

Santiago, Junio 09, 2000

Por considerarlo de suma importancia, además con un gran fundamento jurídico y de trascendencia histórica, ponemos en su conocimiento el voto de Minoría en la petición de desafuero del honorable Senador don Augusto Pinochet Ugarte, ex presidente de la República.

**Comité de Recuperación de la Verdad Histórica Chilena**

Juan de Dios Carmona  
Abogado

Mario Arnello  
Abogado

## **VOTO DE MINORIA DE MINISTROS QUE ESTUVIERON POR EL RECHAZO DEL DESAFUERO**

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

### **A.- LOS HECHOS HAN DEBIDO SER DE CONOCIMIENTO DE LA CAMARA DE DIPUTADOS Y DEL SENADO DE LA REPUBLICA:**

1° que el desafuero de autos no sólo ha sido solicitado respecto de una persona que en la actualidad ostenta el cargo de Senador Vitalicio, sino que además tiene en consideración que el que se dé lugar a la formación de causa tiene por objeto enjuiciarlo criminalmente por la participación que le asistiría en ilícitos penales que habrían perpetrado delegados y subordinados suyos precisamente durante su gobierno.

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

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

4°) Que el artículo 48 de la Constitución Política de la República, al referirse en su número 2° a la atribución de declarar si han o no lugar las acusaciones

constitucionales señala a) Del Presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el Presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo.

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

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

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

7°) que es conveniente hacer presente que esta corte de apelaciones en cada caso anterior ya se pronunció en el sentido señalado; en efecto, conociendo del caso de los sesenta y tres jóvenes, universitarios y obreros del partido Nacional Socialista, fusilados el cinco de septiembre de 1938 en el edificio del Seguro Obrero, por funcionarios de Carabineros, se pronunció en el sentido antes expuesto, declarando que no podía procederse por tales hechos contra el

Presidente de la República, Don Arturo Alessandri Palma, por tratarse de un acto de administración, siendo necesario para ello una acusación constitucional previa, la que fue posteriormente formulada y rechazada por la Cámara de Diputados;

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

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

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

#### **B.- SE HAN INFRINGIDO LAS NORMIAS DEL DEBIDO PROCESO:**

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

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

actuaciones que digan relación con el Diputado o Senador a quien se imputen los delitos (Art. 616 del C.P.P.); y seguir adelante el procedimiento en contra del congresal (Art. 618 del C.P.P.);

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

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

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

La segunda dispone:

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

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

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

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

13º) Que, del texto de una y otra disposición - la primera de carácter legal, y la

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

14º) Que, de esta forma, cobra vigencia la tesis que hemos sostenido en otros trámites de desafuero, en el sentido que al juez de la causa le corresponde decidir si en los antecedentes aparecen contra el parlamentario datos que podrían bastar para decretar su detención, examen que obligatoriamente debe realizar y que resulta ser previo y diferente de aquel que en su oportunidad ¿corresponderá a la Corte de Apelaciones respectiva, la que, reunida en tribunal pleno, deberá a su turno efectuar la revisión, ahora de mayor rango que la anterior, acerca del mérito que arroje el análisis de las pruebas y de las razones que emanen del proceso, que le servirán para emitir el dictamen, el que abarcará necesariamente tanto la existencia de los hechos imputados - que deberán revestir caracteres de delito -, cuanto los antecedentes acerca de la participación, respecto de la cual deberán fluir no sólo fundadas sospechas contra el congresal sino igualmente datos ciertos de haber tenido éste intervención como autor, cómplice o encubridor;

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

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

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

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

Nuestro país no ha estado ausente en el reconocimiento de la necesidad de otorgar a los nacionales una mayor protección, concretándose ella mediante la obligación impuesta al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas, como se lee del inciso 30, del N° 3°, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de 1980;

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

la libertad individual y las imposiciones de aquélla.

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

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

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

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

21°) Que, además de aquellas normas constitucionales, debe tenerse en cuenta la influencia indudable que deben tener las disposiciones contenidas en tratados y convenciones suscritas e incorporadas en nuestra legislación, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica, que impone a los Estados contratantes el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su

jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Art. 10, Capítulo I, Parte I).

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

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

23º) Que, sobre el estado de salud del Senador Vitalicio no existen otros antecedentes que las aseveraciones del Gobierno de Chile, de sus abogados y los informes de salud y resoluciones del Ministro del Interior Británico señor Jack Straw, es público y notorio que el Gobierno Chileno pidió al Gobierno de Gran Bretaña la liberación del Senador Vitalicio, invocando motivos de salud que no le permitían afrontar el procedimiento de extradición pasiva a España a que estaba siendo sometido, solicitud que se hizo por la vía diplomática, siendo respaldada por informes médicos que indicaban que habla habido un deterioro significativo y reciente en su salud, antecedentes que el Ministro del Interior Inglés no consideró concluyentes, pero que sí lo movió a pedir al senador que se sometiera a exámenes médicos con un equipo de profesionales designados por él. El objeto era obtener un informe independiente, global y fidedigno sobre los hechos clínicos pertinentes. Procede entonces el Secretario de Estado Inglés, con la asesoría de la Máxima Autoridad Médica, a seleccionar un equipo de profesionales que cubría la gama de las especialidades requeridas y que no tenían interés personal indebido en el caso.

Fueron designados: Sir John Grimley Evans, Miembro del Real Colegio Médico, Profesor de Geriátría Clínica en la: Universidad de Oxford, Vicepresidente del Real Colegio Médico y experto en el cuidado del adulto

mayor de la Organización Mundial de la Salud; El Dr. Michael Denham, Doctor en Medicina, Miembro del Real Colegio Médico (Londres y Edimburgo), Miembro de la Asociación Real de Letras, médico consultor en Medicina Geriátrica en el Northwick Park Hospital de Londres, ex - presidente de la Sociedad Británica de Geriátrica y autor de numerosos trabajos sobre el cuidado del adulto mayor; El Profesor Andrew Lees, Doctor en Medicina, Miembro del Real Colegio Médico, Profesor de Neurología en el Hospital Nacional de Neurología y Neurocirugía de Londres, especialista en trastornos del movimiento y demencia y médico asesor y Codirector de la Sociedad del Mal de Parkinson que domina el idioma español, y La Dra. María Wyke, Licenciada en Letras Doctora en Filosofía, Neuropsicóloga Asesora, que también domina este idioma.

Los exámenes médicos se realizaron en español en el Northwick Park Hospital de Londres, durante aproximadamente seis horas, el 5 de enero de 2000, la División de Cooperación Judicial del Ministerio del Interior, mediante una carta extendida en idioma inglés, comunica al Sr. Michael CAPLAN, abogado del Senador Augusto Pinochet Ugarte, que el Ministro del Interior resolvió que no ordenará la extradición del Senador Pinochet a España y que no otorgará la Autorización para proceder en relación con las solicitudes de extradición de Bélgica, Francia o Suiza, y que tampoco adoptará medida alguna respecto de la carta rogatoria de 15 de Enero de 2000 enviada por el juez Garzón, ni respecto de aquella de 24 de enero de 2000 dirigida por el juez Vandermeersch. En definitiva, fue el estado de salud del Senador Augusto Pinochet Ugarte, caracterizado por un deterioro moderado/grave de su función intelectual, que supera al que provocaría su edad, y la consiguiente incapacidad para enfrentar un juicio en Inglaterra, España, Francia o Suiza, en ninguna parte, lo que decidió al Sr. Straw a tomar la resolución de liberarlo y permitir el regreso a su país;

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

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

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

**C.- LOS DISIDENTES CONCLUYEN QUE NO HAY PRUEBAS QUE COSTITUYAN LAS FUNDADAS SOSPECHAS DE PARTICIPACION, QUE COMO AUTOCOMPLICE O ENGCUBRIDOR EXIGE LA LEY EN EL QUERELLADO.**

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

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

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

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

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

31°) Que, en efecto, atendiendo tanto la causal en que se funda la petición de desafuero, como a las razones propuestas y desarrolladas en los alegatos por los abogados de los querellantes y del Consejo de Defensa del Estado, vale decir, en cuanto se le atribuye al senador la calidad de autor inductor en los delitos tipificados en autos, o una autoría mediata, o, en subsidio, encubrimiento, cabe precisar lo siguiente: Apoyándose en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, algunos tratadistas han perfilado el concepto de autor mediato, entendiéndolo como aquel que en forma consciente y deliberada hace actuar por él a otro cuya conducta no reúne todos los requisitos para ser punible (Cury, Enrique, Derecho Penal, Tomo II, página 246; Novoa Monreal,

Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II, página 180 y siguientes). La circunstancia de que la doctrina coincida generalmente en que para que exista autoría mediata se requiere que quien ejecuta la conducta típica se valga de un tercero inocente, ya sea porque su conducta no es antijurídica, ya porque es inimputable o porque no es culpable, descarta absolutamente que tal figura sea aplicable en el caso en análisis. Ello, porque el hecho de que el general Arellano y demás miembros de su comitiva estén sometidos a proceso como autores de los secuestros calificados impide que se le tenga como instrumentos inocentes, usados por el entonces General Pinochet, para cometer los citados ilícitos materia del auto de procesamiento;

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

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

34°) Que la naturaleza de la misión encomendada por el entonces Comandante en Jefe del Ejército, General Pinochet, al general en servicio activo Sergio Arellano Stark, debió constar en un documento oficial respecto de cuya existencia a la época existen los testimonios contestes de Ariosto Lapostol Orrego, Oscar Haag Blaschke, Joaquín Lagos Osorio y Eugenio Rivera Desgroux. Pues bien, de lo dicho por los citados comandantes de las unidades militares, a los cuales les fue exhibido por el general Arellano, puede deducirse que el contenido de dicho documento oficial se refería a la condición de Oficial Delegado clara y únicamente para cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales o para revisar y acelerar los procesos;

35°) Que, sobre la oportunidad que pudo existir para que el Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno encomendara a un

oficial delegado suyo tareas que debían cumplirse en diversas ciudades del país en materia de procedimientos judiciales, conviene tener presente la siguiente legislación dictada en la época:

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

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

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

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

36°) Que el General Augusto Pinochet, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército, detentaba, como se ha dicho, el pleno ejercicio de la jurisdicción militar de las fuerzas a su mando, las que delegó en los términos señalados en el general Arellano, por lo que de esta delegación, efectuada en términos generales y dentro del marco legal, no es posible derivar la existencia de una orden concreta de su parte, dada a un General de la República, que, como el General Arellano, intervino en las distintas actuaciones del Ejército, previas, y determinantes del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973, según consta en autos; o a miembros de la comitiva de éste, para matar o secuestrar clandestinamente a personas detenidas y ya sujetas a un procedimiento judicial, al margen de los procedimientos, o desconociendo lo obrado o decidido en ellos, si como se ha dicho tenía en su mando la facultad de revocar o modificar las sentencias emitidas por los Consejos de Guerra.

Falta, pues, absolutamente, aún en calidad de meros indicios, los elementos

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

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

Agrega también el General Lagos que, con fecha 31 de octubre de 1973, a petición del Comando de las Fuerzas Armadas (COFFA), dirigió un oficio secreto al Comandante en Jefe del Ejército con una relación pormenorizada de las ejecuciones que fueron ordenadas por el Delegado del Comandante en Jefe, Arellano, en su territorio jurisdiccional, y de las ordenadas por el Comando de Agrupación Jurisdiccional de Seguridad Interior (CAJSI), documento que obra a fojas 1885 y que, citado a Santiago por el Comandante en Jefe su ayudante, Coronel Enrique Morel, que no ha declarado en el proceso, le transmitió la orden de eliminar toda referencia a lo obrado por el General Arellano, haciendo una sola lista. En el documento en cuestión se lee manuscrito, al lado de las ejecuciones supuestamente ordenadas por Arellano, la expresión No hubo Proceso Sumarísimo, expresión que no ha sido materia de pericia;

38°) Que la denuncia efectuada por Lagos a Pinochet, y bajo el supuesto de ser cierto que fue éste quien ordenó la modificación introducida al oficio conductor, la que no está justificada en autos, habrían constituido a lo más respecto del senador -a la época Presidente de la Junta de Gobierno- actuaciones posteriores a los presuntos actos de secuestro perpetrados en el

mes de octubre de 1973, lo que impide aún y una vez más la supuesta sospecha de coautoría por inducción;

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

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

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

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

43°) Que el profesor y tratadista don Enrique Cury Urzúa, en su obra Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, año 1985, señala que el conocimiento a que se refiere el citado artículo 17 tiene que referirse a la ejecución de la conducta

típica, y no es menester que abarque también el resultado consumativo, opinión que interesa al tipo delictivo secuestro, que se refiere a una conducta permanente. De tal apreciación, y de acuerdo a la figura penal que se ha tenido por justificada en autos, la normativa a aplicar en materia de encubrimiento estaría constituida en la especie por el artículo 17 del Código Penal, antes de la reforma introducida por el N° 1 del artículo 2° de la Ley N° 19.077, de 28 de agosto de 1991, o sea, en su texto vigente a la época de los hechos.

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

44°) Que, de acuerdo a lo reseñado, y sea que se considere una u otra de las situaciones antes analizadas, resulta improcedente desaforar al senador de que se trata, por tratarse, en ambos casos, de conductas que sólo autorizan citación, en el primer caso sancionada con pena de falta, y en el segundo con pena de inhabilitación situación prevista en el artículo 247 N° 2 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto y en todo caso no concurre en la especie la exigencia de que la conducta autorice la detención del inculpado, tal como lo previene el artículo 612 del Código de Procedimiento Penal. Así lo ha resuelto, por lo demás, la jurisprudencia, en decisiones que los disidentes comparten, vr.gr. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo L, año 1953, sección IV, página 22; Gaceta de los Tribunales año 1933, 2° semestre, sección penal, página 421;

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

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

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

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

Si se tiene en cuenta la definición del secuestro en el art. 141 de nuestro código punitivo, los hechos antes descritos no encuadran en ella, y sabido es que en nuestro derecho penal, el delito debe corresponder a una figura tipificada previamente a la comisión del ilícito; en Chile no se puede recurrir a figuras penales existentes en el extranjero o por analogía, ya que en materia penal al juzgador no le cabe sino ceñirse a la legislación existente. Los dos

hechos más arriba mencionados no permiten configurar el delito de secuestro ya que todos están contestes en que se sacó a las personas de que se trata, del lugar en que se encontraban para darles muerte, y la circunstancia de que sus cadáveres no haya sido posible encontrarlos, transforma el hecho en una conducta que no está contemplada en la ley; pero no es posible ante un vacío de ésta, buscar una respuesta jurídica que se aparte de la realidad, haciendo que hechos no contemplados en un determinado tipo penal, pasen por decisión judicial a formar parte de él, ya que eso sólo lo puede hacer la ley. A lo anterior hay que agregar que los supuestos delitos de secuestro, dada la ubicación de este ilícito en el Código Pena sólo pueden ser cometidos por particulares, lo que no sucede en este caso, ya que según los antecedentes que obran en la causa, los participantes eran militares que estaban en funciones. Tampoco es posible pretender que en la actualidad continúan secuestradas las personas, ya que no hay en autos antecedentes que permitan creer que los procesados están o han estado en situación de mantenerlos en dicha forma. En suma, estima la disidente que en esta causa no existen elementos que permitan sospechar, suponer o presumir que se han cometido los secuestros de que se trata.

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

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

1º) Que el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, conforme al epígrafe del título que lo contiene, establece las diversas maneras de iniciar el proceso por crímenes o simples delitos perseguibles de oficio. El artículo 107, por su parte, establece que, antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los

antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculcado, agregando que en este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio. El artículo 456 bis del mismo Código dispone por su parte, que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley. Pues bien estos dos últimos preceptos constituyen principios fundamentales que orientan el proceso penal chileno, y se traducen, en síntesis, en que tanto el inicio y la substanciación misma del proceso penal, cuanto la sentencia que habrá de recaer en él, han de enmarcarse necesaria y rigurosamente en el doble ámbito de la ley procesal que regla por una parte la substanciación de la causa, y, por otra, de la ley sustantiva aplicable al ilícito penal de que en cada caso específico se trate,

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

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

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

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

5°) que las conclusiones de los Informes Médicos aludidos en el parecer de minoría indicaban, ya en enero del presente año, que el Senador Pinochet estaba incapacitado para enfrentar un juicio y que no se podía esperar ninguna

mejoría significativa de su condición. Y fue sobre la base precisa de tales conclusiones científicas que el órgano competente del gobierno inglés consideró que el Senador Pinochet está incapacitado para enfrentar un juicio. Se señala por dicha autoridad que a ese momento el Senador Pinochet no estaría mentalmente capacitado para participar en forma coherente en un juicio, sobre la base: de su falta de memoria, tanto respecto de hechos recientes como de hechos remotos; de su capacidad limitada para comprender oraciones complejas y preguntas, debido al deterioro de su memoria, y a una consiguiente incapacidad para procesar adecuadamente información verbal; de su capacidad limitada para expresarse de un modo audible, sucinto y pertinente; y de la fácil tendencia a la fatiga. El Secretario inglés consideró que todos estos factores tienen una potencial relación con la capacidad mental del Senador para participar en un juicio, a su capacidad para relacionar y entender la información que se le entregue, y para comprender oraciones y preguntas complejas y procesar información verbal. Añade que con estos impedimentos, el Senador Pinochet sería incapaz de seguir el proceso de un juicio siquiera en forma suficiente como para instruir a sus abogados, tendría dificultad para entender el contenido e implicancias de las preguntas que pudieran formularsele, y problemas para darse a entender al responder las preguntas. Continúa exponiendo que las discapacidades identificadas en los informes médicos se deben a un daño cerebral generalizado cuyos principales episodios parecieran haber ocurrido durante septiembre y octubre de 1999, cuando el Senador Pinochet sufrió varios ataques de apoplejía, los que no se deben al proceso natural del envejecimiento. Se destaca que los facultativos consideraron que era probable que se deteriorara más su condición tanto física como mental, que si bien alguna fluctuación diaria en su capacidad funcional era característica del daño cerebral debido a una enfermedad cerebrovascular, y que era improbable que se produjera una mejoría funcional sostenida de un grado significativo. Muy especialmente, se expresa que no había evidencia de que el Senador Pinochet estuviera tratando de fingir discapacidad, que los impedimentos eran de naturaleza coherente y se manifestaban en forma sistemática, que las pruebas neurocognitivas no mostraron ninguno de los rasgos de exageración deliberada y que no existe una posibilidad práctica de que los resultados de los tests neuropsicológicos hubieran sido manipulados mediante una preparación. Expresa, en un juicio que el previniente plenamente comparte, que el principio de que una persona acusada debería ser mentalmente capaz de seguir los procesos, instruir a sus abogados y proporcionar pruebas coherentes es fundamental para la idea de un juicio justo por lo que el juicio que se pretende seguir a un acusado, en las condiciones que al Senador Pinochet se diagnosticaron, y por los cargos que se han

formulado en su contra en la causa, no podría ser un juicio justo en ningún país y violaría el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos en aquellos países que son parte de la misma;

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

7°) que, si lo que hasta ahora se ha venido exponiendo cree el previniente es el corolario obligado de la interpretación de la ley y de los dictados de la razón, cuanto más nítida aparece su aplicación si se tiene en cuenta la magnitud del proceso al que se pretende someterle. En efecto: en las querellas de fs. 152j 563, 781, 975, 1207 y 1710, se dice que en octubre de 1973, la Junta de Gobierno, presidida por el General Augusto Pinochet Ugarte, que asumió el poder total el 11 de septiembre había declarado mediante los Decretos Leyes 3 y 5 de 1973 el Estado de Sitio con el carácter de Estado de guerra Interno; que en mérito de esa declaración entraron en funcionamiento los Tribunales Militares de tiempo de guerra y se aplicó la penalidad de tiempo de guerra; que la obligación de investigar y sancionar estos delitos cometidos durante el régimen militar, presidido como Jefe de Estado y Jefe del Gobierno por el General (r) Augusto Pinochet Ugarte, está establecido en el artículo 6° de la Ley 19. 123; se alude en las querellas a la finalidad de la política de ese régimen, al derrocamiento del Gobierno Democrático del Presidente Salvador Allende por las Fuerzas Armadas y de Orden, a la formación de una Junta Militar de Gobierno encabezada por el General Augusto Pinochet Ugarte, al estado de sitio por conmoción interna, a una supuesta potestad legislativa utilizada torcidamente a través de la amnistía, favoreciendo al propio autor de la norma y quienes han sido agentes de su sistema, haciéndose referencia expresa en la Querella de fs. 1710 a una página oscura de nuestra historia y a la calidad de miembros de servicios de seguridad y funcionarios de las Fuerzas Armadas de los culpables;

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

9º) Que, en todo caso el previniente representa expresamente la impropiedad de los sostenido por la defensa del Senador, en cuanto postula que el haber el gobierno inglés liberado a aquél por motivos de salud impediría por sí solo su procesamiento no sólo en ese Estado sino en cualesquiera otro. En efecto, no obstante admitir tal pretensión pero sólo por el personal conocimiento de su razonabilidad, considera el mismo opinante que ella carece por sí sola de eficacia a la luz de los preceptos constitucionales que gobiernan la situación de los procesados en Chile, desde que son los tribunales chilenos los únicos competentes para conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, facultad que, como expresa el inciso 1º del artículo 73 de la Carta Fundamental, pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. En consecuencia, las opiniones emitidas por órganos de otra jurisdicción no están llamados a regir por sí solos en nuestro ordenamiento, salvo siempre el personal convencimiento de sus jueces. Y el mismo principio ha de regir aún cuando haya sido el propio gobierno chileno el que solicitó también por razones de salud y humanitarias la liberación del afectado y su entrega a su país de origen, puesto que, aunque según el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política está entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, no podría admitirse en modo alguno que la autoridad nacional haya podido considerarse facultada, en el ámbito de esa misma prerrogativa, para comprometerlas ya indicadas atribuciones exclusivas de los Tribunales chilenos, al tenor de lo prescrito ~ en el mismo inciso 1º de la Carta, según el cual, ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales...;y

10º) que, finalmente, en un procedimiento de esta clase no puede olvidarse que el desafuero es un instituto de excepción, desde que con él se interrumpe

o suspende la dignidad o privilegio constitucional de los parlamentarios, lo que obliga siempre a la, interpretación fidedigna del propósito del constituyente, expresado en el artículo 58 de la Carta Fundamental, cual el de mantener sólida e invulnerable la estabilidad de los distintos Poderes del Estado, estabilidad que la Constitución salvaguarda tanto mediante la inamovilidad y fuero parlamentarios cuanto mediante la inavocabilidad del Ejecutivo y del Congreso en toda materia de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia. Por consiguiente, al pronunciarse sobre el desafuero, esta Corte está obligada a dar aplicación estricta y rigurosa a todos los principios jurídicos en juego, denegando la formación de causa contra un Diputado o Senador si, como en el caso de la especie, el proceso consiguiente estaría llamado a llevarse a cabo sin la observancia debida a las garantías de que por mandato superior de la Constitución y de la ley ha de gozar el afectado no sólo durante la substanciación del juicio correspondiente sino aún desde el inicio del mismo. Se previene que los Ministros Srta. Morales y Sr. Araya, concurren a rechazar la petición de desafuero, teniendo únicamente presente los argumentos reseñados en el acápite C.- del voto de minoría. La Srta. Morales y el Sr. Araya, además, estiman que sin perjuicio de compartir los razonamientos contenidos en los numerales 11 a 21 del acápite B.- de dicho voto, y las razones expuestas en los números 1 al 4 de la prevención del Ministro Sr. Villarroel, que después de lo ya decidido por esta Corte en resolución de 26 de abril pasado, escrita a fojas 3322, y atento a lo que se resuelve por el presente fallo, corresponde al juez de la causa decretar las medidas conducentes a establecer por los medios de prueba legales, si es posible iniciar en contra del el senador Pinochet un debido proceso legal. En relación a lo razonado en el considerando 46 del voto de minoría, únicamente dejan expresa constancia que concurren al rechazo del desafuero, sin desconocer la gravedad de los ilícitos que se investigan, y la repercusión que han causado tanto en el ámbito de los familiares y amigos de las víctimas, cuanto en el seno de la comunidad nacional.

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

Los Ministros Sr. Juica, y Sras. Pérez y Araneda, fueron de opinión de recomendar al Sr. Ministro Instructor que tenga presente lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. Se deja constancia que los Ministros Sres. Rodríguez, Oyarzún y González, estuvieron por instruir al señor juez de la causa en el sentido de que, como actuación previa a cualquier diligencia o resolución a adoptar en el proceso, dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal respecto del

examen de salud mental que debe practicarse a las personas inculpadas mayores de 70 años.

Aducen para formular tal recomendación las siguientes razones:

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

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

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

4°) Que, sin embargo, pronunciada en el presente caso la resolución que declara haber mérito para la formación de causa, franqueándose con ello la apertura del juicio penal, donde legalmente corresponde estudiar la responsabilidad que al inculpado le atribuye la parte querellante, cobra

vigencia en esa instancia procesal la norma del precitado artículo 349 del Código de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley N° 18.857 de 1989, que establece diversas enmiendas a dicho cuerpo normativo con miras a fortalecer y desarrollar el principio del debido proceso, al que, con la frase racional y justo procedimiento se aludía, como garantía procesal básica, en el texto entonces vigente - y hoy perfeccionado- del artículo 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución Política de la República; reforma legal que, entre otras modificaciones, reconoció varias facultades para la actuación de las personas inculpadas en el sumario criminal y, en lo que atañe a la situación que en este caso interesa, dispuso, por medio del precepto referido en el preámbulo de estas consideraciones, con carácter imperativo, la pericia médica psiquiátrica de los imputados mayores de 70 años;

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

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

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

enero de 1991; atendido lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la mencionada Carta Fundamental.

Se deja constancia que los Ministros Sr. Ballesteros, Sra. Camposano, Sres. Pfeiffer, González, Valenzuela, Kokisch y Villarroel, Srta. Morales, Sres. Araya, Díaz y Cisternas, estuvieron por decretar como medida para mejor resolver, los exámenes médicos solicitados por la defensa del senador Pinochet .Notifíquese. Ejecutoriada que sea esta resolución, comuníquese al Sr. Presidente del Honorable Senado de la República, y, en su oportunidad7 devuélvase el expediente al tribunal de origen, conjuntamente con los demás antecedentes traídos a la vista. Regístrese.

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