

**FALLO QUE MODIFICA EL AUTO
DE PROCESAMIENTO DEL
GENERAL AUGUSTO PINOCHET**

Corte de Apelaciones de Santiago

A continuación se reproduce el fallo de la Primera Sala de Verano de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de marzo de 2001, en respuesta a la apelación interpuesta por la defensa del general Augusto Pinochet Ugarte al auto de procesamiento dictado por el juez Juan Guzmán por su presunta participación en los delitos investigados en relación al paso de la caravana militar del general (r) Sergio Arellano Stark por Antofagasta, Calama, Copiapó y Cauquenes en octubre de 1973.

La resolución del tribunal de alzada, por dos votos a uno, confirma el procesamiento del general Augusto Pinochet Ugarte, pero modifica la figura penal contemplada por el juez Guzmán y establece que sólo existen presunciones de que el ex Jefe de Estado haya participado de “encubridor”, no así de autor.

Se incluye aquí, asimismo, el voto de minoría del ministro Cornelio Villarroel.

Santiago, ocho de marzo de dos mil uno.

Vistos:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción de sus considerandos 6° y 8°, los que se eliminan, y con las siguientes modificaciones:

En el fundamento 7°, se suprimen las siguientes frases, incluidas las comas (,) en cada caso: “, como es sabido”, y “, conforme a nuestro sistema legal imperante,”; y en el motivo 12° se elimina la frase “fotocopia del libro ‘Los Zarpazos del Puma’ de fojas 316”;

Y en el considerando 14°, se substituye por “encubridor” la palabra “autor”.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1°) Que, al apelar del auto de procesamiento, la defensa del querellado señor Augusto Pinochet Ugarte ha sostenido que dicha resolución es ilegal y no se ajusta a las exigencias formales y sustantivas impuestas en la ley procesal:

a) porque, si bien existe formalmente una declaración indagatoria, ella no tiene carácter de tal, atendido que el inculpado “sólo pudo referirse a aspectos muy generales de la participación que se le atribuye”; que en la diligencia se le formularon sólo siete preguntas, “dando el inculpado muestras evidentes de que no estaba en condiciones de proseguir y de que no podía tampoco reconstruir hechos de un pasado remoto”, y que “tampoco la diligencia indicada, con todas sus limitaciones, constituye un antecedente inculpatario que sirva para fundar la decisión que se impugna”;

b) porque en el auto de procesamiento no se señala una sola presunción de participación, exigencia ineludible del artículo 274 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, la que dice es determinante a su vez por mandato del artículo 275 inciso 2° del mismo Código;

c) porque el único antecedente que permite vincular al querellado con los hechos investigados dice relación con la autoría que se imputa en ellos al General Sergio Arellano Stark, “delegado” del Comandante en Jefe del Ejército, lo que no importa una presunción directa, grave y precisa de tal participación; y,

d) porque el mismo inculpado sólo tomó conocimiento de los delitos el 19 de octubre de 1973, cuando ya “los hechos estaban consumados”;

2°) Que, en cuanto concierne a la indagatoria prestada por el inculpado, considera esta Corte que ella cumple de manera suficiente la impe-

ratividad de la audiencia que del inculpado exige el encabezamiento del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio que éste, conforme al artículo 329 del mismo Código, pueda manifestar posterior y adicionalmente a ella cuanto tenga por conveniente para demostrar su inocencia o para explicar los hechos, facultado como se halla para solicitar al Juez la práctica de las diligencias que propusiere, conducentes a comprobar sus aseveraciones. En cuanto a los demás rubros de la apelación, ellos serán motivo de lo que en esta resolución más adelante se expresará;

3°) Que, en sus alegatos, uno de los abogados de los querellantes ha manifestado por su parte que, al concluirse el trámite del desafuero del inculpado señor Pinochet, y al fallarse el recurso de amparo con que se impugnó el procesamiento, ya los tribunales superiores habían dejado de manifiesto, en sus respectivos fallos, tanto la existencia de los hechos punibles como las presunciones fundadas de participación que en los mismos había cabido al querellado, por lo que ello no podía ser objeto de un nuevo examen o revisión, parecer que esta Corte no considera procedente. En efecto, como se expresó, entre otros, en los considerandos 1° y 4° del fallo confirmatorio del desafuero, dicha gestión o trámite “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 a las reglas generales”, agregándose que en tal gestión no se podía “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”. Por consiguiente, esta Corte, al revisar el auto de procesamiento apelado, está plenamente facultada para examinar en su integridad y sin limitaciones la concurrencia o no de los requisitos previstos en el citado artículo 274 del Código de Enjuiciamiento Criminal;

4°) Que, ante el examen y eventual concurrencia de las presunciones fundadas de participación, corresponde primeramente y desde luego tenerse en cuenta que, en nuestro ordenamiento criminal, no hay más autores que los señalados en el artículo 15 del Código Penal, en sus tres allí descritas categorías, todas vinculadas con la “ejecución del hecho”, o sea, con la materialización del delito mismo o hecho típico punible, en este caso el de los delitos de homicidio y secuestro reiterados materia de investigación en estos autos. Descartada la hipótesis del N° 1 de dicho artículo, por no atribuir ni aún los querellantes esta calidad de autor al

querellado señor Augusto Pinochet, y mientras el N° 2 alude a “los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”, el N° 3 se refiere, por su parte, a los que, “concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”. Según esta Corte, en estos autos no se ha establecido —ni aún en grado de presunción— que el procesado apelante señor Augusto Pinochet haya forzado o inducido a Arellano Stark o a los otros procesados en la causa a ejecutar los referidos delitos de homicidio y de secuestro a que se refiere el auto apelado, ni tampoco existen antecedentes bastantes para considerar —tampoco en aquel carácter—; que haya habido el concierto previo entre aquél y éstos para cometer esos delitos, ni la facilitación de los medios, por parte del primero, para la ejecución o materialización de tales hechos ilícitos por parte de los otros. Aparece del texto legal descriptivo de la autoría, que, en el caso del N° 2 del artículo 15, se trata del autor que ha empleado la fuerza, ya física, ya moral, para que otro agente o tercero distinto de él ejecute el delito, caso en el cual independientemente de la responsabilidad penal del sujeto coaccionado o forzado, la acción de éste ha de desplazarse necesariamente al que sobre él ejerció esa fuerza física o moral, situación que cree este tribunal no se da en la especie. De otro lado, si, como se ha significado en más de alguna ocasión en la doctrina penal, “la inducción o instigación es el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito”, y desde que la inducción supone básicamente decidir la voluntad de una persona, esto es, el predominio de la voluntad del inductor sobre la del inducido, la presunción capaz de hacer prueba para establecer la participación de ese autor inductor o instigador requiere de hechos determinados sobre los que la presunción se asiente, o, como dice el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, precisa “de hechos conocidos o manifestados en el proceso”, de los que se deriven consecuencias que puedan dar forma a la presunción, en este caso, para dar cabida a la participación del procesado Augusto Pinochet, lo que tampoco se da en este particular, máxime si lo que se ha debido establecer es que la inducción, si eventualmente la hubiera habido, haya sido directa ante y sobre el tercero inducido a cometer el delito, esto es, ante Sergio Arellano Stark o los otros ya procesados como autores de los delitos de homicidio y secuestro reiterados;

5°) Que, si, como se ha dicho, los cargos que se imputan al querellado y las alegaciones de los querellantes no han sido bastantes como para presumir fundadamente que a aquél le ha cabido una participación de autor en los delitos investigados —ni aún en el rango de autor mediato—,

tampoco permiten esas alegaciones atribuirle la participación de cómplice —a la que se refiere el artículo 16 del Código Penal—, porque, acreditado únicamente —como parece en esta causa—, que la delegación hecha a Arellano Stark no tuvo otro objeto que el que éste instara por la agilización de los procesos, no se ha podido presumir tampoco que haya habido ni actos “anteriores” ni “simultáneos”, de parte del delegante, que hayan tenido el carácter de cooperadores a la ejecución material de esos crímenes por quienes, en este estado de la investigación, aparecen como sus únicos autores directos por virtud del desarrollo de una voluntad independiente y personal;

6°) Que, como se expresa en el considerando 65° del fallo de segunda instancia dictado en el procedimiento de desafuero del Senador ahora querellado, los autores de los hechos que en estos autos se encuentran sometidos a proceso formaban parte de un grupo de militares que visitaron diversas ciudades al sur y norte de Santiago, “en cumplimiento de una misión militar” encomendada por el Comandante en Jefe del Ejército señor Augusto Pinochet, “en labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales”, y que, “a raíz de esta misión”, se cometieron los hechos que revisten incuestionablemente “caracteres de delito”. Es decir, concordante con esta afirmación, considera también esta Corte que no existe base ni antecedente bastante —ni directo ni indirecto—, que permita presumir fundadamente que los delitos cometidos lo hayan sido en el marco estricto de esa misión militar, ni que tampoco hayan constituido el cumplimiento de alguna finalidad o componente conocido de su envío. En consecuencia, el solo hecho de habérselos cometido por las personas que la formaban no constituye presupuesto suficiente para presumir que al Comandante en Jefe del Ejército le haya cabido participación de autor ni de cómplice en esos mismos delitos, en ninguna de las formas descritas en los artículos 15 y 16 del Código Penal.

7°) Que, respecto del documento mediante el cual el querellado Augusto Pinochet designó a Sergio Arellano Stark como su Delegado a fin de cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, gobierno interior y de procedimientos judiciales —como éste asevera a fojas 500—, delegación que para la parte querellante constituye la más importante presunción para atribuir a aquél participación de autor en los delitos investigados en esta causa, es preciso tener en cuenta que el querellado señor Augusto Pinochet no podía haber delegado facultades jurisdiccionales, en tiempo de guerra, de las cuales carecía. En efecto, el estado de guerra se dispuso por Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, para todos los

efectos del Código de Justicia Militar. Por su parte, el Decreto Ley N° 8, estatuyó que la Junta de Gobierno —que por Decreto Ley N° 3 detentaba el ejercicio pleno de la jurisdicción en tiempo de guerra—, delegó en los Comandantes en Jefe de las Unidades Operativas del País las atribuciones que el Código de Justicia Militar confería a la Junta de Gobierno, pero este D.L. N° 8 no autorizó la delegación de las atribuciones inherentes a la jurisdicción militar en tiempo de guerra. De modo entonces que el Comandante en Jefe del Ejército carecía de las atribuciones y del ejercicio de la jurisdicción militar en tiempo de guerra. Consecuentemente, el Comandante en Jefe del Ejército, General Pinochet no pudo delegar atribuciones, de las que carecía, en la persona del General Sergio Arellano Stark.

8°) Que, recordado lo anteriormente referido, y en orden a determinar si existen eventualmente presunciones fundadas de algún otro grado de participación del querellado en los referidos ilícitos, debe tenerse en cuenta que el Comandante de la Primera División del Ejército y Jefe de la Zona en Estado de Sitio de la Provincia de Antofagasta, General Joaquín Lagos Osorio, en sus declaraciones de fojas 23, 743 y 2.259, tras la gran indignación que dice haber experimentado por crímenes cometidos a sus espaldas y en su jurisdicción, expresa que enrostró su actitud criminal a Arellano —al regresar éste y su comitiva desde Calama—, y que, dándose cuenta que debía informar tales hechos al Comandante en Jefe del Ejército, concurrió con tal objeto al aeropuerto de Cerro Moreno el 20 de octubre, aprovechando la escala que allí haría éste —que volvía del norte—, con quien se reunió efectivamente durante más de una hora, informándole de lo sucedido en Antofagasta y en Calama, esto es, de las ejecuciones perpetradas por Arellano y su comitiva, sobrepasándose éste en sus atribuciones; que el General Pinochet le dijo que “nunca habría pensado siquiera que el General Arellano iba a proceder así”, agregándole que por sus medios tratara de superar ante la opinión pública la grave situación producida; que, al final de esa reunión, el General Pinochet le pidió un teléfono para comunicarse a Iquique con el General Arellano, al que, por no ubicar, dejó mensaje —con la persona que lo atendió—, en el sentido “que el General Arellano no haga absolutamente nada y que regrese mañana a primera hora a Santiago y, llegando, que vaya a hablar conmigo”; que el 31 de octubre de 1973 le fue solicitada por el Comando de las Fuerzas Armadas información sobre el número y la nómina de los ejecutados en su jurisdicción; que 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 en cada uno de dichos lugares, de aquellos ejecutados

en iguales sitios por orden del Delegado del Comandante en Jefe del Ejército, lo que dice hizo para precisar las responsabilidades de cada uno; que el 1° de noviembre de 1973 fue citado por el Comandante en Jefe del Ejército, a quien le hizo entrega personal tanto de la relación de ejecutados —fojas 735— como de su oficio conductor —fojas 736— y de los sumarios de los ejecutados en su jurisdicción; que, en la noche del mismo 1° de noviembre, el Coronel Enrique Morel Donoso —Ayudante del Comandante en Jefe del Ejército— le transmitió la orden del General Pinochet en cuanto a rehacer la relación de las personas ejecutadas, sin señalar lo actuado por Arellano y haciendo sólo un listado general, devolviéndole la relación de las personas ejecutadas, indicándole Morel que las rayas y palabras escritas en ella habían sido hechas en forma manuscrita por el propio Comandante en Jefe del Ejército; que al día siguiente cumplió la orden y que, en la oficina del mismo Comandante en Jefe del Ejército, un funcionario rehizo el documento;

9°) Que, en relación a lo antes expresado por el nombrado Lagos Osorio, y en lo tocante al aludido mensaje dejado por el General Pinochet para el regreso de Arellano, es posible discernir que, transmitido o no, que hubiese sido el referido encargo, es lo cierto que en todo caso no fue cumplido por Arellano, desde que el 22 de octubre éste se hallaba en Arica, como ha expresado en autos el entonces Coronel Odlanier Mena —Comandante del Regimiento de Infantería Motorizado de dicha ciudad—, quien señala haber recibido a Arellano y su comitiva como a las 10:00 horas de aquel día, lo que corrobora Arellano en la carta de fojas 2.941, de 16 de julio de 1978, dirigida por éste al General Pinochet, en que le dice: “tú NO me ordenaste volver desde Antofagasta, y la mejor prueba de ello es que continué hacia el norte, pernoctando en Iquique y Arica...”. Arellano Stark, remitir de la carta, dice a fojas 500 que dio cuenta verbal de lo actuado al Comandante en Jefe del Ejército, y que no se le pidió “parte por escrito”.

10°) Que los antecedentes referidos en los dos considerandos que preceden permiten presumir que la comisión encomendada por el Comandante en Jefe del Ejército señor Augusto Pinochet Ugarte a Sergio Arellano Stark tuvo como único objeto —por no constar ninguno otro diverso— el señalado ya en esta resolución. En consecuencia, y desde que tal misión no incluía atribuciones jurisdiccionales, porque al no poder el Comandante en Jefe del Ejército delegar atribuciones que él mismo no tenía, corresponde deducir consiguientemente que hasta ahora puede presumirse que Arellano, excediéndose en sus cometidos, desarrolló conductas, ya individuales, ya en co-participación con los demás miembros de la comitiva;

constitutivas de los graves delitos que son materia de investigación en este proceso, a lo que debe añadirse:

a) que el General Pinochet tomó conocimiento de los hechos delictivos el 19 de octubre de 1973, cuando éstos ya se habían cometido, como se refiere en los considerandos 7º, 8º y 9º;

b) que puede presumirse igual y fundadamente que el cambio en la relación de las personas ejecutadas ya antes referido fue hecho con el propósito de no dejar constancia documental de las ejecuciones cometidas a raíz y al término de la misión dada para fines diversos a Arellano; y

c) que el General Augusto Pinochet, en conocimiento de lo actuado por el nombrado General Arellano Stark y su comitiva —conocimiento que fundadamente puede presumirse obtuvo sólo con posterioridad a la comisión de los hechos ilícitos y cuando ya se habían consumado éstos—, no denunció los delitos cometidos ante los tribunales competentes —cualesquiera hubieran sido las conocidas circunstancias sociales y las tan hondas y extraordinarias transformaciones institucionales que vivía el país—, no existiendo constancia que haya adoptado tampoco medida alguna para el castigo de los delitos previstos, verbigracia, en los artículos 330, 334 y 336 del Código de Justicia Militar, o que hubiere actuado de algún otro modo conforme a los artículos 10, 60 y 74 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas (Decreto Supremo N° 1.445, de 14 de diciembre de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional), silenciando advertidamente, en cambio, los hechos e impidiendo, con tal silencio u omisión, la debida persecución jurídico penal obligada de esos delitos; y

11º) Que estos últimos “antecedentes” y “circunstancias conocidas” que hasta ahora se han manifestado e informan la investigación contenida en este proceso, sí constituyen presunciones fundadas para estimar que el inculpado señor Augusto Pinochet en el ejercicio de su cargo, ha tenido en los ilícitos objeto del alzamiento una participación de encubridor, conforme a lo establecido en el artículo 17 N° 3, circunstancias 1ª y 2ª del Código Penal, según su texto vigente a la fecha de ocurrencia de los delitos, esto es, antes de la modificación introducida a dicho precepto por la ley 19.077, de 1991.

12º) Que refuerza la convicción del Tribunal en orden a tener por concurrentes en autos las presunciones fundadas a que se refiere el N° 2 del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a su calidad de encubridor, el propio reconocimiento del querellado señor Pinochet, en cuanto a ser suya la anotación escrita con letra roja en el oficio que le fue exhibido al prestar declaración a fojas 5.797, y suya su letra, lo

que revela haber tomado debida nota de los hechos puestos en su conocimiento por el General Lagos el 31 de octubre de 1973.

Por estas consideraciones, se confirma la resolución apelada de veintinueve de enero de dos mil uno, escrita a fojas 5.868, en cuanto en sus decisiones signadas con los N°s IV y V somete a proceso al inculpado señor Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, con declaración que éste queda sometido a proceso: en la del N° IV, como encubridor de los delitos de secuestro y homicidio calificado en perjuicio de Claudio Arturo Lavín Loyola, Pablo Renán Vera Torres, Óscar Gastón Aedo Herrera, Marco Enrique Barrantes Alcayaga, Mario Alberto Ramírez Sepúlveda, Hipólito Pedro Cortés Álvarez, Jorge Abel Contreras Godoy, Roberto Guzmán Santa Cruz, Jorge Mario Jordán Domic, Gabriel Gonzalo Vergara Muñoz, Carlos Enrique Alcayaga Varela, Jorge Ovidio Osorio Zamora, José Eduardo Araya González, Óscar Armando Cortés Cortés, Manuel Jachadur Marcarian Jamett, Víctor Fernando Escobar Astudillo, Jorge Washington Peña Hen, Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardias Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mansilla Hes, Adolfo Mario Palleiras Sanhueza, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores, Jaime Iván Sierra Castillo, Mario Argüelles Toro, José Rolando Jorge Hoyos Salazar, Milton Alfredo Muñoz Muñoz, Carlos Alfonso Piñero Lucero, Fernando Roberto Ramírez Sánchez, José Gregorio Saavedra González, Hernán Elizardo Moreno Villarroel, Roberto Segundo Rojas Alcayaga, Alejandro Rodríguez Rodríguez, Luis Alberto Hernández Neira, Carlos Alfredo Escobedo Cariz, Luis Alberto Gaona Ochoa, Jorge Carpanchay Choque, Héctor Mario Silva Iriarte, Mario Armando Godoy Mansilla, Alexis Alberto Valenzuela Flores, Danilo Alberto Moreno Acevedo, Washington Redomil Muñoz Donoso, Miguel Hernán Manríquez Díaz, Segundo Norton Flores Antivilo, Guillermo Nelson Cuello Álvarez, Dinattor Segundo Ávila Rocco, Luis Eduardo Alaniz Álvarez, José Boeslindo García Berríos, Marco Felipe de la Rivera, Mario del Carmen Arqueros Silva y Eugenio Ruiz-Tagle Orrego, y, en la del número V, con declaración que el mismo señor Augusto Pinochet Ugarte queda sometido a proceso como encubridor de los delitos de secuestro calificado cometidos en perjuicio de Miguel Enrique Muñoz Flores, Manuel Benito Plaza Arellano, Benito de los Santos Tapia Tapia, Maguindo Antonio Castillo Andrade, Ricardo Hugo García Posada, Carlos Berger Guralnik, Daniel Jacinto

Garrido Muñoz, Luis Alfonso Moreno Villarroel, Rafael Enrique Pineda Ibacache, Sergio Moisés Ramírez Espinoza, Domingo Mamani López, David Ernesto Miranda Luna, Rosario Agrid Muñoz Castillo, Jorge Rubén Yueng Rojas, Manuel Segundo Hidalgo Rivas, Bernardo Cayo Cayo, Víctor Alfredo Ortega Cuevas y Haroldo Ruperto Cabrera Abarzúa.

Acordada la confirmatoria con el voto en contra del Ministro señor Villarroel, quien, aun cuando comparte íntegramente los fundamentos 1° a 12° del presente fallo, estuvo sin embargo por revocar el auto de procesamiento apelado y declarar que el querrellado señor Augusto Pinochet Ugarte no es procesado en esta causa. Tiene para ello en cuenta las siguientes consideraciones:

1°) Que, sin perjuicio de lo dicho en los doce fundamentos de este fallo, tiene presente que, en conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal, “podrá el juez no someter a proceso al inculpado y disponer su libertad aunque aparezcan reunidos los requisitos para procesarlo, cuando al tiempo de cumplirse el plazo de detención judicial o al pronunciarse sobre la respectiva solicitud, hubiere adquirido la convicción de que con los antecedentes hasta entonces acumulados se encuentra establecido alguno de los motivos que dan lugar al sobreseimiento definitivo previstos en los números 4° a 7° del artículo 408, sin perjuicio de continuar las indagaciones del sumario hasta agotarlas”. El mismo artículo, en la primera parte de su inciso 2°, dispone que, “con el mérito de los nuevos antecedentes, podrá el juez durante todo el sumario dejar sin efecto el auto fundado que haya dictado, a petición de parte o de oficio”. Finalmente, mientras en su inciso 3° establece que “el que no fuere sometido a proceso en virtud de esta disposición, conservará su calidad de inculpado y podrá hacer uso de los derechos que a éste se le confieren”, dispone por otra parte que, “antes de ser puesto en libertad, deberá designar domicilio y quedará obligado a presentarse a todos los actos del sumario para que fuere llamado”. El citado artículo 408, en su N° 5°, dispone que el sobreseimiento definitivo se decretará “cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado” por alguno de los motivos establecidos, entre otros, en los N°s 3° y 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, “por amnistía” y “por la prescripción de la acción penal”, respectivamente;

2°) Que el citado artículo 279 bis, que fue agregado al Código de Procedimiento Penal por el N° 28 del artículo 5° de la Ley N° 18.857, de 6 de noviembre de 1989, constituye un precepto de excepción y especialísimo, que concede una facultad al juez para “no someter a proceso al

inculpado” aunque concurren los presupuestos del artículo 274, y, como en su inciso 2° obliga al juez a dictar un “auto fundado” cuando “hubiere adquirido la convicción” de haberse acumulado ya en el proceso antecedentes que permitan establecer alguno de los motivos que dan lugar al sobreseimiento definitivo, es mandato imperativo para este disidente, en obediencia de tal precepto, el consignar obligadamente los razonamientos necesarios de su parecer, lo que hará en las reflexiones que siguen;

3°) Que, en relación a la prescripción de la acción penal, debe considerarse necesariamente:

a) que los delitos tanto de homicidio como de secuestro que son materia de investigación en esta causa —los que en el auto de procesamiento tienen la calidad de delitos comunes— fueron cometidos en las fechas que se indica en el auto de procesamiento apelado, correspondientes todas al mes de octubre 1973, habiendo transcurrido a la fecha más de 27 años, esto es, fueron perpetrados hace ya más de un cuarto de siglo;

b) que, conforme al artículo 94, inciso 1°, del Código Penal, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años, término que, según el artículo 97, empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito;

c) que, en relación al inculpado señor Augusto Pinochet, y conforme queda de manifiesto del examen del proceso, no concurre ninguno de los presupuestos que según el artículo 96 interrumpe o suspende la prescripción de la acción penal —lo que por ser de público conocimiento no hace necesaria ninguna certificación o asiento especial en los autos—, y el inculpado no se ha ausentado del territorio de la República en términos que el cómputo de los señalados quince años haya de realizarse conforme al artículo 100, inciso 1°, esto es, “contando por uno cada dos días de ausencia”. En consecuencia, la responsabilidad penal que pudiese afectar eventualmente al inculpado señor Pinochet —y que pudiese establecerse una vez agotada la investigación—, se ha extinguido por la prescripción de la acción penal, conforme a las aquí aludidas disposiciones del Código del ramo, atendiendo finalmente al contenido de su artículo 101, según el cual la prescripción de la acción penar corre “a favor y en contra de toda clase de personas”;

4°) Que las reglas que respecto de la prescripción de la acción penal se han consignado precedentemente en relación con el delito de homicidio no se alteran tratándose del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, que castiga al que “sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de libertad”, y al que

“proporcionare lugar para la ejecución del delito”. En efecto, y en lo que aquí estrictamente interesa, debe tenerse en cuenta:

a) que los verbos rectores del delito de secuestro consisten en encerrar o detener a otro —privándole de su libertad—, y también en proporcionar el lugar para la ejecución del delito;

b) que, en el delito de secuestro, las penas se agravan si “el encierro o la detención” se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del secuestrado, y, también, “si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además el de homicidio, violación sodomítica o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido”;

c) que el encierro y la detención son hechos de naturaleza material, física o real, los que necesaria y obviamente han de tener su ocurrencia en un momento dado en el tiempo y en un lugar físico determinado, han de ser obra del sujeto activo del delito, y, aunque pueda variar posteriormente el lugar donde después de la detención o del encierro se mantenga al secuestrado, aparece racionalmente incuestionable que no pueda sin embargo alterarse la ocurrencia misma del encierro o de la detención ejecutadas en un momento dado en el tiempo, elemento este último indispensable de considerar para los efectos de y en lo concerniente al inicio y cómputo del plazo de la prescripción;

d) que, no obstante la característica o calificación de “permanente” que pueda atribuirse al delito de secuestro, es exigencia ineludible del secuestro agravado de personas que el inculpado como autor del mismo haya tenido no sólo inicialmente la voluntad o poder y disposición moral efectiva sino también el poder y la aptitud material o física posterior de conservar y de mantener en el tiempo el encierro y la retención de la persona detenida víctima del secuestro. Sólo así se entiende el texto de la norma, la que se refiere al caso en que se “prolongare” la detención por más de quince días. Esta exigencia, además de constituir en su esencia un componente o integrante indispensable del tipo delictivo de secuestro agravado, se desprende claramente también del objeto o fin esencial del encierro y de la detención, cual es la privación de la “libertad” del individuo secuestrado, lo que supone que se le mantiene y conserva aún físicamente, pues no podría privarse de su libertad ambulatoria a aquel sujeto ajeno ya absolutamente al poder, sumisión, control y custodia del secuestrador, lo que se deduce igualmente de la figura agravada que describe el inciso final del mismo artículo 141, pues “con motivo u ocasión del secuestro” no se podría cometer “además” el de homicidio u otros sin la tenencia material de la persona secuestrada;

e) que, a mayor abundamiento, el artículo 142 bis del Código Penal, agregado por el artículo 3° de la Ley 19.241, de 1993, refrenda de varios modos la exigencia propuesta en esta opinión, a saber: cuando se refiere a las condiciones exigidas por los secuestradores “para devolver a la víctima”; cuando alude a la rebaja en dos grados de la pena aplicable a los secuestradores de la víctima “si la devolvieren” libre de todo daño y antes de cumplirse las condiciones que motivaron el secuestro; y cuando rebaja en un solo grado la pena asignada al ilícito “si la devolución” se realiza después de cumplida alguna de las condiciones que determinaron el secuestro, el que según el inciso 3° del artículo 141 pudo ejecutarse “para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones”;

f) que las detenciones materia de los delitos de secuestro perseguidos en autos datan como ya se dijo del mes de octubre de 1973, esto es, habrían ocurrido al mes siguiente del advenimiento del Gobierno de la Junta Militar encabezada por el inculpado Comandante en Jefe del Ejército, habiendo transcurrido ya más de 10 años de extinguida aquella Administración, a la que ha sucedido ya una tercera Administración en el Gobierno constitucional de la República, lo que excluye fundadamente la hipótesis que el inculpado como autor de esos delitos de secuestro haya podido mantener por sí y/o por acto o cooperación de otros la persona física de las víctimas durante todo el tiempo ya a la hora transcurrido, tiempo tan extenso en que dicho inculpado ha carecido claramente de todo poder de autoridad para ello, máxime aún si el mismo y propio querellado estuvo privado de su libertad de modo temporal en un territorio extranjero y bajo una jurisdicción penal diversa de la de su país de origen o lugar donde tales ilícitos se habrían cometido; y

g) que, en conclusión, la sola circunstancia que se ignore la existencia y el paradero de las personas cuyo desaparecimiento ha dado base a los cargos que a título de secuestro calificado se han asignado al señor Augusto Pinochet no resulta procedente ante la realidad de las cosas ni en el estado actual del proceso. Esta afirmación, por lo demás, resulta tanto más concluyente si se tiene en cuenta que hasta el propio legislador lo ha entendido así, como aparece del artículo único de la ley 19.687, de 6 de julio del año recién pasado —dictada a más de veintiséis años de la fecha en que se habrían producido las detenciones y desaparecimientos—, al establecer una “obligación de secreto” para quienes remitan información conducente “a la ubicación de detenidos desaparecidos”. Su artículo único, en su inciso 1°, preceptúa en efecto que las instituciones allí señaladas estarán obligadas a mantener reserva únicamente respecto del nombre y los datos que sirvan para identificar a quienes les proporcionen o confíen

“información útil y conducente para establecer el paradero y destino de los detenidos desaparecidos a que hace referencia el artículo 6° de la Ley N° 19.123”. Esta última Ley N° 19.123, en su artículo 2° N° 2, señala a su vez como uno de los objetivos de la Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, el de promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar “el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados”. Claro queda entonces que, aún en relación al delito de secuestro, y desde que el plazo de prescripción ha empezado a correr “desde el día en que se hubiere cometido el delito” —en este caso desde la detención o encierro, por no constar en autos la ocurrencia de actos posteriores que configuren alguna de las conductas agravada del tipo—, la eventual responsabilidad penal del inculcado se encuentra también extinguida por la prescripción de la acción penal.

5°) Que, respecto ahora de la amnistía como motivo o causal de un sobreseimiento definitivo, debe tenerse por su parte en cuenta:

a) que, en su artículo 1°, el D.L. 2.191, de 18 de abril de 1978 (D.O. de 19.04.78), concedió amnistía “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, haya incurrido en hechos delictuosos durante la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”;

b) que, conforme al artículo 93 N° 3, la amnistía “extingue por completo la pena y todos sus efectos”. Se trata de un perdón que se concede por la ley no para beneficiar a determinadas personas sino que alcanza a las consecuencias jurídico-penales de los hechos delictuosos mismos a los que se extiende el texto legal que la contenga, de manera que, siendo objetiva y no personal la naturaleza de la amnistía, ella impediría en el caso de autos que pueda dictarse una sentencia condenatoria en contra del inculcado;

c) que el carácter objetivo de la amnistía aparece de manifiesto no sólo del texto mismo del artículo 1° del D.L. 2.191, sino que fluye además del propio y tantas veces citado artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal. En efecto, y en primer lugar, según el artículo 1° del referido D.L., es requisito del beneficio de la amnistía que las personas que hayan incurrido en los hechos delictuosos a que él se refiere “no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”, lo que lleva a concluir que carecería de todo sentido y sería inaplicable el precepto si la amnistía borrara la pena impuesta a una persona que precisamente no ha

debido hallarse “sometida a proceso” ni menos “condenada”. Más aún, el propio artículo 2° de este D.L., al conceder excepcionalmente también amnistía “a las personas” que a la fecha de su vigencia “se encuentren condenadas” por Tribunales Militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, está reconociendo que la norma general en la amnistía es la indicada en el artículo 1°, que se remite incuestionable e indudablemente al perdón concedido por la ley de modo objetivo a los hechos mismos ocurridos durante el período de tiempo a que se refiere su artículo 1°, sin consideración a cuáles serán las personas determinadas a que alcanzará consecuentemente el indicado beneficio. En segundo lugar, en cuanto al artículo 279 bis, si éste autoriza al juez para no someter a proceso al inculcado aunque concurren los requisitos del artículo 274, el precepto carecería igualmente de sentido si, existiendo por ahora sólo “presunciones fundadas” de la participación de un inculcado, autorizara la ley a proceder así cuando hubiera el juez adquirido la convicción de haberse extinguido ya por la amnistía la responsabilidad de ese inculcado —amnistía que fue expresamente incluida en el artículo 279 bis—, lo que lleva a pensar y concluir que la interpretación racional de la norma es única y consecuentemente la de hallarse amnistiados objetivamente los hechos delictivos mismos y no la persona de quienes hayan en ellos tenido intervención;

d) que la amnistía concedida por el D.L. 2.191, concordante con la esencia que según la concepción jurídica universal particulariza a esta institución aparece inspirada en la “tranquilidad general, la paz y el orden” de que según dicho texto disfrutaba el país a la época de su promulgación fue adoptada como un “imperativo ético” que ordenaba llevar adelante todos los esfuerzos conducentes a “fortalecer los vínculos que unen la nación chilena”; se la dispuso en procura de iniciativas que consolidaran la “reunificación” de todos los chilenos, y, finalmente, se la expidió ante “la necesidad de una férrea unidad nacional”, como se expresa en la exposición de motivos del Decreto Ley;

e) que, por consiguiente, si la finalidad de la amnistía es por excelencia la búsqueda y consolidación de la paz social, aparece racional y conveniente reconocerle ya en el estado actual de tramitación de este proceso su validez plena como motivo o fundamento bastante de extinción de la responsabilidad penal, motivo al que alude expresamente el artículo 279 bis con el envío explícito que este precepto hace al artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, en el que se comprende precisamente la amnistía, sin perjuicio de continuar la tramitación de la causa hasta que se halle concluida la investigación;

f) que, finalmente, el Decreto Ley en referencia ha sido ya aplicado por los Tribunales de Justicia y ha producido todos sus efectos. Más aún, y mientras por una parte la Excm. Corte Suprema se ha pronunciado ya jurisdiccionalmente sobre su validez y legitimidad en el ámbito del recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad de que le corresponde conocer privativamente, no ha habido en cambio acto legislativo alguno ni para interpretar su alcance ni para su eventual derogación —como habría sido procedente según los mecanismos previstos en la Constitución—, lo que permite concluir que su vigencia, vigor y validez, no ha merecido reproche legislativo de legitimidad alguno luego de transcurridos ya más de 22 años desde su promulgación;

7°) Que, en este proceso, se ha sostenido que los delitos investigados serían imprescriptibles y no amnistiables por disponerlo así la normativa internacional que sanciona los delitos que genéricamente se han conceptualizado como crímenes contra la humanidad, los que según los querellantes en este caso se habrían cometido existiendo en Chile un estado de guerra. Sin embargo, los acuerdos que aquí se mencionarán resultan para el disidente inaplicables en la especie —a los efectos de impedir la aplicación de la amnistía—, por las siguientes resumidas razones:

a) la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no es aplicable, afirmación para la que se tiene únicamente en cuenta que, sin necesidad de analizar si los delitos investigados hubieran podido tener eventualmente tal naturaleza, no se ha establecido en la legislación nacional la pena que habría debido corresponder para castigar alguna conducta típica vinculada a la figura penal de genocidio —la que habría debido igualmente haberse descrito previamente por la ley—, como habría sido de rigor ante el claro tenor del artículo 19 N° 3, incisos 7° y 8°, de la Constitución Política de la República. Según el inciso 7°, “ningún delito se castigará con otra pena” que la que le señale una “ley promulgada con anterioridad a su perpetración...”, y, de conformidad al inciso 8°, “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella”. Por consiguiente, sin necesidad de determinar si los delitos de que aquí se trata hubieran podido quedar comprendidos en el término jurídico-penal de “genocidio” —como a juicio del disidente se ha afirmado equivocadamente en el proceso y en estrados como sustento de los cargos contra el querellado—; teniendo en cuenta que no existe ley interna entonces que determine una pena a dicho delito, y que tal pena habría debido estar señalada forzosamente “con anterioridad a su perpetración” —como jerárquicamente exigen el citado artículo 19 N° 3 de la Carta

Política y el artículo 18, inciso 1°, del Código Penal—, los ilícitos singulares que en el auto de procesamiento se señalan sólo tienen la característica de ser delitos comunes, como por lo demás se expresa en la misma resolución apelada, al señalarse que ellos están previstos y sancionados en los artículos 141 y 391 N° 1 del Código Penal;

b) los Convenios de Ginebra no son aplicables, porque, sin necesidad de determinar si los delitos investigados fueron cometidos o no durante un “estado de guerra” —determinación que a juicio del disidente es aquí irrelevante—, su aplicación se limita específicamente a los casos de guerra de carácter internacional declarada y a los conflictos armados o bélicos o de guerra interna efectivos —como aparece del texto de los artículos 2° y 3° comunes a los cuatro Convenios—, de manera que no cabe extenderla a los hechos delictuosos cometidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio cubierto por la amnistía, por no habérselos cometido en el ámbito de un conflicto armado interno al que específica y particularmente los referidos Convenios de refieren; y

c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos carece igualmente de aplicación, porque, si bien de acuerdo a su artículo 15.2 “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, el referido Pacto Internacional se incorporó a la legislación nacional, interna sólo con su promulgación, cuyo texto fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. Por lo demás, y si se tiene en cuenta que la pena de muerte es el castigo máximo impuesto en todo ordenamiento penal a los delitos en extremo más graves, el propio Pacto en referencia, en su artículo 6.4, establece que “la amnistía”, el indulto o la conmutación de la pena capital “podrán ser concedidos en todos los casos” y

8°) Que al expresar esta opinión, el disidente considera finalmente haberse ceñido rigurosamente al ámbito estricto de la preceptiva de excepción contenida en el artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal en armonía y concordante con el espíritu general de la nueva legislación en materia de procedimiento penal, exteriorizado entre otros en el nuevo Código de Procedimiento Penal promulgado con la reciente Ley N° 19.696, de 12 de octubre de 2000, especialmente con sus artículos 141 y 153. De acuerdo al artículo 141 —cuyo epígrafe se titula “improcedencia de la prisión preventiva”—, “no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca ‘desproporcionada’ en relación, entre otros casos, con ‘la sanción probable’”. Y, en conformidad con el artículo 153, “el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva” cuando decretare

sobreseimiento definitivo o temporal. Estas dos disposiciones, si bien aún no están vigentes, ponen de manifiesto lo “desproporcionada” que resultaría en este caso, también a la luz de la nueva legislación, una prisión preventiva dispuesta obligadamente en las circunstancias advertidas ya en esta opinión, en que se encuentran actualmente acumulados en autos antecedentes que considera bastantes para sostener que la eventual responsabilidad penal del inculpado señor Pinochet se encontraría extinguida tanto por la amnistía como por la prescripción de la acción penal, por lo que no se vislumbra entonces “sanción probable” alguna que dé caracteres de firmeza a un auto de procesamiento como el que ha sido objeto de revisión en el presente fallo.

Por consiguiente, en concordancia con los demás razonamientos precedentes, y habiendo fundado la revocatoria del auto de procesamiento precisamente en la norma especial de excepción contemplada en el artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal, el Ministro disidente, además de la revocatoria, consecuentemente con ella, y en el ámbito estricto de dicha disposición legal, estuvo por disponer:

1. que el señor Augusto Pinochet Ugarte conservará su calidad de inculpado;

2. que se deja sin efecto la prisión preventiva dispuesta a su respecto en la decisión final del auto de procesamiento apelado, disponiéndose su inmediata libertad, si a la fecha no estuviere privado de ella por otro motivo; y

3. que, antes de ser puesto en libertad, deberá designar domicilio, quedando obligado a presentarse a todos los actos del sumario para que fuere llamado.

El señor Ministro Instructor de la causa reelevará los antecedentes, en su oportunidad, para el conocimiento de la apelación deducida a fojas 5.983, y concedida a fojas 5.987, en contra de las decisiones I y II de la resolución de 25 de enero de 2001, escrita a fojas 5.868.

Redacción de la Ministro señora Araneda, y del voto disidente, su autor.

Devuélvase con sus tomos traídos a la vista.

El Ministro señor Villarroel estuvo por disponer, además, se devuelva junto con el proceso, el legajo de las minutas dejadas por los abogados en estrados durante la vista de la causa.

N° 9.828-2001.

Dictada por la Primera Sala de Verano de esta Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señora Gabriela Pérez Paredes, señor Cornelio Villarroel Ramírez y señora Sonia Araneda Briones. □