1925 por actos propios, sin contar, además, la carencia de un procedimiento para llevarlo a efecto con sus distintas y sucesivas fases de investigación y acusación y de posterior juzgamiento del imputado;

45.-) Que confirman esta conclusión las posteriores normas de los artículos 11, 13 y 14 del decreto ley N°527, de 1974, que explícitamente asignaron a la Junta de Gobierno funciones específicas que correspondían al Senado, sin concederle, en cambio, facultades para conocer y resolver un juicio político en contra del titular del Poder Ejecutivo o de sus funcionarios, entre ellos, también los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas;

46.-) Que, a su vez, la Vigésimoprimera Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1980 previno que durante el periodo a que se refería la Decimotercera Disposición Transitoria y hasta que entraran en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serían aplicables, entre otros preceptos de la Constitución, los del Capítulo V sobre el Congreso Nacional, con las excepciones señala-

das en la misma Disposición Transitoria, que no se refirieron al procedimiento de juicio político regido por sus artículos 48 N°2 y 49 N°1;

47.-) Que el artículo 3 transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, N°18.918, de 5 de febrero de 1990, declaró que «de acuerdo con lo previsto en el artículo 19, N°3 inciso cuarto, y en la disposición vigésima primera transitoria letra b) de la Constitución Política, las acusaciones a que se refiere el artículo 48 N°2 de la Constitución, sólo podrán formularse con motivo de actos realizados a contar del 11 de marzo de 1990", lo que vedó al Congreso Nacional elegido bajo la Carta de 1980 la sustanciación de juicio político al querellado y a otras autoridades del Gobierno anterior;

48.-) Que de las normas relacionadas fluye que, respecto de los hechos descritos en la sentencia apelada, nunca pudo intentarse la acusación constitucional que establecían los artículos 39 N°2 y 42 N°1 de la Carta de 1925 y que regulan los artículos 48 N°2 y 49 N°1 del cuerpo constitucional vigente, de suerte que no es legítimo invocar la carencia de un juicio político en contra del apelante para sustraerlo de la acción de los Tribunales. Pues, como bien lo apuntara Alejandro Silva Bascuñán en su trabajo sobre la «Responsabilidad del Jefe del Estado» (Gaceta Jurídica Anexo 48/Junio-1984), aludiendo a la «situación de la responsabilidad funcionaria del Jefe de Estado, al no haber juicio político, ni estar señalada autoridad alguna que conozca de él» y «sostener sobre tales presupuestos que el Jefe de Estado no puede en este período ser perseguido por su actuación funcionaria, parece incompatible con las bases esenciales del Estado de Derecho que desarrolla la Carta Fundamental. Baste recordar, desde luego, el principio de responsabilidad de los órganos y autoridades del Estado reiteradamente sentado en numerosas disposiciones de la Carta y del que no puede eximirse precisamente aquél que asume la suprema autoridad prevista en ella y que puede tener por ello el más alto grado de culpabilidad»;

49.-) Que, por último, razones éticas y jurídicas elementales impiden aceptar que no pueda ser sometido a enjuiciamiento criminal, y resulte consecuentemente eximido de manera anticipada de toda posible responsabilidad de este carácter, quien, por no haber sido privado previamente de su inmunidad procesal - si es que hubiere gozado de ella- a través del procedimiento de la acusación constitucional, y en circunstancias que se desempeñó durante períodos de inexistencia del Congreso Nacional, organismo naturalmente llamado a incoar ese juicio político en contra de determinados funcionarios, posteriormente participó en forma personal y directa en la aprobación de la normativa que determinó que ese parlamentario estuviera en la imposibilidad jurídica de instruir dicho juicio.

50.-) Que, en suma, por lo expresado en las consideraciones que preceden, esta Corte no puede sino rechazar la alegación de la defensa del apelante acerca de la supuesta falta de jurisdicción de los tribunales, tanto porque en las Constituciones de 1925 y 1980 no hay impedimento para juzgar a un ex Presidente después que

transcurre el plazo para iniciar un juicio político en su contra, cuanto porque en virtud de los motivos expuestos en los considerandos que anteceden esas acciones no pueden haber pertenecido a los actos de administración del Poder Ejecutivo radicado en la Junta de Gobierno y no en el desaforado y, en todo caso, la normativa dictada en la materia impedía absolutamente intentar una acusación constitucional en su contra o de esta Junta;

IV.- EN CUANTO A LOS REQUISITOS QUE HACEN PROCEDENTE LA DECLARACION DE DESAFUERO

A) HECHOS QUE PRESENTEN LOS CARACTERES DE UN DELITO

51.-) Que por lo que se refiere a la tipificación de los delitos de secuestro, se ha sostenido en estrados por la defensa del senador Pinochet, que ellos no podrían entenderse configurados porque lo que consta en autos es que las supuestas víctimas de tales ilícitos habrían sido «sustraídas» de los lugares en los cuales se encontraban privadas de libertad y no «encerradas» o «detenidas» como lo exige el tipo contenido en el artículo 141 inciso primero del Código Penal. Pero tal argumento no puede ser aceptado pues, en verdad, para ser «encerradas» o «detenidas» las víctimas de un secuestro tienen usualmente que ser «sustraídas» del lugar en que previamente se encontraban; de suerte que entre la conducta de «sustraer» y las de «encerrar» y «detener» no existe contradicción alguna sino, por el contrario, una sucesión lógica de antecedente a subsecuente;

52.-) Que mucho menos puede sostenerse, como también se ha insinuado, que las víctimas de los delitos a que nos estamos refiriendo no podrían haber sido «detenidas» o «encerradas» porque se encontraban privadas de libertad antes de que desplegaran su actividad los procesados en estos autos; pues con esa alegación se ignora que, si bien las víctimas estaban efectivamente detenidas, lo estaban «legítimamente», pues su privación de libertad obedecía a una orden de autoridad que, por lo menos formalmente, contaba en ese momento con la facultad de disponerla; en cambio, aquella a que los someten los procesados lo es sin derecho, como precisamente lo exige el artículo 141 inciso primero del Código Penal. De aceptarse el criterio aquí impugnado se daría el absurdo de que si una banda de delincuentes sustrajera de un establecimiento penal en que está cumpliendo una condena al integrante de un grupo rival para hacerlo desaparecer, el hecho tampoco podría calificarse de secuestro, ya que la nueva privación de libertad sólo prolongaría aquella a que ya estaba sujeto. Tal cosa implica suponer que cuando el bien jurídico de la libertad ambulatoria de un sujeto ya se encuentra afectado, está irremisiblemente perdido y cualquiera puede disponer de él a su antojo; algo que, por supuesto, es inadmisibles;

Empleados Públicos y Secuestros

53.-) Que tampoco ha de acogerse el punto de vista según el cual, como al momento de ejecutarse los hechos a que se refiere el caso «sub-lite» todos los implicados en ellos eran empleados públicos, no podrían haber cometido secuestros, ya que tales funcionarios sólo podrían incurrir en detenciones ilegales del artículo 148 del Código Penal. Esa afirmación carece de todo fundamento y, para convencerse de ello, basta pensar en que con arreglo a tal criterio, si un militar se apoderara de una persona perteneciente a una familia acaudalada y la mantuviera encerrada esperando obtener por ella un importante rescate, su conducta tendría que calificarse de detención ilegal. Nos parece que nadie estará dispuesto a suscribir un resultado tan absurdo. Lo que sucede, en verdad, es algo muy distinto: el delito de detención ilegal sólo puede cometerlo un empleado público, siempre, naturalmente, que se mantenga dentro de los límites trazados por el tipo del artículo 148 inciso primero del Código Penal; pero dicho empleado también cometerá un secuestro del artículo 141 inciso primero del Código Penal, si su comportamiento cae fuera de los márgenes establecidos por la figura cualificada de la detención ilegal. Por lo demás, para lo que aquí interesa, y prescindiendo de la considerable diferencia de penalidad entre ambos delitos, la distinción es irrelevante porque, contra lo que en alguna ocasión se ha sostenido, tanto el de detención ilegal como el de secuestro son permanentes, de manera que su consumación se prolonga durante todo el tiempo en que se mantiene la privación de libertad;

54.-) Que también se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido respecto a las personas desaparecidas con ocasión de los hechos a que se refiere el proceso no puede ser el de secuestro agravado, pues nadie cree que ellas estén todavía con vida, privadas de libertad, y, por el contrario, todo el mundo piensa que fueron muertas. Aunque esto último pudiera ser verdad, nada dice en contra de la posibilidad de configurar el secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha en que se dictó el Decreto Ley N° 2191 sobre amnistía, único caso en el que los procesados podrían intentar invocar esta última. Por lo demás, vale la pena enfatizar que no es esta la etapa procesal adecuada para pronunciarse en definitiva sobre la calificación jurídica de los hechos perseguidos en la causa;

55.-) Que aunque los hechos investigados en el proceso rol 2.189 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, actualmente considerados como secuestros agravados, calificación provisional, como corresponde a la de un auto de procesamiento, fueren en definitiva estimados como homicidios, y las muertes de detenidos ocurridas en Cauquenes, La Serena, Copiapó, Antofagasta y Calama también lo fueren de igual manera, y ellos hubieren ocurrido en las fechas y oportunidades en que las declaraciones de los procesados y otros antecedentes pudieran determinarlo

exactamente, y en todo caso, en Octubre de 1973, tal situación tampoco impediría o sería obstáculo para el desafuero, teniendo presente las causales de extinción de responsabilidad criminal contenidas en el artículo 93 del Código Penal;

56.-) Que, por de pronto, no cabe duda que todo aquello que se refiera a la determinación precisa y exacta del hecho o hechos punibles investigados en dicha causa y la participación que en ellos pudiera haberle correspondido a determinadas personas, escapan, ciertamente, a la competencia de esta Corte, en la gestión en que se encuentra, y corresponden propiamente a los jueces del fondo. A la I. Corte de Apelaciones, y en su caso, a esta Corte en el conocimiento de un desafuero sólo les corresponde examinar - como se enunció en los ocho primeros fundamentos de este fallo- si los hechos imputados presentan los caracteres de delito y si existen sospechas fundadas para reputar autor, cómplice o encubridor a una persona determinada (art. 255 del Código de Procedimiento Penal) protegida por el fuero que se pretende quitar, como se establece en el artículo 612 del mismo Código antes citado, que exige para actuar de esa manera «datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado»;

57.-) Que tratándose de causales de extinción de responsabilidad penal, entre las que cabe mencionar la amnistía (art. 93 N° 3) y la prescripción (art. 93 N° 6), que podrían permitir la dictación de un sobreseimiento definitivo o una sentencia definitiva de carácter absolutorio, tales causales no son de aplicación automática, y por de pronto, en la primera hipótesis, se exige que la investigación criminal, que debe conducir el Juez de la instancia, esté concluida y «agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente», como lo dispone el artículo 413 del Código de Enjuiciamiento Criminal, estableciéndose por el inciso 2 del mismo artículo, que «si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella, no se decretará el sobreseimiento, sino que se esperará la sentencia definitiva»;

58.-) Que en su caso, la aplicación de la ley de amnistía contenida en el D.L. 2191, atendido su tenor literal, exige que las personas a quienes se pueda aplicar estén determinadas y acreditada su participación en el hecho punible, en cualquiera de las hipótesis que plantea el artículo 14 del Código Penal. Y bajo otro aspecto, cabe tener presente que la amnistía no extingue el delito o hecho punible, sino que, como lo dispone el N° 3 del artículo 93 del Código Penal, «extingue por completo la pena y todos sus efectos», o sea, debe estar determinado completamente el delito y la persona del delincuente y su responsabilidad en alguna de aquellas calidades;

59.-) Que cabe señalar a este respecto que la conclusión antes mencionada tiene el sólido fundamento de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, pues de las Actas de la Comisión Redactora (Manuel de Rivacoba, «Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora») al analizar-

se en la Sesión N° 22 el texto de los artículos 125 y 126, hoy 91 y 92 del Código Penal, a continuación se redactaba un nuevo artículo sin individualización pero que debería corresponder al actual 93, que en su numeral segundo disponía: «2 La amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido», pero en la Sesión N° 139, de 19 de Mayo de 1873, el Comisionado Sr. Rengifo, encargado en la sesión anterior de redactar un texto que comprendiera «no sólo la prescripción sino todos los modos como termina la responsabilidad criminal», presentó el actual texto del artículo 93, que fue aprobado unánimemente. De esta forma queda en evidencia que la amnistía no «produce el efecto de borrar el delito», sino que se transforma en una causal de extinción de responsabilidad penal, la que es personal y debe ser otorgada a un individuo determinado, responsable del ilícito y siempre que en el proceso se acrediten los presupuestos para que ella opere;

60.-) Que en lo que se refiere a la prescripción, que también es una causal de extinción de responsabilidad penal contenida en el N° 6 del artículo 93, deberá tenerse presente que ella tampoco es de aplicación automática, pues junto con el cumplimiento del tiempo necesario para que la acción prescriba, de acuerdo a la gravedad del delito, deberá acreditarse previamente la responsabilidad del imputado, pues la prescripción se aplica al responsable del ilícito, en una investigación agotada, como lo establece el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, y siempre que se cumplan los demás requisitos, v.gr., que no haya existido interrupción de la prescripción por la comisión o ejecución de otros crímenes o simples delitos o que ella se haya suspendido, como lo establece el artículo 96 del Código Punitivo, o que el reo no se haya ausentado del país, como lo dispone el artículo 100 del mismo cuerpo legal;

61.-) Que todo lo expuesto revela que aunque los hechos investigados en los autos en que incide este desafuero quedaren comprendidos en la figura del homicidio u otras hipótesis planteadas en las querellas, pero no en el del secuestro agravado, tal situación exigiría que fuera el Juez respectivo y no la I Corte o este Tribunal en esta gestión de desafuero, quien pudiera determinar si corresponde aplicar la amnistía y/o la prescripción. Según se ha hecho notar anteriormente en este fallo, en el actual trámite de desafuero no se ventila la posible responsabilidad criminal del parlamentario afectado, sino la facultad del tribunal que conoce del respectivo proceso o el derecho de los querellantes en el mismo, a que se dirija esa causa criminal en contra de un congresal determinado;

Ante Alegación De la Defensa

62.-) Que en cuanto a la alegación de la defensa del senador Pinochet en el sentido de que el fallo de la I. Corte de Apelaciones se hubiere excedido en su competencia al desaforarlo «por los hechos que han sido materia de la investigación en el cuaderno pertinente de los autos criminales que motivaron esta decisión», o sea, por secuestros, homicidios, asociación ilícita e inhumación ilegal, y no

el de secuestro solamente como había sido solicitado, debe tenerse presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 612 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal, el tribunal que conoce del desafuero puede hacer la declaración que se reprocha incluso de oficio, sin perjuicio de que el Juez encargado de la causa decida, en la oportunidad que corresponda, qué hechos ilícitos se encuentran acreditados y que participación en ellos pudo tener el imputado;

63.-) Que sin perjuicio de las conclusiones contenidas en los motivos 8, 9, 10 y 11 de la sentencia apelada, que acreditan la existencia de hechos que ya han sido calificados como secuestros agravados y que han sido objeto de autos de procesamiento confirmados por los tribunales superiores, cabe tener presente que están acreditados hechos que presentan los caracteres de delitos de homicidio, por la circunstancia de haberse dado muerte a personas que no habían sido sometidas a Consejos de Guerra tanto en Copiapó como en Calama, como consta de las declaraciones del Comandante Oscar Haag de fs. 3004, Subteniente Waldo Ojeda de fs. 3221, Subteniente Marcelo Marambio de fs. 3220 y Capitán Ricardo Yáñez de fs. 3225, sobre hechos acaecidos en Copiapó, y del Coronel Eugenio Rivera de fs. 115 y 1589 y Comandante Oscar Figueroa de fs. 921, sobre hechos ocurridos en Calama, a los que habría que agregar los hechos sucedidos en Antofagasta donde diversos detenidos fueron sacados de la Cárcel de dicha ciudad, de noche, llevados a las afueras de la ciudad donde fueron fusilados, y que por otra parte, esta Corte al resolver el recurso de amparo deducido por la defensa del General (r) Sergio Arellano Stark y otros, junto con decretar diversas diligencias al Juez instructor, ordenó, en ejercicio de sus facultades privativas, dirigir la investigación a la comprobación del homicidio de Claudio Arturo Lavín Loyola. En consecuencia, se encuentran acreditados hechos que presentarían caracteres de delito de secuestro y homicidios y como ellos habrían sido ejecutados por un grupo militar, bajo un mando superior y que en el caso de haber habido homicidio los cadáveres no han sido encontrados, estos hechos también presentarían características de asociación ilícita e inhumaciones ilegales;

64.-) Que debe tenerse en cuenta que en este trámite de desafuero y en relación con las expresiones «estando establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito», el Tribunal que conoce del desafuero debe restringirse a un juicio de tipicidad que formula en abstracto, verificando si el hecho denunciado queda o no contemplado en alguna de las figuras típicas que establece el Código Penal. Es a esta simple tipicidad a la que se condiciona la declaración de desafuero y la consiguiente apertura o continuación del correspondiente proceso penal respecto del imputado a quien se pretende desaforar;

B) EXISTENCIA DE FUNDADAS SOSPECHAS PARA REPUTAR AUTOR, COMPLICE O ENCUBRIDOR AL PARLAMENTARIO CUYO DESAFUERO SE SOLICITA

65.-) Que adicionalmente a las sospechas fundadas contenidas en los considerandos 14 y 15 del fallo en alzada, es menester tener presente que los actores de los

hechos investigados en la causa mencionada, y que se encuentran sometidos a proceso, formaban parte de un grupo de militares encabezado por un General de Brigada, y que conformaban, además, un Coronel, dos Mayores y un Teniente de Ejército, asistidos por dos Oficiales pilotos que comandaban un helicóptero institucional, con el cual visitaron diversas ciudades al sur y norte de Santiago, en cumplimiento de una misión militar encomendada por el a la sazón, Comandante en Jefe del Ejército, esto es, el actual Senador Vitalicio Augusto Pinochet, según lo declara el propio Arellano, en labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales. A raíz de esta misión se cometieron hechos que revisten incuestionablemente, tal como ya se ha demostrado en este fallo, caracteres de delito;

Verticalidad Del Mando

66.-) Que es conocida la gran importancia que tiene en una Institución Armada de la República la verticalidad del mando y la obligación del inferior de cumplir estrictamente las órdenes del superior, lo que de no hacer, puede significarle medidas disciplinarias, juicios militares, la destitución u otras más graves cuando ocurren en tiempo de guerra.

67.-) Que es un hecho de la causa que no obstante que el Comandante en Jefe de la Primera División de Ejército con sede en Antofagasta se apersonó en el aeropuerto de dicha ciudad cuando aterrizó el avión que conducía al entonces Comandante en Jefe, y hoy Senador Institucional, y le representó los graves sucesos cometidos por la comitiva dirigida por el General Arellano en la jurisdicción que comandaba, aquél en definitiva no tomó medidas de ningún tipo en contra de los responsables, y por el contrario, a uno lo nombró poco tiempo después Comandante en Jefe de la División más importante del país, a otro lo designó como Director de la Escuela de Caballería y a otros se les hicieron destinaciones relevantes. Por el contrario, aquellos Oficiales superiores que se opusieron y denunciaron los hechos cometidos por la comitiva dirigida por el General Arellano fueron, en su mayoría, posteriormente llamados a retiro de la Institución;

68.-) Que si a este hecho se le agrega la circunstancia de que el Coronel Arredondo, en el careo de fs. 2593, sostenido con el General Arellano declaró enfáticamente que él sabía que en La Serena, Antofagasta y Calama se iban a efectuar ejecuciones, y que de ello se enteró por el propio General Arellano, puede deducirse válidamente que fue informado de ello antes de partir, lo que lleva a concluir que desde un principio dicha misión tenía por objeto finalidades ocultas y diversas de las consignadas en el instrumento que la ordenó, más aún si en la comitiva no se incluía ningún Oficial de Justicia Militar que pudiera haber asesorado al Jefe de ella en cuanto a los procedimientos judiciales y las penas que correspondía aplicar de acuerdo a la naturaleza de los delitos;

69.-) Que de lo dicho anteriormente se deduce otra sospecha fundada de participación del Senador vitalicio, pues si se concluye que un General de la República informa a un subordinado acerca de los alcances efectivos de la misión que deben llevar a cabo, es razonable sospechar que él, a su vez, había recibido esa orden de su superior jerárquico militar, o sea, del Comandante en Jefe del Ejército que había dispuesto la comisión, porque en dicha Institución debe ineludiblemente acatarse y cumplirse la orden del superior, siguiendo la respectiva cadena de mando;

70.-) Que si se considera la regla de la verticalidad del mando y que a la Comisión del General Arellano se la dotó de todos los elementos logísticos necesarios para llevar a cabo su cometido y que ante los excesos producidos no hubo ninguna reacción ni sanción a los responsables, debe concluirse que la orden de proceder en la forma que se ejecutó debió haber sido decretada por el propio Comandante en Jefe de la época;

71.-) Que a lo dicho cabe añadir que el general Pinochet tenía un claro concepto de lo que es el mando militar en la forma en que él mismo lo explica en su libro denominado «Política, Politiquería y Demagogia» publicado en 1983. En efecto, allí se expresa textualmente lo siguiente: «En la vida militar se vive, quizá con mayor claridad formal que en otra parte en la permanente dinámica de mandar y obedecer. En la organización militar, quien no sepa mandar, no sirve. Y quien no sepa obedecer, tampoco sirve. Por lo demás, y aunque resulta un tanto drástico decirlo así, en la vida la persona que resulta más inútil es aquella que no sabe mandar ni obedecer. Creo que para ejecutar bien el mando, es imprescindible haber aprendido a obedecer. Y obedecer en plenitud, en forma comprometida, sin vacilaciones. Es mal jefe, por lo tanto, quien haya sido mal subalterno».

Por estas consideraciones y citas legales se confirma la sentencia en alzada de fecha cinco de junio de dos mil, escrita a fojas 3635, y se resuelve, además, que no se hace lugar a la nulidad de lo obrado subsidiariamente solicitada en el recurso de apelación deducido en estos autos.

Se previene que el Ministro señor Libedinsky estima innecesario el contenido de los fundamentos 58, 59 y 60 del fallo, en atención a lo expuesto en las consideraciones 16 acápite 2 del fallo en alzada y motivaciones 61 y 64 de la presente sentencia.

Se previene que el Ministro Sr. Benquis concurre a la confirmatoria teniendo asimismo presente:

1) Que en esta gestión de desafuero, la defensa del parlamentario imputado persistentemente ha controvertido la calificación que ha sido dada provisionalmente por los jueces del fondo a los ilícitos determinados en este apartado de la

investigación sumarial conducida por el Ministro Sr. Juan Guzmán Tapia. Sostiene que no se habrían configurado los diecinueve secuestros calificados materia del procesamiento ya dictado en estos autos y que, por el contrario, lo acaecido con dichas víctimas habrían sido homicidios, al igual que los que afectaron a las otras cincuenta y cuatro personas cuyos decesos se produjeron también con motivo de la misión militar encomendada al procesado Sergio Arellano Stark, a la que vulgarmente se la ha denominado como «la caravana de la muerte», y de los que difieren sólo por la circunstancia de no haberse todavía ubicado sus cadáveres. Según su parecer, todos los setenta y tres homicidios calificados - de ejecución instantánea, consumados y agotados- fueron coetáneos y se produjeron en octubre de 1973 y dado el tiempo transcurrido no se hace verosímil que esas personas aún permanezcan vivas secuestradas. De esta argumentación hace derivar la inutilidad de la privación del fuero a un parlamentario para que comparezca a un proceso que, a su modo de ver, tendrá que concluir con la aplicación de la amnistía o la prescripción de la acción penal.

Estado o Tiempo De Guerra

2) Que, por su parte, los querellantes han afirmado tanto al formalizar sus acciones como al alegar en estrados, que los hechos punibles indagados y determinados sucedieron cuando el país había sido declarado en estado o tiempo de guerra y, por consecuencia, todas las setenta y tres víctimas civiles de que se trata - que previo a sus decesos o desapariciones se encontraban privadas de libertad a la espera de ser juzgadas y custodiadas por autoridades militares, en centros de detención a los que habían acudido en respuesta a bandos militares que ordenaban su comparecencia- se encontraban amparados por la Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, ratificado por nuestro país el 12 de octubre de 1950 y publicado en el Diario Oficial de 18 de abril de 1951 y por los Convenios de Ginebra sobre Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, ratificado por Chile el 12 de octubre de 1950 y publicado en el Diario Oficial el 19 y 20 de abril de 1951.

3) Que por Decreto Ley N° 3 de 11 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 18 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno integrada por Augusto Pinochet Ugarte, José T. Merino Castro, Gustavo Leigh Guzmán y César Mendoza Durán, declaró a partir de esa fecha Estado de Sitio en todo el territorio de la República.

Por Decreto Ley N° 5 de 12 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 1973, la mencionada Junta de Gobierno declaró, en su artículo 1, «interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse «estado o tiempo de guerra», para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación».

El 13 de marzo de 1974 la Junta de Gobierno dictó el Decreto Ley N° 360, publicado en el Diario Oficial de 16 de marzo de 1974, mediante el que declaró que «todo el territorio de la República se encuentra en Estado de Sitio desde la dictación del decreto ley 3, de 11 de septiembre de 1973, y que dicho estado continuará vigente por el término de seis meses a contar del 11 de marzo de 1974".

De las citas legales anteriores no cabe sino aceptar que a la fecha de los homicidios y /o secuestros, de que se trata, el país se encontraba jurídicamente en «estado o tiempo de guerra».

4) Que los artículos 3, tanto de la Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, como de la Convención sobre la Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, más arriba mencionados, y que nuestro país se comprometió a respetar y hacer respetar, dispone, en lo pertinente, que «En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: 1.- Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquiera otra causa, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A tal efecto están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados...»

Por su parte, el Convenio primeramente citado, en lo que interesa, dispone en su artículo 129 que «Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual sea la nacionalidad de ellas». El artículo 130 expresa que «Las infracciones graves a que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, siempre que sean cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las Fuerzas Armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del presente Convenio». Y el artículo 131 ordena que «Ninguna Parte contratante

podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo anterior».

5) Que, consiguientemente, es dable advertir en esta temática sucintamente esbozada - a la que corresponde unir tanto la invocación para que se respeten los Convenios internacionales suscritos por nuestro país que hace la propia defensa del senador Pinochet (en la materia del debido proceso), cuanto al hecho de que ya esta Corte Suprema, en la causa seguida por la detención y desaparecimiento de Pedro Enrique Poblete Córdova, por sentencia de 9 de septiembre de 1998, al acoger un recurso de casación en el fondo declaró la improcedencia de un sobreseimiento definitivo fundado en la amnistía, entre otras razones, por oponerse a los Convenios de Ginebra- que aún en la eventualidad de tenerse en definitiva por configurados solamente homicidios en el caso del total de las setenta y tres personas de que se trata - como lo pretende la defensa del referido congresal- la procedencia o no del sobreseimiento y/o de la amnistía, son aspectos substantivos y de peso que forzosamente deben ser resueltos por los jueces del fondo y en la oportunidad procesal que la ley determina. Se hace evidente, entonces, la extemporaneidad de dichas alegaciones en esta gestión o trámite que tiene como único objetivo la constatación de la existencia de algún hecho que revista caracteres de delito y de la presencia de sospechas de que en él ha tenido intervención el parlamentario imputado, circunstancia que se dan en la especie y que ameritan la privación del fuero de que se encuentra investido.

Plantean Confirmar Resolución

Se previene que los Ministros señores Ortiz, Tapia y Rodríguez estuvieron por confirmar la resolución apelada, aunque sin compartir sus fundamentos 8 a 12, ambos inclusive, ni sus fundamentos 14 y siguientes, rectificando el guarismo «807» por «806» en su fundamento 13 y con exclusión de las citas constitucionales y legales que preceden a su parte resolutive, salvo la del artículo 39 I N° 1, circunstancias primera y quinta, del Código Penal y aquellas del Código de Procedimiento Penal. Para resolver lo indicado, los previnientes tienen además presente, únicamente, las siguientes consideraciones:

1.- Que estos autos sobre desafuero inciden en el proceso criminal rol N° 2182-98-A, seguido ante el Ministro de fuero don Juan Guzmán Tapia, que se ha tenido a la vista y en el cual se investigan hechos acaecidos con motivo del viaje efectuado en Septiembre y Octubre de 1973 a diversos lugares de nuestro país por el entonces General de Ejército en servicio Sergio Arellano Stark y su comitiva, a fin de desempeñar la misión encomendada al primero por el entonces Comandante en Jefe del Ejército General Augusto Pinochet Ugarte, actual Senador vitalicio cuyo desafuero ha sido solicitado;

2.- Que tanto en Septiembre de 1973 como actualmente, el artículo 418 del Código de Justicia Militar disponía que para los efectos de dicho cuerpo legal, se entiende que hay «estado de guerra», o que es «tiempo de guerra», cuando ha

sido declarado oficialmente el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas. El artículo 71 del mismo Código establecía que la jurisdicción militar en tiempo de guerra es ejercida, entre otras personas, por los Generales en Jefe, por los Fiscales, por los Consejos de Guerra y por los Auditores. Luego, el artículo 72 señalaba que la jurisdicción militar en tiempo de guerra comprende el territorio nacional declarado en estado de sitio. El artículo 73 añadía que desde el momento en que se nombre General en Jefe comenzará la competencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra en todo el territorio declarado en estado de sitio. En seguida, el artículo 74 asignaba al General en Jefe el ejercicio pleno de la jurisdicción militar en las fuerzas de su mando, agregando que en uso de esta jurisdicción podría, entre otras facultades, decretar el enjuiciamiento por los Fiscales de todos aquellos individuos a quienes estimare responsables de delito, ordenar la formación de los Consejos de Guerra que deban juzgarlos, aprobar, revocar o modificar las sentencias que éstos pronunciaren y decretar el cumplimiento de toda sentencia;

3.- Que por Decreto Ley N° 3, de 11 de Septiembre de 1973, se declaró Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo la Junta de Gobierno la calidad de General en Jefe de las Fuerzas Armadas que operaría en la emergencia. En consecuencia, la Junta de Gobierno, en su calidad de General en Jefe y de acuerdo con el artículo 74 del Código de Justicia Militar, pasó a detentar el ejercicio pleno de la jurisdicción militar en tiempo de guerra;

4.- Que mediante Decreto Ley N° 5, de 12 de Septiembre de 1973, se declaró que, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, el estado de sitio decretado debía entenderse «estado o tiempo de guerra» para todos los efectos del Código de Justicia Militar y demás leyes penales. Luego, por Decreto Ley N° 8, de igual fecha, la Junta de Gobierno que en virtud del Decreto Ley N° 3 detentaba el ejercicio pleno de la jurisdicción en tiempo de guerra, delegó a contar desde esa fecha en los respectivos Comandantes en Jefe de las Unidades Operativas del territorio nacional, en lo tocante al Ejército, las atribuciones que los artículos 74 y 77 del Código de Justicia Militar conferían a la Junta Militar de Gobierno, el primero de los cuales se refería, como antes se ha indicado, al ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de guerra. Cabe destacar que el mencionado Decreto Ley N° 8 no delegó las atribuciones inherentes a la jurisdicción militar en tiempo de guerra ni en el Comandante del Ejército, ni en el Comandante en Jefe de la Armada ni en el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, sino en Comandantes de Unidades dependientes, conforme lo disponía el artículo 75 del Código de Justicia Militar, disposición esta última que el 1 de Octubre de 1973 y mediante Decreto Ley N° 51, fue modificada para permitir la delegación total de todas las atribuciones jurisdiccionales en tiempo de guerra, incluyendo la de aprobar sentencias que impusieran la pena de muerte, lo que antes de tal modificación estaba impedido;

Ejercicio de la Jurisdicción Militar

5.- Que de acuerdo con lo relacionado en los tres considerandos que preceden puede advertirse que, según la normativa legal referida, el Comandante en Jefe del Ejército nunca tuvo las atribuciones y el ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de guerra, las que por delegación de la Junta Militar de Gobierno pasaron a los respectivos Comandantes en Jefe de las unidades operativas del Ejército a lo largo del país, esto es, a los Comandantes en Jefe de las correspondientes Guarniciones militares, quienes, consecuentemente y en virtud de lo preceptuado en el artículo 74 del Código de Justicia Militar, pudieron, en ejercicio de aquella jurisdicción, entre otras atribuciones, decretar el enjuiciamiento por los Fiscales de todos aquellos individuos a quienes estimaren responsables de delito, ordenar la formación de Consejos de Guerra para su juzgamiento, aprobar, revocar o modificar las sentencias que tales Consejos pronunciaran y decretar el cumplimiento de toda sentencia;

6.- Que de lo dicho precedentemente se desprende, obligadamente, que conforme al derecho imperante en la época de los hechos investigados en el proceso en que inciden estos autos sobre desafuero, esto es, Septiembre y Octubre del año 1973, el Comandante en Jefe del Ejército, a la sazón el General Augusto Pinochet Ugarte, no pudo jurídicamente delegar atribuciones propias de la jurisdicción militar en tiempo de guerra en el General Sergio Arellano Stark, porque carecía de ellas;

7.- Que, analizado lo anterior, corresponde averiguar, a la luz de los antecedentes recogidos en el proceso tenido a la vista, cuál era la misión que el Comandante en Jefe de la época encargó al General Arellano Stark y qué facultades le delegó con dicho fin, como asimismo cuál fue la ejecución que en realidad llevó a cabo el General Arellano en virtud del título de Oficial Delegado que le fue conferido al efecto;

8.- Que a fojas 500 de los autos tenidos a la vista el General Arellano declara: en Septiembre de 1973 «yo recibí un documento de parte del Comandante en Jefe del Ejército, General Augusto Pinochet Ugarte, en que me nombraba su Delegado para viajar a varias ciudades del país, a fin de cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales». Preguntado acerca en qué consistían las instrucciones sobre procedimientos judiciales, responde: fundamentalmente la preocupación principal era que todos los procesados tuvieran adecuada defensa y que recurriera a los Colegios de Abogados en las ciudades donde existieran a fin de entregar a ellos esta responsabilidad. Preguntado luego acerca de si conserva copia de la orden que le dio el general Pinochet o si recuerda, dentro de lo posible, lo que ella decía, responde: «no tengo ninguna copia de ese documento ya que le entregué una a cada Comandante de las unidades que visité», para luego agregar: «el Ejército no conserva ninguna copia de este documento al cual me he referido», señalando también que este

último estaba firmado por el general Pinochet. Y con respecto al contenido de tal documento dice que no confería una representación completa del general Pinochet y que «en ningún caso esto significaba que yo tendría atribuciones de Juez Militar, las que mantenían como tales los Jefes de Guarnición»;

9.- Que resulta sorprendente y de difícil comprensión que el General Arellano no conserve en su poder siquiera una copia de un documento para él tan importante, que constituía el título o credencial que le permitía acreditar la misión que le había sido encomendada. Tampoco se entiende que el Ejército, como dice aquél, no conserve una copia del mismo documento. En lo que se refiere a su contenido, las declaraciones de Arellano respecto a que no se le conferían en él atribuciones de Juez Militar, conciden con el hecho jurídico, antes analizado, que el general Pinochet, no podría haber delegado en tal documento facultades jurisdiccionales en tiempo de guerra de que carecía. Sin embargo, lo que el General Arellano hizo, en la práctica, al realizar su cometido, se aparta de la misión sin atribuciones jurisdiccionales que dice que tenía, como se podrá ver a continuación según el mérito del proceso tenido a la vista;

10.- Que de la propia declaración del General Arellano de fojas 500 del referido proceso, consta que integraban la comitiva a sus órdenes los siguientes Oficiales de Ejército: Teniente Coronel Sergio Arredondo González, Mayor Pedro Espinoza Bravo, Mayor Marcelo Moren Brito, Teniente Armando Fernández Larios y el Ayudante del General Arellano Teniente Juan Chiminelli Fullerton. Conducían el helicóptero que transportaba a la comitiva, según propias declaraciones de fojas 1633 y 1673, los Capitanes de Ejército Antonio Palomo y Sergio de la Mahotier González. Esta comitiva recorrió diversas ciudades del sur y del norte del país, por lo cual resulta de interés conocer reseñadamente lo que diversos Oficiales de Ejército y otras personas han declarado en el proceso acerca de la acción realizada por el General Arellano en torno a la labor jurisdiccional que en las distintas Guarniciones Militares se llevaba a cabo. Desde luego, cabe anotar lo declarado al respecto por miembros de su comitiva: el Teniente Coronel Sergio Arredondo declara a fojas 490 que era el segundo al mando de la comitiva y que según le informaron, encontrándose dentro del helicóptero, el objetivo de la comisión era revisar los sumarios mal hechos en el norte; el Mayor Marcelo Moren, a fojas 494, dice que en Talca el General Arellano le dijo que la finalidad era «revisar procesos de los Consejos de Guerra»; y el propio ayudante del nombrado General, Teniente Juan Chiminelli, expone a fojas 545 que la actividad de Arellano era revisar y agilizar los precedimientos en sumario. Ahora bien, siguiendo el siguiente orden de los sitios visitados por la comitiva: Valdivia, Concepción, Cauquenes, La Serena, Copiapó, Antofagasta y Calama, las declaraciones se resumen así:

1) a fojas 1973 el General de Brigada Héctor Bravo Muñoz, Comandante en Jefe de la 4 División del Ejército con asiento en Valdivia, Jefe de Zona en Estado de Sitio de la Provincia del mismo nombre, Intendente y Gobernador del Departamento y Juez Militar, dice que no le sorprendió cuando se nombró al General

Arellano Oficial Delegado para coordinar criterios institucionales y acelerar y revisar procesos. Le dijo a éste que no interfiriera en la substanciación de las causas ni en los Consejos de Guerra que estaban en proceso, lo que Arellano aceptó. Pero a fojas 2049 dice que Arellano aprobó sentencias por la Junta de Gobierno, porque como Oficial Delegado «las firmó conmigo».

2) a fojas 1326 el General de Brigada Washington Carrasco Fernández, Comandante en Jefe de la 3 División del Ejército e Intendente de la Provincia de Concepción, dice que Arellano revisó en los Juzgados los procesos en desarrollo y los aprobó sin modificaciones, refiriéndose a la necesidad de acelerar los procesos.

3) a fojas 758 vuelta, el Teniente Coronel Rubén Castillo Whyte, Comandante del Regimiento de Infantería Andalién, Guarnición de Cauquenes, señala que Arellano le dijo que venía a revisar los procesos y que existían causas aun sin sentencia, mostrándole en la Intendencia el libro de detenidos. Agrega que Arellano, con un lápiz, señaló con marcas varios nombres teniendo en consideración la columna en que se indicaban los delitos y ordenó al Mayor Espinoza que Moren Brito y Fernández Larios fueran al Cuartel de Investigaciones y a la Cárcel a interrogarlos.

4) a fojas 900 el Teniente Coronel Ariosto Lapostol Orrego, Comandante de Regimiento en La Serena, depone que Arellano le dijo que se debían agilizar los procesos, particularmente aquellos por delitos menores. Agrega que en el documento que le exhibió Arellano, por el cual se le delegaban funciones, también aparecía la intención de uniformar criterios en el país. Luego dice que se llevó a Arellano al lugar donde se tramitaban los procesos, a cuyo cargo estaba, como Fiscal no letrado, el Mayor de Carabineros Casanga, quien le explicó la situación general de los procesos. Este último le dijo a Lapostol que Arellano deseaba que vinieran 15 detenidos al Consejo de Guerra y que dentro de ellos estaban 3 que ya tenían sentencia del Consejo de Guerra que Lapostol presidió, por lo que este último le hizo presente lo anterior a Arellano dos o tres veces, insistiendo éste que debían ser sometidos a un nuevo Consejo de Guerra porque las sanciones eran muy leves. A fojas 2967 agrega Lapostol, en careo con Arellano, que le hizo ver a este último que no correspondía convocar a otro Consejo de Guerra por las 3 personas ya sentenciadas, porque era una ilegalidad, señalando Arellano, en tal careo, que traía instrucciones del 2 Juzgado Militar sobre el nuevo Consejo de Guerra a que había que someter a dichas 3 personas. El propio Ariosto Lapostol, a fojas 900, dice también que le pidió e insistió a Arellano que le dejara copia de la resolución sobre condenas que habría adoptado un Consejo de Guerra respecto de 15 personas que resultaron muertas, la que nunca llegó a su poder. También dice el nombrado Lapostol, a fojas 2716, que estando Arellano en su oficina revisó los antecedentes y colocó un 'tic' en cada nombre de detenido que estaba anotado en las hojas de estadísticas que llevaba el Fiscal, Mayor Casanga, marcándose así un total de 15 detenidos, respecto de los cuales Arellano dijo que debían someterse a un Consejo de Guerra. En el intertanto, el Mayor Moren anotaba el nombre de cada detenido en una libreta aparte. A fojas 2961 agrega Ariosto Lapostol que las referidas 15 personas murieron sin la existencia de un pelotón de fusila-

miento. Patricio Lapostol, hijo del anterior y Subteniente del Regimiento de Calama, declara a fojas 542 que se encontró con el Mayor Moren, quien le dijo que «esperaba que no fuera tan cobarde o maricón como mi padre» y ello porque su padre se opuso al fusilamiento de personas en La Serena, ya que había gente con sentencia definitiva con determinados años de condena, lo que se cambió por la comitiva de Arellano y de alguna manera se rectificaron los fallos.

5) a fojas 533 el Teniente Enrique Vidal Aller, Ayudante del Comandante del Regimiento en Copiapó, Teniente Coronel Oscar Haag, dice que, a su llegada, Arellano pidió todas las carpetas de los detenidos en el Regimiento y en la Cárcel. Después de dos o tres horas bajó el Capitán Brito con las carpetas, que Arellano estudió, de las cuales se separaron trece. Después de la reunión, se dio orden de trasladar a las 13 personas, según lo dispuesto por Arellano al Comandante Haag, con destino a La Serena. Esta misión la debía cumplir el Capitán Patricio Díaz Araneda, quien designó a tres Subtenientes recién salidos de la Escuela Militar para que lo acompañaran al traslado y dijo que en la subida de la cuesta «Cardones» se le arrancaron y fueron ametrallados. A fojas 906 el Teniente Coronel Oscar Haag Blashke, Comandante del Regimiento en Copiapó, Jefe de Zona en Estado de Sitio e Intendente de la Provincia de Atacama, señala que Arellano, al llegar, le ordenó que efectuara una reunión con todas las autoridades relacionadas con los detenidos, reunión que se efectuó y que presidió Arellano. Este preguntó cuántos detenidos había, respondiéndole que había 70 en el Regimiento y 15 en Carabineros. Revisó las tarjetas de identificación de cada uno de los detenidos, más las causas en tramitación, en compañía del Mayor Espinoza y de los Fiscales de Carabineros y del Ejército. Arellano y Espinoza tomaron notas o hicieron anotaciones en la lista de detenidos. Revisó Arellano los procesos de 3 personas que eran funcionarios del Mineral El Salvador, proceso que finalizó con Consejo de Guerra y cuya sentencia les condenó a la pena de muerte. Arellano le dijo al abogado Daniel Rojas que esperaba que se redactara el «cúmplase» porque la causa estaba terminada. Más adelante agrega Haag que durante la reunión del 17 de Octubre Arellano pidió las causas relativas a los funcionarios del Mineral El Salvador, condenados a muerte, procediendo a firmar el «cúmplase» y disponiendo que se fusilaran a la brevedad. Y a fojas 3004 el mismo Comandante Haag dice que Arellano marcó el nombre de 13 personas, ordenando su fusilamiento a la brevedad, las que fueron ejecutadas con sumarios pendientes porque la orden de Arellano no podía dejarse de cumplir por su alta investidura. A fojas 2024, 2242 y 2548, el abogado Daniel Rojas Hidalgo, que asumió como Auditor de Guerra, expone que la única sentencia que él redactó aplicando la pena de muerte fue la que condenó a los funcionarios de Codelco Ricardo García Posada, Maguindo Castillo Andrade y Benito Tapia Tapia. Agrega que esta sentencia fue aprobada y ordenada cumplir por el «delegado de la Junta de Gobierno», General Arellano (fojas 2548), quien traía delegación de dicha Junta para ordenar el cúmplase de sentencias, revisar procedimientos en tiempo de guerra y dar las instrucciones pertinentes porque en esos días se publicó en el Diario Oficial el Decreto Ley que derogaba la norma del Código de Justicia Militar que prohibía hacer tal delegación. A fojas 3133 (Tomo

XII, Compulsas), se encuentra una fotocopia de un texto sin firmas de una sentencia de un Consejo de Guerra de 17 de Octubre de 1973, que condena a la pena de muerte a las 3 personas más arriba nombradas;

6) A fojas 23, en declaración ratificada a fojas 743, el General de Brigada Joaquín Lagos Osorio, Comandante de la I División del Ejército y Jefe de Estado de Sitio de la Provincia de Antofagasta, señala que el General Arellano le llamó el 17 de Octubre pidiéndole permiso para entrar en su zona de jurisdicción, porque venía en un helicóptero por orden del Comandante en Jefe del Ejército «a uniformar criterios sobre administración de justicia». Una vez que Arellano llegó el 18 de Octubre, le pidió al Jefe de Estado Mayor de la División que ordenara al Auditor de la División, Teniente Coronel y Abogado Marcos Herrera Aracena, que le mostrara a Arellano los sumarios fallados y los que estaban en tramitación, para que vieran en conjunto y en forma práctica los nuevos procedimientos que traía. Luego agrega Lagos que el 19 de Octubre llegó el Auditor Marcos Herrera a sacar firmas a Arellano y éste sólo dijo que era por el trabajo efectuado el día anterior. Más adelante añade Lagos que cuando se enteró del fusilamiento de 14 detenidos que estaban en proceso, le enrostró a Arellano la criminal actitud y que éste le dijo que él respondía, sacando en seguida el documento que portaba consigo y en el cual el Comandante en Jefe del Ejército le nombraba Oficial Delegado «para revisar y acelerar los procesos». Y a fojas 2259 el General Lagos dice que Arellano, desde que ingresó a la zona de jurisdicción de la I División del Ejército, en Copiapó, firmó sentencias de muerte sin mediar información al Juez Militar y Jefe de la Zona en Estado de Sitio. A fojas 42 el Auditor y Teniente Coronel Marcos Herrera señala que no estaba en situación de representar ilegalidades y que guardó silencio en relación con la actuación de Arellano. Nunca tocó el tema de las facultades de Arellano, quien aparecía revestido de facultades para acelerar la tramitación de los procesos. Se le informó que existía una resolución administrativa, bando o decreto en que se indicaba que Arellano era Delegado del Presidente de la Junta de Gobierno y Comandante en Jefe del Ejército, la que debía cumplirse sin discutirse sus términos. A fojas 193 vuelta, el mismo Auditor Herrera añade que Arellano le dijo que el general Pinochet quería «cortar de una vez por todas los juicios». 7) A fojas 115 el Coronel Eugenio Rivera Desgroux, Comandante del Regimiento de Infantería N° 15, de Calama, Gobernador Militar del Departamento El Loa y Juez Militar de la jurisdicción, dice que Arellano le entregó para su conocimiento un documento que portaba y que le devolvió, en el que el Comandante en Jefe del Ejército le designaba Delegado para revisar y agilizar procesos que se substanciabán. El General Lagos le informó de la visita de Arellano y le dijo que el propósito de ella era acelerar los procesos judiciales. Arellano, después de mostrarle el citado documento «asumió funciones de Juez Militar del Departamento El Loa y me ordenó le presentara todos los procesos que había y se estaban tramitando». Eran como 30 procesos, que procedió a revisarlos. Dijo que aprobaba todo lo obrado por él como Juez Militar. Como habían procesos en estado de ser presentados al Consejo de Guerra, le ordenó que nombrara un Consejo y que éste se constituyera desde las 14 horas, por lo que él propuso los nombramientos. Como

a las 14 horas se constituyó con Arellano y llegó el Teniente Coronel Arredondo, quien le pidió permiso para interrogar detenidos en la Cárcel de Calama, siendo autorizado para ello. Después el Coronel Rivera se fue con Arellano a Chuquicamata. A la vuelta, como a las 20,30 horas, se reunieron con el 2 Comandante y Fiscal Militar, Teniente Coronel Oscar Figueroa, quien informó a Arellano que todo estaba listo y que tenía que firmar unos documentos que tenía en sus manos, los que este último procedió a firmar. Después supo que eran las sentencias de las 26 personas antes fusiladas por la comitiva de Arellano. El Presidente del Consejo de Guerra, al ser informado que los procesados fueron fusilados, suspendió la vista de las causas. Continúa Rivera Desgroux diciendo que Figueroa, en su ausencia, consideró necesario legalizar la situación y obtuvo el nombre de los fusilados, preparando una sentencia de muerte, que fueron los documentos firmados por Arellano como a las 20,30 horas. A fojas 921, el Fiscal Militar Oscar Figueroa, no letrado, dice que Arellano pidió el listado de los sumariados y que «ticó» un número determinado de personas, ordenando que se formara un Consejo de Guerra. Agrega que cree que el documento que firmó Arellano es el elaborado por el Consejo, en donde se deja expresa constancia que al trasladarse a los reos desde la Cárcel al Regimiento se sublevaron y se vieron obligados a ejecutarlos;

Sucesos de Cauquenes, Copiapó y Calama

11.- Que en los autos tenidos a la vista se investigan, entre otros hechos, aquellos sucedidos en Cauquenes, en Copiapó y en Calama, de los cuales fueron víctimas las 19 personas mencionadas en la solicitud de desafuero. De los hechos establecidos en el proceso aparece que 19 personas murieron fusiladas o ejecutadas con armas de fuego, en los cuales tuvieron participación directa integrantes de la comitiva del General Arellano y otros Oficiales del Ejército, muriendo 3 de ellas en Cauquenes, otras 3 en Copiapó y las restantes 13 en Calama, según todo ello puede verificarse de la lectura de las siguientes piezas de autos, que para abreviar sólo se citarán:

1) SUCESOS DE CAUQUENES: en esta ciudad murieron en la forma indicada el 4 de Octubre de 1973 Manuel Benito Plaza Arellano, Miguel Enrique Muñoz Flores y Pablo Renán Vera Torres, según aparece de los siguientes antecedentes: declaraciones prestadas a fojas 758 vuelta y 2732 por Rubén Castillo Whyte, Teniente Coronel y Comandante del Regimiento de Infantería Andalién, Guarnición de Cauquenes, a fojas 898 por Enrique Rebolledo, Teniente de Carabineros y Ayudante del Intendente y Comandante Rubén Castillo, a fojas 1250 por Sebastián Plaza, a fojas 1251 por Patricia Vera, a fojas 1257 por Marina Muñoz, a fojas 1269 y 2002 por Marcial Salazar, a fojas 3050 por Eduardo Parra, Panteonero del Cementerio, a fojas 1991 por Mario Muñoz Angulo, médico legista que hizo la autopsia de los cadáveres, a fojas 2005 y 2228 por Oscar Yáñez y a fojas 2725 por el detective Garrido Vásquez, de la 4 Comisaría Judicial de la Policía de Investigaciones; copias de las autopsias efectuadas a los cadáveres de las 3 personas muertas,

que rolan a fojas 1990, 1992 y 1993; y copias de los registros de defunción de dichas 3 personas, agregadas a fojas 1997, 1998 y 1999.

II) SUCESOS DE COPIAPO: en esta ciudad murieron en la forma arriba dicha el 16 ó 17 de Octubre de 1973 Maguindo Antonio Castillo Andrade, Ricardo Hugo García Posada y Benito de los Santos Tapia Tapia, según aparece de los siguientes antecedentes, siendo necesario señalar que la muerte de estas 3 personas ocurrió separada e independientemente de la muerte de otras 13 personas en Copiapó, que no son objeto del requerimiento de desafuero: declaraciones prestadas a fojas 533 por Enrique Vidal Aller, Teniente Ayudante del Comandante del Regimiento Atacama, Teniente Coronel Oscar Haag, a fojas 2989 por el Capitán de Ejército Patricio Díaz Araneda, a fojas 3225 por el Capitán de Ejército Ricardo Yáñez, Comandante de la 3 Compañía de Ingenieros de Combate, a fojas 3221 por el Subteniente Waldo Ojeda, a fojas 3230 por el Subteniente Marcelo Marambio, a fojas 3400 por el Subteniente Fernando Castillo Cruz, a fojas 906 y 3004 por el Teniente Coronel Oscar Haag, a fojas 3006 careo entre el Capitán Díaz Araneda y el Teniente Coronel Oscar Haag, a fojas 3439 por el médico cirujano Jorge Alcayaga, a fojas 693 y 1816 por Leonardo Meza, Administrador del Cementerio de Copiapó, a fojas 698 por Arturo Araya, a fojas 1295 por María Carvajal viuda de Tapia, a fojas 1299 por Laureana Honores viuda de Castillo, a fojas 1305 por Bernardo Pinto, a fojas 2024, 2242, 2543, 2548 y 2669 por el abogado Daniel Rojas Hidalgo, a fojas 2421 por Iván Murúa y a fojas 2520 y 2522 por Víctor Bravo, Oficial del Registro Civil; actas de inspección ocular del Tribunal en el Cementerio Municipal de Copiapó de fojas 676 y 3454; certificados de defunción de fojas 678, 679 y 680; fotocopia del libro de sepultaciones del Cementerio de Copiapó de fojas 681; fotocopia de los registros de defunción de fojas 3456 a 3471; fotocopia de anotaciones del libro de defunciones respecto de los muertos Castillo, Tapia y García Posada; informes estadísticos de defunción a nombre de las 3 personas recién indicadas a fojas 2593, 2594 y 2595; fotocopia de sentencia de Consejo de Guerra, sin firmas, referente a las mismas personas, a fojas 3133 y 3144.

III) SUCESOS DE CALAMA: en esta ciudad murieron el 18 de Octubre de 1973, en la forma indicada al comienzo, 13 personas, a saber: Carlos Berger Guralnik, Haroldo Ruperto Cabrera Abarzúa, Bernardino Cayo Cayo, Daniel Jacinto Garrido Muñoz, Manuel Segundo Hidalgo Rivas, Domingo Mamani López, David Ernesto Miranda Luna, Luis Alfonso Moreno Villarroel, Rosario Aquid Muñoz Castillo, Víctor Alfredo Ortega Cuevas, Rafael Enrique Pineda Ibacache, Sergio Moisés Ramírez Espinoza y Jorge Rubén Yueng Rojas, según aparece de los siguientes antecedentes: declaraciones prestadas a fojas 115 por Eugenio Rivera Desgroux, Coronel y Comandante del Regimiento de Infantería N° 15 de Calama, Gobernador Militar del Departamento de El Loa y Juez Militar de la jurisdicción, complementadas a fojas 1589, a fojas 921 por Oscar Figueroa Márquez, Teniente Coronel y 2 Comandante del Regimiento de Calama y Fiscal Militar no letrado, a fojas 542 por el Subteniente Patricio Lapostol, del Regimiento de Calama, a fojas 920 por el Mayor Luis Ravest San Martín, del Regimiento de Calama, a fojas 1169 por

Brunilda Rodríguez, a fojas 1173 por Carmen Hertz, a fojas 1643 por Eloísa Arnello, a fojas 2925 por el Teniente Hernán Núñez, Ayudante del 2 Comandante Teniente Coronel Oscar Figueroa; certificados de defunción de fojas 256 a 264; constancia e identificación de cadáveres de fojas 1139; certificado de defunción de fojas 1315; identificación de fojas 1532;

12.- Que de los antecedentes relacionados con el motivo que precede aparece que las 19 personas allí nombradas fueron sacadas de los lugares de reclusión en que se encontraban, detenidas o presas, por oficiales militares armados, quienes las transportaron a lugares apartados y las fusilaron o ejecutaron con armas de fuego sin previo proceso legalmente tramitado y afinado, lo cual también es efectivo con respecto a las tres personas que así murieron en los sucesos de Copiapó, por cuanto si bien existen antecedentes que indicarían que estas tres personas habrían sido condenadas a muerte por un Consejo de Guerra, es lo cierto que en los autos tenidos a la vista no existe constancia fehaciente de que haya habido un proceso judicial a su respecto ni copia autorizada de ninguna sentencia de Consejo de Guerra debidamente firmada, como asimismo que tal sentencia hubiere sido aprobada y ordenada cumplir por el Juez Militar competente;

13.- Que lo anterior permite tener por establecida la existencia de hechos que revisten el carácter de delitos de homicidios previstos y sancionados por el N° 1 del artículo 391 del Código Penal, con las circunstancias primera y quinta de dicho número 1, respecto de las 19 personas más arriba mencionadas;

Sin Fundamento Responsabilidad De Autor Inductor

14.- Que los solicitantes de desafuero imputan al entonces Comandante en Jefe del Ejército General Augusto Pinochet Ugarte, hoy Senador inculcado, la responsabilidad de «autor inductor» de los hechos delictuales investigados en el proceso tenido a la vista, o sea, le atribuyen, conforme a lo preceptuado en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, la calidad de autor de quien induce directamente a otro u otros a la ejecución de los hechos delictuales.

Que en doctrina jurídica inducir es lo mismo que instigar, persuadir o mover a otro a la realización de un hecho ilícito penado por la ley, esto es, crear en el ánimo de otro la voluntad de realizar tal hecho.

De los antecedentes hasta ahora recogidos en el proceso que se ha tenido a la vista los previnientes no encuentran fundamentos valederos para sospechar que al inculcado pueda atribuírsele la responsabilidad de «autor inductor» aducida en su contra;

15.- Que, sin embargo, corresponde analizar si del mérito existente actualmente en tal proceso existen o no fundamentos para sospechar que al inculcado le haya cabido alguna otra responsabilidad legal en los hechos delictuales cuya existencia el previniente estima establecida.

El General Joaquín Lagos Osorio, al tiempo de los hechos Comandante de la Primera División del Ejército y Jefe de la Zona en Estado de Sitio de la Provincia de Antofagasta, en su declaración de fojas 23, ratificada a fojas 743 y complementada a fojas 2259, dice que el 19 de Octubre de 1973 se enteró por el Jefe de Relaciones Públicas de la División, Mayor Manuel Matta Sotomayor, que en la noche anterior la comitiva del General Arellano, encontrándose en Antofagasta, sacó del lugar de reclusión a 14 detenidos que se encontraban con procesos pendientes, los llevó a la Quebrada el Way y los mataron con ráfagas de metralletas y fusiles de repetición, experimentando una gran indignación por crímenes cometidos a sus espaldas y en su jurisdicción. Al día siguiente, al regresar Arellano y su comitiva desde Calama, le enrostró su criminal actitud. Se dio cuenta que debía informar de los hechos al Comandante en Jefe del Ejército, para lo cual, el 20 de Octubre concurrió al aeropuerto de Cerro Moreno con tal objeto, aprovechando que el general Pinochet, que volvía del Norte, haría escala en dicho aeropuerto. Se reunió con él durante más de una hora y le informó de todo lo sucedido en Antofagasta y en Calama, porque ese mismo día, en la mañana, el Coronel Eugenio Rivera, Comandante del Regimiento de esta última ciudad, le había informado de las ejecuciones que Arellano y su comitiva habían perpetrado la noche anterior en Calama, sobrepasándose en sus atribuciones. Agrega el General Lagos que el general Pinochet le dijo «que nunca había siquiera pensado que el General Arellano iba a proceder así», añadiéndole que por sus medios tratara de superar, ante la opinión pública, la grave situación producida. Al final de la reunión el general Pinochet le pidió un teléfono para hablar con el General Arellano a Iquique. No lo ubicó, pero con la persona que lo atendió le dejó el siguiente encargo: «que el general Arellano no haga absolutamente nada y que regrese mañana a primera hora a Santiago y llegando, que vaya a hablar conmigo». Pues bien, esta orden, si fue transmitida a Arellano, no fue cumplida por éste, pues el 22 de Octubre estaba en Arica, según declara a fojas 3190 el entonces Coronel Odlanier Mena, Comandante del Regimiento de Infantería Motorizado de dicha ciudad, quien dice haber recibido a Arellano y su comitiva como a las 10 horas de aquel día. Ello es corroborado por la carta que Arellano dirigió el 16 de Julio de 1978 al general Pinochet y cuyo texto está agregado a fojas 2941, en la cual, refiriéndose a declaraciones públicas de este último, le dice en relación con aquella orden de regresar a Santiago: «tú no me ordenaste volver de Antofagasta y la mejor prueba es que seguí al norte, pernoctando en Iquique y Arica, en casa de los Generales Forestier y Mena...». En realidad, si tal orden de regresar a Santiago fue efectivamente dada y recibida, resulta inconcebible que un subordinado como el General Arellano, Oficial Delegado del general Pinochet, no la cumpliera.

Continúa declarando el General Lagos que el 31 de Octubre de 1973 recibió un télex del Comando de las Fuerzas Armadas que le solicitaba información sobre el número y la nómina de los ejecutados en su jurisdicción. Hizo una relación respecto de aquellos ejecutados en Copiapó, en Calama y en Antofagasta, separando en el listado aquellos ejecutados por resolución del Comando de Agrupación Jurisdiccional de Seguridad Interior de cada uno de dichos lugares, de aquellos

ejecutados en iguales sitios por orden del Delegado del Comandante en Jefe del Ejército, agregando a fojas 2259 que lo hizo para precisar con claridad las responsabilidades de cada uno. La mencionada relación fue acompañada con un oficio conductor, de fecha 31 de Octubre de 1973, dirigido por el General Lagos, en su calidad de Comandante del Comando de Agrupaciones Jurisdiccionales de Seguridad Interior (CAJSI) de la I División del Ejército, al Comandante en Jefe del Ejército, documentos ambos que corren acompañados en fotocopias a fojas 735 y 736 de los autos tenidos a la vista. Agrega el General Lagos que fue citado por el Comandante en Jefe del Ejército el 1 de Noviembre de 1973, a quien le hizo entrega, personalmente, de la relación de ejecutados y oficio conductor antedichos, como también de los sumarios de los ejecutados en su jurisdicción. En la noche de aquel día llegó a casa de su hija, donde se alojaba el General Lagos en Santiago, el Ayudante del Comandante en Jefe del Ejército, Coronel Enrique Morel Donoso, quien le transmitió la orden del general Pinochet de rehacer la relación de personas ejecutadas, sin señalar lo actuado por Arellano y haciendo sólo un listado general. Acto seguido, le devolvió la relación de personas ejecutadas, indicándome que las rayas y palabras escritas en ella habían sido hechas, en forma manuscrita, por el propio Comandante en Jefe del Ejército. Al día siguiente cumplió la orden y en la oficina del Comandante en Jefe del Ejército un funcionario rehizo el documento. El Coronel Enrique Morel Donoso, declarando a fojas 3396, reconoce que es efectivo que pasó a dejar a Lagos tal documento, pero que no vio su contenido y se lo entregó en sobre cerrado, sin transmitir ningún mensaje de palabra.

El cambio en la relación de personas ejecutadas antes referido cabe entenderlo ordenado con el propósito de no dejar constancia documental de las ejecuciones provenientes de la misión de Arellano, que, como éste ha dicho, no contenían atribuciones jurisdiccionales.

El General Arellano, en su declaración de fojas 500, dice que dio cuenta verbal de lo actuado al Comandante en Jefe del Ejército y que no se le pidió «parte por escrito», lo que no deja de ser extraño, conociendo este último, al menos, lo informado por el General Lagos.

Si al Comandante en Jefe del Ejército le hubiere merecido reproche lo actuado por Arellano en ejecución de la misión encomendada, resultaría totalmente incomprensible que el 2 de Diciembre de 1973, antes de haber transcurrido dos meses de los luctuosos sucesos ocurridos con motivo de su desempeño, asumiera como Comandante en Jefe de la 2 División del Ejército, con sede en Santiago, cargo importantísimo dentro del Ejército que requería, sin lugar a dudas, la aceptación o anuencia del Comandante en Jefe del Ejército, aunque hubiere sido por destinación o a cualquier otro título. La asunción del mando de esa unidad operativa en la fecha indicada consta a fojas 2967 de la propia declaración del General Arellano, en careo efectuado con el Teniente Coronel Ariosto Lapostol.

Llama también poderosamente la atención que el general Pinochet, en conocimiento de lo actuado por el General Arellano y su comitiva, no hubiera denunciado los delitos cometidos ante los juzgados competentes.

Misión de Arellano

Por otra parte, como la misión encomendada al General Arellano, según lo conocido, no incluía atribuciones jurisdiccionales, las que el delegante, como se sabe, no tenía, era obvio concluir que Arellano, como Delegado, se había excedido en su cometido, desobedeciendo sus instrucciones y facultades. Sin embargo, no existe constancia en los autos tenidos a la vista que el Comandante en Jefe del Ejército hubiere tomado medidas para denunciar los delitos castigados por los artículos 330, 334 y 336 del Código de Justicia Militar o que hubiere actuado en alguna forma de conformidad con lo previsto en los artículos 10, 60 y 74 del Reglamento de Disciplina del Ejército, aprobado por Decreto Supremo N° 1445, de 14 de Diciembre de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional.

Forzoso es pensar, entonces, que el general Pinochet calló, advertidamente, lo que debía denunciar y sancionar;

16.- Que lo razonado en el considerando que antecede conduce a los prevenientes a sospechar, fundadamente, que cabe reputar al general Pinochet, actual Senador inculpado, la responsabilidad penal de encubridor de los delitos de homicidio precisados en el motivo 13, pues aparece incurriendo en una conducta de ocultamiento, de esconder, de tapar a los responsables directos de tales ilícitos cometidos con ocasión de la misión encomendada por él al General Arellano, todo ello conforme a lo preceptuado en el artículo 17 N° 3, circunstancias 1 y 2, del Código Penal, según su texto vigente a la fecha de ocurrencia de los delitos, esto es, antes de la modificación introducida a dicho artículo por la ley N° 19.077, de 1991; y

17.- Que si el inculpado estimare le favorece alguna causal de extinción de responsabilidad penal, podrá hacerla valer ante el Juez de la causa, a quien corresponderá conocer y resolver sobre la materia según lo previsto en el artículo 279 bis y demás pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Se previene que los Ministros señores Ortiz y Tapia tienen, además, presente lo siguiente:

Que en el motivo 23 del voto de minoría del fallo de primera instancia, se dice que el Estado de Chile, en su oportunidad, solicitó al inglés la liberación del querellado fundado en razones de salud, petición que fue aceptada por el estado requerido.

Tal situación, si bien, aisladamente considerada puede ser constitutiva de un acto jurídico unilateral de Chile y por lo mismo, el Estado habría quedado obligado en los términos de la aceptación, vale decir que el querellado estaría incapacitado

para enfrentar un juicio y por ende ningún otro órgano del mismo Estado, ahora el jurisdiccional, podría, sin sobrepasar aquel acto de derecho internacional, decidir en un sentido diverso. Sin embargo, como ha sido público y notorio siempre el Estado chileno, como se repitió por sus personeros, agregaron que el único país que tenía jurisdicción para juzgarlo era Chile, tal manifestación de voluntad, unida a la que antes se expresó resultan indivisibles y por lo mismo el Estado de Chile no ha podido quedar obligado internacionalmente a no juzgar al senador de que se trata.

Voto de Minoría

Acordada contra el voto del Presidente señor Alvarez García y de los Ministros señores Jordán, Faúndez, Gálvez, Alvarez H., y Espejo, quienes estuvieron por revocar la resolución apelada y negar lugar al desafuero del Senador Vitalicio señor Augusto Pinochet Ugarte, atendido a que no concurren en la especie las exigencias legales para declarar que ha lugar a la formación de causa en su contra, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 58 de la Constitución Política de la República, en relación con lo que dispone el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal.

Para llegar a esta convicción tienen presente las siguientes consideraciones:

- 1) Que en la causa en que incide la petición de desafuero de que se trata, se investigan delitos de homicidio, secuestros agravados, inhumación ilegal de cadáveres y de asociación ilícita y hasta ahora aparece que se encuentran sometidos a proceso Sergio Arellano Stark, Sergio Arredondo González, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Moren Brito, Armando Fernández Larios y Patricio Díaz Araneda, como autores de los siguientes delitos de secuestros reiterados calificados:a) de Miguel Muñoz Flores, Manuel Benito Plaza Arellano y de Pablo Renán Vera Torres, desde la Cárcel Pública de Cauquenes, hecho ocurrido el 4 de octubre de 1973.b) de Benito Tapia Tapia, Maguindo Castillo Andrade y de Ricardo García Posada, desde la Cárcel Pública de Copiapó, hecho ocurrido entre el 16 o 17 de octubre de 1973.c) de 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 de Haroldo Ruperto Cabrera Abarzúa, desde la Cárcel Pública de Calama, hecho ocurrido el 19 de octubre de 1973.
- 2) Que este auto de procesamiento fue confirmado con algunas declaraciones por una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago y de alguna manera también compartido por la sala penal de este Tribunal, al rechazar el recurso de amparo deducido por los procesados.

3) Que esta primera calificación delictiva, que por cierto atendida su naturaleza tiene el carácter de transitoria, no es vinculante para el pleno de esta Corte que conoce de un procedimiento constitucional de desafuero, más aún cuando por la vía del conocimiento del recurso de apelación interpuesto le corresponde efectuar una revisión y precisión de los hechos y del derecho que se debe aplicar, a fin de decidir si conforme lo dispone el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal aparecen datos en la causa respectiva que podrían bastar para decretar la detención del inculpado, esto es, la existencia de un determinado hecho punible y fundada sospechas de tener participación en tal hecho, en los términos que prescribe el artículo 252 del citado código.

La decisión adoptada por una Sala de esta Corte, dentro de la acción cautelar de habeas corpus o amparo, se limita al ámbito de tal actividad procesal, siendo sus alcances esencialmente restringidos y transitorios, por lo que no resulta jurídicamente vinculante para el Tribunal Pleno, con motivo de pronunciarse respecto del alzamiento del fuero parlamentario de un inculpado que no tuvo intervención, no fue aludido en el amparo, ni menos afectado por lo resuelto.

En consecuencia, el Tribunal Pleno es soberano para apreciar los antecedentes reunidos en los autos originales, y determinar si encuentran en ellos establecidos hechos que pudieran revestir jurídicamente caracteres consagrados en la legislación nacional y que sean perseguibles criminalmente en la actualidad.

4) Que, ahora bien, de acuerdo con los antecedentes que aporta el proceso que se ha examinado en profundidad, de la realidad fáctica que fluye del mismo, aparece palmariamente comprobado que las supuestas víctimas de los delitos de secuestro agravado, por el contrario, fueron muertas o asesinadas el 4, el 16 ó 17 y el 19 de octubre de 1973, en las ciudades de Cauquenes, Copiapó y Calama, lo que se demuestra con los elementos de convicción que se examinarán en los considerandos siguientes.

5) Que en relación a los hechos ocurridos en Cauquenes, Marcial Salazar H. que fue el conductor del camión en el cual se retiraron los cadáveres del Fundo El Oriente para ser conducidos a la morgue local, señala a fojas 1269 y 2002 que los cuerpos tenían las cabezas destrozadas, que presencié las autopsias y reconoció los cuerpos, siendo depositados en el cementerio local en dos fosas que estaban ubicadas frente al monolito signado con el número 39. También José Fuentes E. y Eduardo Parra H., a fojas 1986 y 3050, respectivamente, depusieron en el sentido que los militares llevaron al cementerio cuatro cadáveres, entre ellos el de Lavín Loyola, los que fueron colocados en dos fosas nuevas que había cavado el funcionario Agurto, hoy fallecido. Además, Mario Muñoz Angulo, médico legista, declaró a fojas 1991 que practicó la autopsia a los cuerpos de los cuatro jóvenes y que la causa de la muerte fue herida por arma de fuego en el cráneo a corta distancia, lo que provocó su destrucción. Asimismo, rolan a fojas 1990, 1992 y 1993, las copias de los informes de autopsia practicadas al cadáver de Plaza Arellano, de Muñoz Flores y de Vera Torres, respectivamente y a fojas 1997, 1999 y 2000, las copias de los registros de defunción de las mismas personas.

6) Que respecto de los hechos acaecidos en Copiapó, rola a fojas 3400 la declaración de Fernando Castillo Cruz, subteniente a la época de los hechos, en la que señala que el 16 de octubre el Capitán Ramón Zúñiga recibió orden superior de cumplir lo dispuesto por el Consejo de Guerra, en el sentido que se debía fusilar a tres personas. Agrega que en cumplimiento de dicho cometido los tres detenidos fueron llevados a un sitio eriazado donde fueron ejecutados, recibiendo cada uno 3 ó 4 disparos, falleciendo instantáneamente, siendo enseguida trasladados al cementerio y a la morgue, lugar este último donde fueron colocados en 3 ataúdes. También depuso Leonardo Meza M., administrador del Cementerio de Copiapó, a fojas 693, señalando que no recuerda los detalles de la sepultación de tres personas cuyos registros se efectuaron el 18 de octubre, pero que por comentarios supo que el doctor Alcayaga se había negado a practicar las autopsias. Arturo Araya, que a la fecha de los hechos que se investigan trabajaba bajo las órdenes del doctor Alcayaga, a fojas 698 señaló que el 18 de octubre de 1973, a las 8,00 horas, encontró en la mesa de autopsia un cuerpo y que otros dos se encontraban en una sala contigua y que con Escudero y Alday, dando cumplimiento a las órdenes que recibieron, los colocaron en unas urnas, sellándolas. Agrega que posteriormente Meza dio instrucciones a Alday y Escudero para que cavaron tres fosas en el patio 16, presumiendo que ahí los sepultaron. A fojas 701 y 703, deponen Escudero y Alday en el mismo sentido. Asimismo, a fojas 2520 y 2522, Víctor Bravo, Oficial del Registro Civil, señala que tuvo que ir a la morgue del cementerio para identificar a tres fusilados, lugar donde también estaba el doctor Mendoza, retirándose una vez que les tomó las huellas dactilares, agregando que los tres cuerpos sólo presentaban heridas de bala en el centro del pecho. A fojas 2607, 2608 y 2609, rolan los informes estadísticos de defunción de García Posada, Castillo Andrade y de Tapia Tapia, en los que se consigna como causa de muerte impactos de bala, rolando a fojas 679, 680 y 678 los respectivos certificados de defunción.

7) Que respecto de los hechos ocurridos en Calama, de la declaración prestada por Eugenio Rivera Desgroux, Comandante del Regimiento de Infantería N° 15 de Calama, aparece que el 19 de octubre de 1973, aproximadamente a las 15,00 hrs., personal militar retiró de la cárcel a 26 detenidos, los condujeron en un vehículo militar a los cerros de Topater, lugar donde fueron interrogados y fusilados, siendo dispersados los cuerpos por la pampa. Patricio Lapostol A., señala a fojas 542 que acompañó al Teniente Mandiola a resguardar el lugar donde se efectuó la ejecución, observando que los cuerpos estaban amontonados y deteriorados, siendo posteriormente trasladados por el Capitán Minoletti para su entierro. Asimismo, en autos rolan los certificados de defunción de Hidalgo Rivas, Miranda Luna, Muñoz Castillo y de Yueng Rojas, en los que se dejó constancia que el fallecimiento se produjo el 19 de octubre de 1973, a las 18,00 hrs, y que la causa de la muerte fue destrucción torácica y región cardíaca-fusilamiento, rolando en los expedientes respectivos el resto de los certificados de defunción.

Presunción que Se Aparta de la Realidad

8) Que todos los antecedentes anteriormente expuestos, en efecto, conducen a la convicción de que todas las personas individualizadas en la motivación primera como víctimas de secuestros reiterados agravados, fueron ultimadas o asesinadas en el mes de octubre de 1973, de suerte que se aleja de toda racionalidad calificar tales hechos como delito de secuestro calificado, lo que importa suponer que se encontrarían actualmente vivas o desaparecidas, presunción ficta que se aparta dramáticamente de la realidad descrita precedentemente.

9) Que, en razón de esta conclusión, y aún entendiendo que los hechos pudieran configurar la ocurrencia de delitos de homicidio de las referidas víctimas, corresponde considerar que se trata de hechos punibles que se perpetraron durante el período que cubre la ley de amnistía, contenida en el Decreto Ley N° 2191, y, en consecuencia, a juicio de los disidentes en virtud de esta ley de perdón, tales hechos estarían desprovistos de toda punibilidad, tal cual lo declaró el pleno de la Corte Suprema en un recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Alfonsa Insunza Bascuñan, mediante sentencia dictada con fecha 24 de agosto de 1990, y además, en todo caso, cubiertos por la prescripción, atendido a que se perpetraron hace aproximadamente 27 años.

10) Que dejar rotundamente para la sentencia definitiva la consideración sobre el efecto que produce en el proceso una ley de amnistía vigente, y el transcurso - notoriamente excedido- de los plazos de prescripción penal, no se condice con el espíritu de nuestra legislación procesal en la materia, al reconocer el principio de inocencia en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal; al facultar al juez para no iniciar proceso cuando aparezcan antecedentes de que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del denunciado o querellado, en el artículo 105 del mismo cuerpo legal; al dar atribuciones al juez instructor para no procesar al inculcado - aunque existan antecedentes para hacerlo- si al tiempo de tener que adoptar esa decisión se ha convencido de que concurre alguna de ciertas causales que permitan dictar sobreseimiento definitivo, entre las que se encuentran la amnistía y la prescripción, en el artículo 279 bis; y al posibilitar que se termine el procedimiento criminal sin cumplir todas sus etapas y dictar sobreseimiento definitivo en virtud de la extinción de la responsabilidad penal de los números 3 y 6 del artículo 93 del Código Penal (amnistía y prescripción), en el artículo 408 número 5 del Procedimiento del ramo.

Lo expuesto, unido al reconocido principio de economía procesal que debe presidir la actividad jurisdiccional, hace conveniente evitar la disposición de trámites y situaciones gravosas a las partes, en circunstancias que se puede autorizar una solución final favorable a su posición jurídica.

No Se Desprenden Indicios Por Sospechas Fundadas

11) Que, por otra parte, y sin perjuicio y en cualquier otro supuesto, del examen de los antecedentes de la causa no se desprenden indicios o sospechas fundadas que vinculen al requerido con algún grado de participación en la comisión de los hechos que determinaron la muerte de las víctimas tantas veces nombradas, razón por la cual se comparte íntegramente las reflexiones que sobre el particular se vierten en los fundamentos signados con los números 26 a 34 del fallo de minoría, que arriba a idéntica conclusión.

En efecto, no existen elementos serios de juicio que permitan atribuir al aforado que:

- a) Haya tomado parte en la ejecución de los hechos, sea de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se eviten los hechos;
- b) Pudiere haber forzado o inducido directamente a otro a ejecutar tales hechos;
- c) Ordenara en forma directa a subordinado sometido a su mando, a realizar los hechos que se investigan;
- d) Se haya aprovechado de los efectos de los supuestos delitos, o haya facilitado a otro los medios para que se aprovechen de aquellos, en conocimiento de su perpetración;
- e) En estas últimas circunstancias (o con dicho conocimiento) hubiera ocultado el cuerpo, los efectos o los instrumentos con que se realizaban los hechos, para impedir su descubrimiento; o
- f) En antecedentes de la ocurrencia de los hechos, haya actuado albergando al culpable, lo haya escondido o les haya proporcionado la fuga.

12) Que en este mismo orden es útil reiterar que las instrucciones que impartió el Comandante en Jefe del Ejército de la época al General Sergio Arellano Stark, con ocasión de la comisión que se le encomendara, se circunscribieron al cumplimiento de labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales, según aparece reconocido reiteradamente por todos los protagonistas de autos, sin que aparezcan sospechas verdaderamente fundadas de que hubiere existido por parte del primero concierto o inducción que pudiera vincularlo a los graves delitos que se perpetraron con motivo del cometido indicado.

Esta conclusión se refuerza con las declaraciones prestadas por el propio Arellano en el curso del proceso y se infiere del texto de la carta que con fecha 16 de julio de 1998 le enviara al Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte, cuando refiriéndose a la circunstancia de que no recibió orden de volver de Antofagasta, relata que continuó su viaje al norte del país, pernoctando en Iquique y Arica, en la casa de los Generales señores Forestier y Mena, y que en esos lugares no sucedió nada irregular, porque estaba en conocimiento, al menos parcial, de lo sucedido anteriormente, por lo que adoptó medidas de control respecto del Coronel Arredondo, y le expresa al destinatario, a la letra, lo siguiente: «Por lo demás, creo que sólo te

enteraste de la verdadera magnitud de las tropelías cometidas por esos oficiales cuando yo te informé a mi regreso, a pesar que todavía entonces yo mismo carecía de la versión completa». y agrega en seguida: «Es efectivo que tus órdenes estuvieron enmarcadas en los ámbitos institucional y de la justicia militar. Jamás he dicho no diré lo contrario porque sería una falsedad».

13) Que en atención a todo lo razonado, también es dable concluir que el proceso y la investigación que se sigue en la causa número de rol 2182-98, en cuanto a los delitos de secuestro agravado de personas que se encuentran muertas, no se ajusta a las normas del debido proceso, porque tal procedimiento e investigación se aparta de la correspondiente racionalidad e impide un juicio justo y, en consecuencia, quebranta la garantía que al efecto consagra el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, que se robustece con las normas establecidas en los Tratados Internacionales actualmente vigentes: Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14) Que en relación con la falta de concurrencia en la especie de la garantía del debido proceso, en atención al estado de salud generalizado del requerido, como según se desprende de los antecedentes médicos que obran en autos y que fueron invocados por el Estado chileno en la oportunidad que es de público conocimiento, los disidentes comparten los razonamientos que al efecto se formulan en los considerandos signados con los números 17 a 24 del voto de minoría.

15) Que del fallo en alzada en el orden de las reflexiones expresadas en los fundamentos precedentes, una adecuada interpretación de la supremacía constitucional y contenido de la garantía del debido proceso que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, necesariamente llevan a la conclusión de que el principio de razonabilidad que se consigna en dicha normativa, comprende no sólo el debido proceso meramente formal, sino que es comprensiva también de una noción sustantiva de esta elevada garantía, que más allá de todo el rigorismo formal, está destinada a impedir expresiones de ilicitud o abierta arbitrariedad en el juzgamiento, a fin de asegurar un juicio justo que conduzca a una decisión que se asiente en motivos y fundamentos razonables.

16) Que en función de todo lo razonado precedentemente, los disidentes llegan a la conclusión categórica que no por concurrir en la especie todos los presupuestos legales que podrían autorizar el desafuero del Senador Vitalicio don Augusto Pinochet Ugarte, ha correspondido revocar la sentencia apelada.

Se previene que el Ministro señor Jordán, fue de opinión de revocar la decisión de desafuero, teniendo únicamente en consideración:

1° Que los ilícitos que conciden con la conformación de causa en contra del Senador inculpado, consisten en delitos comunes, toda vez que a ellos se refieren específicamente el Ministro instructor y la resolución recurrida al mencionar concretamente los artículos 141 incisos 1° y 4°, 292, 293, 320 y 391 N°» 1, circunstancias primera y quinta del Código Penal.

2" Que en toda actuación incriminatoria, se encuentra incorporada la garantía constitucional del debido proceso, norma básica que en caso alguno, bajo ningún pretexto, puede ser quebrantada.

3" Que en la presente causa que consta de 14 tomos, y que se acerca a las cuatro mil fojas, iniciada el 12 de enero de 1998, en relación con los hechos ocurridos en los últimos meses del año 1973, hace más de un cuarto de siglo, se hacía de rigor para el juez cumplir con la disposición imperativa de orden público del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto que antes de proseguir la acción penal «examinará» los antecedentes para establecer que se encuentra extinguida la acción penal del inculpado, dictando al respecto un auto-motivado.

4" Que la disposición de referencia anterior se encuentra en el título primero del Libro Segundo del código respectivo, en cuanto a las diferentes maneras de iniciar el sumario, por lo cual no es dable argumentar que, como en el caso de autos, sería menester esperar el desafuero para dictarla, tanto más cuanto que el proceso de referencia, de extensión prácticamente desconocida en tribunales, se ha marginado de él al Senador querellado por su misma condición.

5" Que, asimismo, no es inoficioso consignar con atinencia a lo anterior y en cuanto al debido proceso que la normativa del Código de Procedimiento Penal, en lo relativo a las personas con fuero, exige que «tan pronto» como los antecedentes aparezcan datos contra un Diputado o Senador el juez elevará los antecedentes a la Corte respectiva; y que mientras no se declare haber lugar a la formación de causa, el tribunal que conozca del proceso se abstendrá de practicar actuaciones que se refieran a dichos personeros; todo lo cual no ha regido en la especie, pues la causa de que se trata se inició precisamente por querrela en contra del Senador a que se refiere el presente desafuero, hace más de dos años, con múltiples querellas y probanzas en su contra.

Falta comprobación Del Estado de Salud

El Ministro don Osvaldo Faúndez, en relación al voto de minoría, tiene además en consideración y precisa:

1) Que comparte en su integridad lo que exponen los disidentes del fallo apelado en los motivos 11 a 25 de su voto, porque la falta de comprobación del estado de salud efectivo y actual del senador Pinochet mediante exámenes y pericias médico-legales que bien pudieron haberse realizado en el país - si en su oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago o esta Corte Suprema hubieran accedido a las peticiones que en tal sentido reiteradamente se formularon- impide tener conocimiento cabal de tal estado, genera una duda fundamental es cuanto a que pueda incurrirse en una gravísima infracción al derecho de defensa, que es la base y sostén del debido proceso legal, y hace imposible en definitiva emitir una decisión fundada respecto de una materia de tanta trascendencia que, atendido su establecimiento constitucional, pudo aisladamente, por sí sola, ser bastante y suficiente para resolver respecto del desafuero solicitado;

Realidad Factica Existente a la Sazón

2) Que en la especie se trata del caso de la comitiva militar en el que seis ex oficiales y un ex fiscal militar se encuentran procesados por el secuestro calificado y reiterado de diecinueve personas ejecutadas en el curso de dicho mes y cuyos cuerpos no se han encontrado. Luego, al senador Pinochet se le imputa responsabilidad criminal en dicho caso, calificado como secuestro de personas, calificación que puede ser de efecto no definitivo, si se tiene en consideración, por una parte, que las decisiones que se adoptan en los autos de procesamiento pueden modificarse e incluso dejarse sin efecto en la secuela del Juicio, pues tales resoluciones, atendida su naturaleza, son esencialmente revocables y, por otra, que si bien es el resultado de una elaborada apreciación o interpretación judicial válida como tal, contradice con rotunda evidencia la realidad fáctica existente a la sazón, distanciando consecuentemente los ideales supremos de la verdad y de la justicia, que por su profunda concepción y su magnitud no pueden jamás separarse desde que hace surgir de inmediato y espontáneamente, leído detenidamente el proceso, tres afirmaciones categóricas e irrefutables y varias interrogantes fundadas y plausibles. Las afirmaciones son: a) Las personas que se dicen secuestradas fueron muertas mediante fusilamiento en el sitio de los sucesos, así, lo reconocen circunstanciadamente los procesados Sergio Arredondo González, Marcelo Moren Brito y Patricio Díaz Araneda y lo expresan todos los comandantes de los regimientos que han prestado declaración; b) Se desconoce el o los lugares donde se encuentran los cadáveres o restos de dichas personas, y c) No existe antecedente alguno en el expediente que permita objetivamente suponer siquiera que las víctimas fueron encerradas en un lugar desconocido y que en esa condición permanecen hasta ahora. Nadie lo ha dicho y de ninguna pieza sumarial puede inferirse. Al respecto cabe considerar que el juez de la causa ha dirigido la investigación en este aspecto precisamente hacia la ubicación de los dichos cadáveres o restos y no a encontrar a los que, por creación intelectual, permanecerían privados de libertad. Las interrogantes son, entre otras: ¿Es verosímil que las 19 personas que habrían sido detenidas hace casi 27 años se encuentran desde entonces privadas de libertad en alguna parte y bajo la custodia de los secuestradores, que han debido y deben proporcionarles el alimento, el abrigo y el cuidado imprescindibles para que sobrevivan? ¿Puede castigarse un delito que se está cometiendo, si no se trata de una tentativa? ¿Cumplidas las penas que puedan imponerse en esta causa, deberían los responsables volver a ser juzgados y condenados por los mismos secuestros, porque éstos continuarían cometiéndose hasta que aparezcan los ficticiamente secuestrados restos?;

3) Que la ponderación conjunta y reflexiva de lo expuesto y razonado lleva naturalmente a concluir que los hechos investigados en estos antecedentes no tipifican los delitos de secuestros calificados y reiterados a que se refiere el auto de procesamiento de fs. 1570 y por los que se han elevado los autos solicitándose el desafuero del parlamentario imputado, y a considerar que cualquier otro ilícito penal que pudiera llegar a estimarse que configurarían sólo conllevaría su amnistía o la declaración de la prescripción de la acción penal respectiva, por lo que, en todo

caso, no es razonable si conducente despojar el Senador don Augusto Pinochet Ugarte de su fuero autorizando la formación de causa en su contra por los referidos hechos, y

No Hay Sospechas De Participación

4) Que, a mayor abundamiento y sólo por la vía de la hipótesis, cabe precisar que respecto de los pretendidos delitos de secuestro o de cualquier otro relativo a la muerte de los supuestos secuestrados no existen antecedentes para sospechar que el señor Pinochet haya tenido en ellos participación como autor, cómplice o encubridor. Como autor mediato o como cómplice porque de la minuciosa revisión de la causa, hoja por hoja, no aparece elemento de prueba o de juicio alguno, ni testimonial ni de ninguna naturaleza, de que el senador hubiere dado o podido dar orden de matar ni menos de secuestrar, o que pudiera haberse interpretado en tal sentido, y como encubridor, porque los encubridores intervienen con posterioridad a la perpetración de un delito, una vez ejecutado, y los secuestros que se suponen, en la forma como han sido forjados, se siguen cometiendo actualmente y, como delitos en ejecución, no pueden tener encubridores.

Se previene que el Ministro señor Gálvez concuerda con los razonamientos contenidos en los considerandos primero a décimo y vigésimo noveno a cuadragésimo séptimo del presente fallo; y no compartiendo los conceptos que se exponen en los fundamentos 13 a 15 del voto de minoría, en relación con el tema a que estos últimos se refieren, tuvo -en su lugar- presente:

- a) Que la defensa del querellado ha pedido que se rechace la solicitud de desafuero porque las deficiencias de la salud de su patrocinado impiden seguir en su contra el debido proceso legal;
- b) Que esta alegación de carácter jurídico se basa en los males que lo aquejan, para lo cual solicitó se practicaran los exámenes médicos pertinentes;
- c) Que analizar la inexistencia de un debido proceso por razones de salud y la influencia que esas circunstancias tendrían en el actual trámite de desafuero, se ha tornado ya inútil desde la resolución de fojas 3782, porque aún cuando se pudiera concordar con la argumentación de la defensa, sin previamente poder constatar la situación médica del aforado, no podría llevar a concluir que debe acogerse su solicitud, ante la imposibilidad de constatar que el senador está efectivamente con su salud resentida en los términos que se ha invocado; y
- d) Que en alzada, al igual que lo que ocurrió en primera instancia, la negativa de realizar exámenes ha obstaculizado, en todo caso, el éxito de tal pretensión.

Regístrese y devuélvase.

N 1920-2000

Pronunciado por el Presidente señor Hernán Álvarez G., y los Ministros señores Servando Jordán L., Osvaldo Faúndez V., Oscar Carrasco A., Luis Correa B., Mario

Garrido M., Guillermo Navas B., Marcos Libedinsky T., Eleodoro Ortiz S., José Benquis C., Enrique Tapia W., Ricardo Gálvez B., Alberto Chaigneau del C., Jorge Rodríguez A., Enrique Cury U., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V., Domingo Yurac S., y Humberto Espejo Z.

MAYORIA Y MINORIA: Las Claves del Fallo

Una abierta colisión de doctrinas respecto de la configuración de delito de secuestro agravado y la subsecuente aplicación del decreto-ley de amnistía y la prescripción, además de la discrepancia sobre las sospechas de participación del senador Augusto Pinochet, se desprenden de los votos de mayoría y minoría sobre el desafuero.

En el pronunciamiento de mayoría hubo dos grupos de ministros. Uno, compuesto por once magistrados que relacionaron las órdenes de Pinochet al general (r) Sergio Arellano Stark con 53 homicidios y 19 secuestros y el otro, conformado por los magistrados Ortiz, Tapia y Rodríguez, que desestimaron que el ex gobernante pudiera ser considerado autor, pero apuntaron las sospechas a la figura del encubrimiento.

Un aspecto interesante para el futuro del proceso se advierte en que todos los ministros de la Sala Penal, es decir, quienes seguirán ahora analizando el caso cuando llegue a la Corte Suprema, coinciden en los fundamentos más perjudiciales para la defensa.

Respecto de la existencia de sospechas fundadas, la Corte Suprema ratifica las que ya había establecido la Corte de Apelaciones: la existencia de la delegación de funciones de Pinochet a Arellano y las declaraciones del general (r) Joaquín Lagos, quien sostiene que informó al comandante en jefe de lo sucedido en Calama y Antofagasta.

Pero en el voto de mayoría se añaden a esas dos consideraciones otros fundamentos que en su oportunidad fueron esgrimidos por los querellantes. Parten los magistrados señalando que los hechos investigados revisten incuestionablemente caracteres de delito. Añaden que en una institución armada se cumple con la verticalidad del mando. Por ello, concluyen que la orden de proceder de la forma que lo hizo Arellano debió provenir del comandante en jefe. Asimismo, consideraron también contra Pinochet el hecho de que los oficiales que intervinieron en la comitiva fueron nombrados luego en cargos de importancia sin que se investigaran sus actuaciones.

Respecto de la amnistía y la prescripción, el fallo sostiene que la ley exige que para ambas se determine completamente «el delito y la persona del delincuente», es decir, plantea que no se aplican sin investigar.

Sobre la calificación como secuestros de 19 casos (trece en Calama, tres en Copiapó y tres en Cauquenes) el fallo sostiene que se encuentran acreditados y que «en caso de haber homicidios los cadáveres no han sido encontrados, estos hechos también presentarían características de asociación ilícita e inhumaciones ilegales». La resolución también cuestiona los argumentos de la defensa sobre el debido proceso. Estiman los ministros que es inaceptable señalar que el deficiente estado de salud mental de un imputado pueda afectar su derecho a la defensa. Añaden que el tribunal de primera instancia debe evaluar la gravedad de esos problemas de salud. También rechazaron la tesis del juicio político previo, que sostuvo la defensa en los alegatos.

La prevención de los ministros Ortiz, Rodríguez y Tapia concuerda con lo medular del voto de mayoría, desafuero, pero sostiene que no encuentran fundamentos para atribuirle la calidad de autor.

Añaden, sin embargo, que «forzoso es pensar, entonces, que el general Pinochet calló advertidamente, lo que debía denunciar y sancionar», por lo que esos magistrados sospechan «fundadamente» un posible encubrimiento.

Asimismo, esos ministros cuestionan que ni el general Arellano ni el Ejército tengan copia del oficio por el que el general Pinochet delegó la misión.

En su prevención, el Ministro Benquis precisó que por decretos del gobierno militar, jurídicamente, el país se encontraba en un estado de guerra, lo que haría aplicables los Convenios de Ginebra, sobre tratamiento de prisioneros de guerra vigentes en Chile desde 1951.

DESCARTAN SECUESTROS

El voto de minoría correspondió al Presidente de la Corte Suprema, Hernán Álvarez, y a los ministros Servando Jordán, Osvaldo Faúndez, Ricardo Gálvez, Orlando Álvarez y Humberto Espejo, quienes estimaron que no se configura el delito de secuestro agravado, sino que las 19 personas están muertas, como lo avalan testimonios y certificados de defunción. No obstante advierten que podría configurarse el delito de homicidio, y en ese caso debería aplicarse el decreto-ley de amnistía y la prescripción.

Para los disidentes, no hay elementos que permitan atribuir a Pinochet algún grado de participación en los hechos que causaron la muerte de las víctimas.

Además, se consigna que las instrucciones que dio al general Sergio Arellano Stark para su misión, «se circunscribieron al cumplimiento de labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales», según lo reconocen protagonistas del proceso y de Arellano.

La prevención del Ministro Jordán menciona la garantía del debido proceso, que bajo ningún pretexto puede ser quebrantada, debiendo previamente el juez instructor examinar los antecedentes del proceso para determinar si está extinguida

la acción penal, lo que no requiere previamente que el parlamentario esté des-
aforado.

El Ministro Faúndez previno que debió haberse practicado exámenes médicos al
senador Pinochet para verificar que no se infrinja su derecho a defensa.

El Ministro Gálvez precisó que analizar la inexistencia del debido proceso por
razones de salud resultaba inútil luego que se rechazara la petición de la defensa
en tal sentido. En todo caso, desestimó los fundamentos que vincularon el debido
proceso con la configuración de secuestros.