caja 11 M (1-1)

MINUTA CORTE SUPREMA

Ricardo Rivadeneira M.

Alego por el senador don Augusto Pinochet Ugarte, por encargo de su abogado y apoderado don Gustavo Collao Mira.

Solicito **se revoque** la sentencia en alzada

En subsidio, reitero lo que mi parte tiene solicitado por escrito a V.E., esto es, que se resuelva la petición de que se practiquen exámenes médicos a mi defendido, petición que el apoderado del senador Pinochet formuló al Pleno de la Iltma. Corte de Apelaciones de esta ciudad, antes de los alegatos, sin que este tribunal emitiera pronunciamiento. Se limitó, en cambio, a dejar constancia en el fallo mismo en alzada, que 11 ministros "estuvieron por decretar, como medida para mejor resolver, los exámenes médicos solicitados por la defensa del senador Pinochet". Con lo cual quedó subentendido que los otros 11 votaron en contra.

Mi alegato se dividirá en cuatro capítulos:

1.- No se dan los requisitos para que proceda el desafuero, porque en el proceso no aparecen datos que basten para someter a proceso al senador Pinochet y, ni siquiera, para decretar su detención.- 2.- La tramitación del procedimiento especial de desafuero no ha respetado las exigencias del debido proceso.- 3.- Los Tribunales Ordinarios de Justicia carecen de jurisdicción para dasaforar y juzgar al senador Pinochet por "actos de su

hechos delictuosos los que se pretende constituyen el delito de secuestro calificado de 19 víctimas ¿a qué otros hechos delictivos podía referirse la defensa del senador Pinochet? Si el desafuero no se pidió por homicidios calificados, ni por inhumaciones legales, ni por torturas, ni por genocidio, ¿ cómo podía el abogado del senador extender su defensa oral también a hechos que pudieran configurar esos otros ilícitos?

Es obvio que esta realidad procesal no ha podido cambiar por el solo hecho de que el juez de la causa haya ordenado elevar "todos los antecedentes" para los efectos de tramitar el desafuero.

Al invocar la sentencia como fundamento del desafuero, hechos delictivos diferentes de aquellos por los cuales se requirió el desafuero, únicos en torno a los cuales ha podido desarrollarse la defensa del senador, los sentenciadores incurrieron en manifiesta **ultra petita**, **porque extendieron su resolución a hechos inconexos con los que fueron materia de la petición de desafuero y de la defensa**.

Por otra parte, al proceder de ese modo atropellaron una norma elemental de **debido proceso**, puesto que terminaron accediendo al desafuero de un senador de la República, **atribuyéndole hechos delictuosos sobre los cuales su defensa no pudo ser oída**, pues ni siquiera fueron mencionados al pedirse el desafuero.

En el considerando 7) los sentenciadores aluden al inciso segundo del art. 612 del C. de Proc.Penal, que faculta a las Cortes de Apelaciones para emitir **de oficio** pronunciamiento acerca de un desafuero, en caso de estar "viendo el proceso por cualquier otro motivo".

Ello es así, pero es evidente que ninguna Corte de Apelaciones podrá sentirse autorizada para desaforar a un senador o diputado **sin que la causa haya sido vista en Pleno, oyendo a la defensa del parlamentario.**

Para lo cual necesariamente tendrá previamente que informar al parlamentario de los cargos que aparezcan en su contra, esto es, **del hecho delictuoso que se le imputa,** porque de otro modo no se advierte como podría defenderse.

Recordemos que en la **querella de capítulos**, que permite hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, se exige que se especifiquen **"con toda precisión los capítulos de acusación, y se indicarán los hechos que constituyan la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado".** (C.P.P. art. 624). ¿Puede interpretarse que el legislador haya querido algo enteramente diferente en el caso de desafuero de parlamentarios?

Razón de fondo:

Pero más allá de las poderosas razones procesales señaladas, existe una **razón de fondo** por la cual los sentenciadores no pudieron acceder al desafuero del senador Pinochet imputándole participación en hechos constitutivos de homicidios calificados e inhumaciones ilegales, delitos ambos de ejecución instantánea perpetrados en octubre de 1973.

Tal razón de fondo consiste en que resulta **inconcebible, incomprensible, anómalo e incluso abusivo,** que en un proceso penal pueda desaforarse a un senador o diputado, suspendiéndole del ejercicio de su cargo, **invocándose delitos de ejecución instantánea que en el mismo proceso han sido considerados cubiertos por una ley de amnistía.**

Además delitos de ejecución instantánea consumados, en este caso, en octubre de 1973, hace 27 años, respecto de los cuales no sólo concurre la amnistía, sino también, como es obvio, la prescripción.

Si V.E. confirmara la sentencia que concedió el desafuero, aceptando que puede fundarse también en los delitos de homicidios calificados e inhumaciones ilegales, se produciría en este proceso la situación absurda,

gravemente irregular, consistente en que, por una parte, nuestra Justicia habría negado lugar, como lo ha hecho, a la petición de los querellantes de someter a proceso por esos ilícitos a quienes se considera **ejecutores materiales inmediatos y directos** de los mismos, en razón de que esos delitos, de ejecución instantánea, se encuentran cubiertos por la ley de amnistía de 1978. Y por otra, esa misma Justicia accedería a desaforar al senador Pinochet, en razón de que existirían sospechas de su participación penal en esos mismos hechos reconocidamente amnistiados, considerándolo **instigador** de los mismos, al haberlos ordenado o inducido, o cómplice o encubridor. Sin perjuicio de que, además, esos ilícitos de ejecución instantánea, cometidos en octubre de 1973, hace casi 27 años, están más que prescritos a su respecto, pues la primera querella en su contra se presentó hace dos años.

Pienso que V.E. no permitirá que se consolide **un absurdo de esta dimensión**.

Para apoyar **su decisión de invocar también delitos amnistiados como hechos delictuosos que pueden servir de fundamento al desafuero**, esto es, los delitos de homicidio e inhumación ilegal de 54 víctimas, los sentenciadores, en el considerando 10), citan lo declarado por la Segunda Sala de esta Excma. Corte Suprema en la sentencia que confirmó el rechazo del recurso de amparo que interpusieron los procesados impugnando el auto de procesamiento.

La declaración a la que se hace referencia es la siguiente: **"Dada la naturaleza de los delitos acreditados, no es posible por ahora resolver acerca de la aplicación de la ley de amnistía y/o prescripción, cuestión que, en todo caso, es materia del fondo"** (reflexión 10).

No cabe ninguna duda que esta afirmación se refiere exclusivamente a los delitos de secuestros calificados materia del auto de procesamiento, cuya condición de delitos permanentes, como es por demás sabido, dificulta resolver acerca de la aplicación a su respecto tanto de la ley de amnistía como de la prescripción.

Si la Segunda Sala de V.E. hubiere considerado que no cabe considerar la amnistía y la prescripción respecto de delitos de ejecución instantánea consumados en octubre de 1973, como son los de homicidio calificado e inhumaciones ilegales de 54 víctimas, de oficio habría ordenado ampliar el auto de procesamiento dictado en los autos también a estos delitos.

SEGUNDA CUESTION:

Plantea el tema relativo a si el caso de las 19 de las 73 víctimas, **configura realmente el delito de secuestro calificado materia del auto de procesamiento**,. **O bien, si al igual que el caso de las otras 54 víctimas, el delito que se configura es el de homicidio**, calificado o no, figura de ejecución instantánea, **"perpretado, consumado y agotado"** en octubre de 1973 y, por tanto, igualmente amnistiado.

Este tema se vincula con la **cuestión relativa a si el pleno de la I. Corte de Apelaciones estuvo obligado, precisamente por la existencia de ese auto de procesamiento, a dar por establecido, para los efectos del desafuero, que los hechos invocados configuran ese delito y no el de homicidio calificado.**

Ni para el pleno de la I. Corte de Apelaciones, ni mucho menos para este pleno de V.E., ha podido o puede ser **vinculante** la calificación penal de los hechos que se contienen en el auto de procesamiento. Ello por una razón muy simple: porque el auto de procesamiento, dictado por el Ministro

Guzmán, sólo fue revisado en alzada por una de las ocho salas de la Corte de Apelaciones, y conocido, en apelación de un recurso de amparo, por una de las cuatro salas de V.E.

Si al conocer un desafuero el pleno de los tribunales superiores estuviere obligado a respetar lo resuelto por una de sus salas, **no se ve para qué la misma Constitución y, por cierto también el C. de Proc. Penal y el C. O. de T., establecen que el desafuero debe conocerse en pleno.**

Esta defensa solicita formalmente que V.E. declare que las 19 de las 73 víctimas cuyos cuerpos no han sido encontrados, no fueron víctimas del delito de secuestro previsto en el art. 141 del C. Penal. Sino que corrieron igual suerte que las 52 restantes, esto es, que fueron igualmente muertas.

Para ello esta defensa invoca, **aparte de que el pretendido "secuestro" no habría sido cometido por particulares, sino por funcionarios uniformados, las razones siguientes:**

A) El sólido argumento contenido en el voto de la Ministro señora Raquel Camposano, relativo a que "los antecedentes reunidos en el proceso no permiten tener por justificada la existencia de los delitos de secuestros... En efecto, hay dos hechos establecidos: uno, que a los presuntos secuestrados se les dio muerte, ya que todos los comandantes de los regimientos declaran que fueron fusilados y así lo reconocen los procesados ... a fs. 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 supuestos secuestrados fueron encerrados o privados de libertad en un lugar ignorado hasta el momento".

B) Las únicas razones que se han dado para considerar el caso de las 19 de las 73 víctimas como constitutivo de secuestros y no de homicidios, consisten en afirmar:

1°) que a pesar de existir certificado de defunción respecto de estas 19 víctimas, "en la identificación de los cadáveres y en las inscripciones de defunción se incurrió en variadas irregularidades"; y

2°) que hasta la fecha no se encuentran esos cadáveres.

Es verdad que los arts. 121 y siguientes del C. de Proc. Penal ordenan que se practiquen determinadas diligencias para comprobar el delito de homicidio, especialmente la identificación del occiso y su autopsia. Estas normas fueron perfeccionadas por la Ley 18.857, de diciembre de 1989, esto es, con mucha posterioridad a octubre de 1973.

Si bien estos preceptos son obligatorios para el juez, **ello no significa que la identificación y la autopsia sea el único medio de prueba para acreditar la muerte de la víctima y para dar por establecido el cuerpo del delito de homicidio**. La muerte de la víctima, y el delito de homicidio mismo, pueden sin duda acreditarse por todos los medios de prueba que autoriza el C. de Proc. Penal, incluyendo las presunciones y con la sola exclusión de la confesión del inculpado.

Entenderlo de otro modo, significaría que no podría sancionarse como autor de homicidio al sujeto que no se limita a matar a su víctima, sino que, además, destruye el cuerpo del occiso, incinerándolo, disolviéndolo o dinamitándolo, por ejemplo, precisamente para que no sea identificado ni sometido a autopsia. Frente a un caso de esas características, ¿ podría mantenerse el criterio según el cual no corresponde procesar ni condenar por homicidio sino por secuestro?

C) El art. 320 del C. Penal describe la conducta constitutiva del delito de inhumación ilegal como la de inhumar **"contraviniendo a lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto del tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones"**. Si el cadáver de la víctima de un delito de homicidio es inhumado sin que se haya cumplido con las formalidades relativas a la inscripción de la defunción en el Registro Civil, lo cual requiere identificación y autopsia previas, se incurrirá en un concurso de delitos. Esto es, en homicidio y en inhumación ilegal. **En ningún caso podrá interpretarse que, por no haberse cumplido las exigencias de identificación, autopsia e inscripción regular de la defunción en el Registro Civil, desaparecen los delitos de homicidio e inhumación ilegal y pasa a configurarse el delito de secuestro.**

D) El art. 141 del C. Penal describe como **secuestro** la conducta del sujeto que **"sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad"**.

Es un hecho no discutido que las 19 víctimas, al igual que las 54 restantes, se encontraban en cárceles, o en otros lugar de detención. Esto es, habían sido detenidas y se encontraban ya encerradas, de modo que estaban privadas de la libertad ambulatoria que es el bien jurídico protegido por la figura del secuestro. En otras palabras, no se puede detener a quien está ya detenido, ni encerrar a quien está ya encerrado.

E) En el considerando 10° de la sentencia en alzada se dice que "tampoco los letrados han negado la existencia de los hechos punibles que sirven de sustento a la petición de desafuero".

Este letrado, que es el mismo que alegó en el pleno de la Corte de Apelaciones, tiene que desmentir con mucha energía esa afirmación, porque no corresponde para nada a la realidad.

Como antes señalábamos, el único delito que los querellantes invocaron al solicitar el desafuero (aparte de la asociación ilícita) fue el de secuestro calificado de las 19 víctimas.

Pues bien, como consta en la minuta entregada y en la grabación correspondiente, este abogado negó en su alegato que hayan existido los hechos que el art. 141 inciso cuarto del C. Penal describe como constitutivos del delito de secuestro calificado. Esto es, negó que las 19 víctimas hubieran sido **encerradas o detenidas** por los hechores, funcionarios públicos y no particulares, mucho menos por más de 15 días. Fueron, en cambio, retiradas del lugar en que se encontraban ya detenidas y ese mismo día fueron muertas. Sin que, a diferencia de lo sucedido en el caso de las otras 54 víctimas, se hayan encontrado sus cadáveres. Por eso esta defensa señaló que en este caso no cabe hablar de "detenidos desaparecidos", sino de "cuerpos desaparecidos".

El auto de procesamiento no describe la conducta incriminada como **"encerrar** o **detener"**, sino como **"sustraer"**, que es un verbo diferente.

Es conveniente recordar que en la misma audiencia este abogado señaló que el auto de procesamiento por secuestros calificados no tiene un fundamento legal, sino emocional: el deseo de un juez humanitario de gastar sus energías en la tarea de buscar los cuerpos no encontrados de personas ejecutadas. Para ello se ha querido mantener abierto el sumario, procesando por un delito no alcanzable por la ley de amnistía de 1978: el delito de secuestro del art. 141 del C. Penal. Este es el verdadero origen y fundamento, a nuestro juicio, del auto de procesamiento dictado en la causa.

Motivado no sólo por el deseo de esforzarse en la búsqueda de detenidos desaparecidos y en la búsqueda del cuerpo desaparecido de ejecutados, sino también porque, cuando el auto de procesamiento se dictó hace un año, no se divisaba todavía que pudiera prosperar un acuerdo como el

que recién ahora se alcanzó en la llamada "**Mesa de Diálogo**", en el que se establece un mecanismo para conocer el destino de los detenidos desaparecidos, así como para encontrar el cuerpo desaparecido de los ejecutados, entre otros, el de las 19 víctimas a que se refiere la causa que tenemos entre manos.

El abogado que habla está seguro que el Ministro Guzmán, así como los demás jueces que confirmaron y aprobaron el auto de procesamiento dictado por él, movidos por la necesidad de respaldar su tarea de buscar personas y cuerpos desaparecidos, tienen que haber acogido positivamente la decisión de las propias FF AA y Carabineros, de asumir ellas esa tarea, con el respaldo de todo el país.

TERCERA CUESTION:

Si se considerara - equivocadamente a nuestro juicio -, que en este procedimiento de desafuero no cabe sino aceptar lo establecido en el auto de procesamiento, esto es, que estaría acreditado el cuerpo del delito de secuestro calificado de 19 víctimas, nos corresponde ocuparnos de la cuestión de si existen en el proceso **antecedentes que permitan presumir, o al menos sospechar**, que al senador Pinochet le cupo participación en esos secuestros calificados.

Si bien no como **ejecutor material**, inmediato y directo, (lo cual nadie supone), sí como **autor instigador**, impartiendo órdenes o induciendo a los ejecutores materiales actualmente sometidos a proceso. O bien como cómplice de estos ejecutores materiales.

La cuestión relativa a si bastan **sospechas fundadas** para decidir un desafuero, o bien si se requieren **presunciones**, depende de la

interpretación que se de al art. 58 de la actual Constitución y el peso que se conceda a la historia de su establecimiento.

A juicio de esta defensa, en el proceso no se puede encontrar antecedente alguno, rastro de ninguna naturaleza, que permita fundar ni siquiera sospechas de participación del senador en los secuestros calificados en cuestión.

Hay que añadir que tampoco en ninguno de los otros tres delitos invocados en la sentencia como fundamento para dar lugar al desafuero.

Este criterio se apoya en las tres consideraciones siguientes:

(1ª) La participación que en la sentencia en alzada se atribuye al senador Pinochet, no aparece referida a ningún hecho concreto, por tanto tampoco a hechos constitutivos de secuestros calificados; **(2ª)** Las únicas dos sospechas de participación que se invocan, sin referirlas a hechos determinados, se fundan en antecedentes equivocados; y **(3ª)** A la luz de los arts. 15 y siguientes del C. Penal, no puede imputarse participación penal alguna al senador Pinochet.

PRIMERA CONSIDERACION DEMOSTRATIVA DE FALTA DE PARTICIPACIÓN .-

La participación que en la sentencia en alzada se atribuye al senador Pinochet, no aparece referida a ningún hecho concreto, por tanto tampoco a hechos constitutivos de secuestros calificados.-

La sentencia destina los considerandos 12, 13, 14 y el 15 a señalar los antecedentes del proceso que, a juicio de los sentenciadores, constituirían sospechas fundadas de participación del senador Pinochet.

administración" como ex Jefe de Estado, por no haber sido declarado culpable en un juicio político previo.- 4.- El desafuero de un senador o diputado no es un mero trámite, pues aduciéndose presunciones, o al menos sospechas de participación en un hecho delictuoso, se le suspende del ejercicio de sus funciones.-

CAPITULO PRIMERO.-

NO SE DAN LOS REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL DESAFUERO, PORQUE EN EL PROCESO NO APARECEN DATOS QUE BASTEN PARA SOMETER A PROCESO AL SENADOR PINOCHET Y, NI SIQUIERA, PARA DECRETAR SU DETENCION.-

Los requisitos para que proceda el desafuero de los diputados y senadores están establecidos en **el art. 58 de la Constitución** Política y en el **art. 612 del C. de Proc.Penal**.

De acuerdo con esta norma legal, en el proceso deben existir **datos que "basten para decretar la detención de un inculpado"**. Esto es, según dispone el N° 1° del art. 225 del mismo Código, **debe estar "establecida la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito"** y deben existir **"fundadas sospechas"** de participación en ese hecho del diputado o senador que se intenta desaforar.

Las exigencias de la norma constitucional (norma que, en virtud del **principio de supremacía**, obviamente debe preferir) son más estrictas: **deben concurrir los requisitos para someter a proceso**. Esto es, de conformidad con el art. **274 del C. de Proc. Penal**, debe estar **justificada la**

Estos considerandos resultan no sólo **insuficientes**, sino muy poco **prolijos**.

Ello porque la participación no aparece referida a hechos delictuosos determinados, previamente declarados constitutivos de delito, (o al menos con caracteres de delito), señalándose en qué habría consistido la participación del senador en relación con cada uno de ellos.

Tratándose de una eventual participación del senador Pinochet en un concurso de personas en unos mismos hechos delictuosos, el principio dogmático de la convergencia, exige que todos los intervinientes converjan, objetiva y subjetivamente en un mismo hecho o hechos.

¿Cómo saber si en la participación que se pretende del general Pinochet en los hechos imputados a los ejecutores materiales concurre la convergencia objetiva y subjetiva que se exige para que pueda existir participación, si los jueces ni siquiera señalan de qué hechos se trata?

Vimos que, de acuerdo con las citas legales contenidas en la parte resolutiva de la sentencia en alzada, los delitos que se consideraron como fundamento para hacer lugar al desafuero fueron los dos de ejecución permanente: **secuestros calificados** (único materia del auto de procesamiento) y **asociación ilícita**; y dos de ejecución instantánea: **homicidios calificados** e **inhumaciones ilegales**, expresamente excluidos del auto de procesamiento, en razón de la amnistía.

Si los sentenciadores resolvieron que los delitos que debían considerarse para los efectos del desafuero eran esos cuatro, es en relación con cada uno de ellos, o con lo hechos que configuran cada uno de esos cuatro ilícitos, que debieron fundamentar la participación del senador cuyo desafuero

se intenta, especificando si esa participación que se le atribuye es en calidad de autor, cómplice o encubridor.

Atribuir participación al senador Pinochet en cualquiera de los delitos que los sentenciadores consideraron para los efectos de dar lugar a su desafuero, **es tarea imposible.** Por eso es que los sentenciadores, cuando abordan el tema de la participación, **lo hacen sin precisión alguna. Esto es, sin indicar de qué manera participó el senador Pinochet en cada uno de los hechos delictuosos considerados para desaforarlo.**

SEGUNDA CONSIDERACION DEMOSTRATIVA DE FALTA DE PARTICIPACION.-

Las únicas dos sospechas que se invocan en los considerandos 12, 13, 14 y 15, resultan equivocadas e inconducentes. Y, por lo mismo, no fundadas.

PRIMERA SOSPECHA:

Los considerandos 12, 13 y 14 las exponen en los términos siguientes:

- Que en octubre de 1973, el general Pinochet, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército, **"era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempo de guerra, con arreglo a lo estatuido por los artículos 74 y 75 del Código de Justicia Militar, pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades"** (Considerando 12);

- Que el carácter de Presidente de la Junta de Gobierno lo mantuvo el general Pinochet hasta fines de 1974, cuando en virtud del Decreto

Ley N° 806 recién se le designó Presidente de la República por la propia Junta (Considerando 13); y

- **"Que bajo el prisma de los enunciado en las dos motivaciones precedentes, nace la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio, la que se apoya en aquella delegación de sus funciones jurisdiccionales como jefe máximo de los tribunales militares en tiempo de guerra que exhibió el general Sergio Arellano Stark a los comandantes de las unidades castrenses que con su comitiva visitó en cumplimiento de esa delegación, desde fines de septiembre hasta medidados de octubre de 1973. Aun cuando el documento respectivo no consta en autos, a él hacen referencia los jefes operativos que tuvieron ocasión de verlo e imponerse de su contenido "** (Considerando 14).

Sobre esta primera de las dos sospechas cabe señalar:

1°) No puede ser más equivocada la premisa que sientan los sentenciadores según la cual el general Pinochet, en su calidad de Comandante del Ejército, "era la autoridad superior de los tribunales militares en tiempo de guerra, con arreglo a lo estatuido por los artículos 74 y 75 del C. de Justicia Militar, pudiendo delegar el todo o parte de estas facultades".

Es equivocada porque, a la época de los hechos, el General en Jefe del Ejército a que se refieren los artículos 74 y 75 del C. de Justicia Militar, no era el general Pinochet, sino la Junta de Gobierno, la cual delegó el ejercicio pleno de la jurisdicción militar que en tal calidad le correspondía, en los comandantes de las unidades operativas a lo largo del país.

Así lo demuestran los antecedentes que siguen:

a) El mismo día 11 de septiembre de 1973, la Junta dictó el decreto ley N° 3, por el cual declaró en Estado de Sitio todo el territorio de la

República, "**asumiendo esta Junta de Gobierno la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operarán en la emergencia**";

b) El día siguiente 12 se dictó el decreto ley N° 5 que declara, interpretando el art. 418 del C. de Justicia Militar, que el Estado de Sitio decretado debe entenderse "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la legislación penal correspondiente;

c) El mismo día 12 se dictó el decreto ley N° 8, mediante el cual la Junta de Gobierno **delegó** el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales como General en Jefe, en los comandantes de las unidades operativas a lo largo del país;

d) El 1° de octubre del mismo año 73 se dictó el decreto ley N° 51, por el cual se derogó el inciso segundo del art. 75 del C. de Justicia Militar, que impedía a la Junta, en su calidad de General en Jefe, delegar la facultad de aprobar sentencias que imponían la pena de muerte.

2°) Siendo equivocada la premisa invocada por los sentenciadores, **cae por su base "la primera sospecha fundada sobre la participación culpable del senador vitalicio"** a que se refiere el considerando14.

3°) Está claro que el general Pinochet, como Comandante en Jefe del Ejército, **no estaba investido de ninguna facultad jurisdiccional en tiempo de guerra**. Estas facultades correspondían a la Junta de Gobierno, en su calidad de General en Jefe del Ejército que operaba en esa emergencia. **La Junta**, **por un decreto ley, las delegó** en los comandantes de las unidades operativas a lo largo del territorio.

Siendo así, **el documento que el general Arellano exhibió** a los comandantes de las unidades que visitó, **no pudo contener ninguna delegación de facultades jurisdiccionales por parte del general Pinochet**,

que carecía de ellas. Por otra parte, ninguno de los jefes que declaran haber leído el documento en cuestión, afirma que ese haya sido su contenido.

Invocando lo declarado por el propio general Arellano y demás jefes militares que vieron ese documento, en el auto de procesamiento se concluye que su contenido se refería a una **misión consistente en "cumplir labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales, pudiendo revisar y acelerar los procesos"**.

Si se recuerda que la Junta de Gobierno, junto con asumir como General en Jefe, delegó la plenitud de sus facultades jurisdiccionales en tiempos de guerra en los comandantes militares operativos a lo largo del país, **es más que explicable que el general Pinochet, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta, se preocupara** que los subordinados suyos en quienes la Junta, **no él**, había delegado funciones tan delicadas, las ejercieran no de manera arbitraria o descuidada, sino de acuerdo con criterios comunes y uniformes de justicia y eficiencia.

Esta preocupación del general Pinochet debió quedar expresada en el documento mediante el cual designó al general Arellano como "Oficial Delegado" suyo.

Después de 27 años, no ha sido posible encontrar alguna copia del mismo.

Pero corre agregado al expediente otro documento, de fecha próxima a octubre de 1973, en el que consta la señalada preocupación del general Pinochet por el correcto funcionamiento de los tribunales militares en tiempo de guerra, especialmente en lo relativo a aplicar criterios uniformes de administración de justicia en tiempo de guerra.

Nos referimos al documento que corre a fs.3130. Se trata de una **"Orden de Comando"**, fechada 19 de junio de 1974, suscrita por el general Pinochet, como Presidente de la Junta de Gobierno y Comandante en Jefe del Ejército, bajo el título "Centralización administración de Justicia en los Cdtes. en Jefes Divisionarios", dirigida a éstos, pero con orden de publicarse en el Boletín Oficial del Ejército.

En este documento, luego de recordar el citado decreto ley N° 8 de septiembre de 1973 por el cual la Junta de Gobierno delegó sus facultades jurisdiccionales de General en Jefe en los comandantes de las unidades operativas, el general Pinochet señala a estos comandantes que **"la experiencia recogida aconseja, en lo posible, uniformar criterios en orden a la calificación jurídica del o los hechos investigados y de las penas que se impongan por estos hechos, ya que no es conveniente, como se ha podido observar, que un mismo acto pueda ser calificado en diferentes formas y, por ende, sancionado con penas, también diferentes**".

No pudo ser otro el sentido de la misión que el general Pinochet encomendó al general Arellano en octubre de 1973. Ni demasiado distinto el contenido del documento en que se expresó su objeto.

En todo caso, **ni de las declaraciones de quienes leyeron el documento que expresaba esa misión, ni de ningún otro antecedente, puede deducirse que ella haya tenido por objeto matar personas al margen de procesos militares en tiempo de guerra, debidamente tramitados. Ni mucho menos, secuestrarlas y hacerlas desaparecer para siempre.**

SEGUNDA SOSPECHA:

La segunda de las dos únicas sospechas es desarrollada en el Considerando 15 y se funda exclusivamente en el testimonio del general **Joaquín Lagos**, entonces Comandante de la Primera División del Ejército, con sede en Atofagasta. Interesa a los sentenciadores los siguientes **puntos vinculados al testimonio del general Lagos**, en torno a los cuales construyen la segunda sospecha:

1) **La cuenta verbal** que el general Lagos dio al general Pinochet en el aeropuerto de Antofagasta, la tarde del 19 de octubre de 1973, en relación con los sucesos acaecidos en esa ciudad y en Calama;, "de los cuales responsabiliza a la comitiva encabezada por su oficial delegado general Sergio Arellano Stark, entrevista donde aquél (el general Pinochet) **negó haber dado tales órdenes y trató de comunicarse infructuosamente con Arellano por teléfono, en vista de lo cual le dejó recado de volver inmediatamente a Santiago"**.

2) La relación del número y nómina de ejecutados en su territorio jurisdiccional, "la que confeccionó incluyendo separadamente aquellos ajusticiados por la comitiva de Arellano Stark y los muertos por orden de los comandantes de guarnición".

3) La orden que recibió a fines de octubre de 1973, de trasladarse a Santiago "con todos los sumarios de los ejecutados en su territorio jurisdiccional, lo que cumplió con un **oficio conductor** que contenía igual diferenciación".

4) La orden que le transmitió el ayudante del Comandante en Jefe de rehacer dicho **oficio conductor**, "omitiéndose lo obrado por Arellano, para refundir todo en una sola lista general de fusilados, y fue así como a la mañana siguiente, en las oficinas de la propia Comandancia en Jefe del Ejército

en Santiago, le escribieron otro documento, ajustándose a las nuevas instrucciones".

5) Se indica que A fs. 736 rola el **"oficio conductor"** inicial entregado por el general Lagos, fechado en Antofagasta el 30 de octubre de 1973, conteniendo la lista de 63 víctimas. Se deja constancia que en él se advierte un **resumen final tarjado** y una **anotación marginal manuscrita** que dice: "No hubo proceso sumarísimo", cuya procedencia no se ha determinado.

6) Se indica también que a fs. 735 obra un **"oficio remisor"** del anterior, suscrito por el mismo general Lagos, fechado el 31 de octubre de 1973 en Antofagasta y dirigido al Comandante en Jefe del Ejército.

7) Finalmente se señala que el general Lagos ha manifestado "su extrañeza porque ninguno de los miembros de la comitiva del general Arellano ni éste resultaron sancionados, sino que, por el contrario, se les premió con ascensos, mandos de gran jerarquía y destinaciones en misiones en el exterior".

En relación con esta **segunda sospecha**, estructurada en torno a esos 7 dichos y actuaciones del general Lagos, resumidos en los puntos anteriores, nos corresponde observar:

1°.- Ni en la información verbal ni en la información escrita entregada por el general Lagos, se hizo referencia alguna a conductas constitutivas de secuestros. En ambos casos el general Lagos se refirió a "ejecuciones". No a secuestros.

2°.- En la información escrita, tanto en la lista de ejecutados como en el "oficio remisor" de la misma, se refirió a "**personas ejecutadas en el CAJSI. I.D.E." (Comando del Area Jurisdiccional de Seguridad Interior Primera División del Ejército)** a su cargo.

Es muy importante advertir que al referirse el general Lagos a "personas ejecutadas", no está señalando que se trate de personas que hayan sido muertas al margen de algún proceso judicial en tiempo de guerra, regular o irregular. Ello es obvio, si se considera que de las 62 personas incluidas en su lista, 10 las señala como **ejecutadas por resolución de él mismo**, en su calidad de General Comandante del CAJSI.

En el llamado **"oficio remisor"**, corriente a fs. 735 (diferente del "oficio conductor", que es el que contenía la lista de ejecutados), el general Lagos habla de **"las ejecuciones por resolución del suscrito"**.

Es de notar que entre estas 10 personas ejecutadas por resolución de él, el general Lagos incluye a los tres ejecutados en Copiapó, (los señores García, Tapia y Castillo, ex ejecutivos de la Cía. de Cobre El Salvador), que forman parte del grupo de 19 víctimas del delito de secuestros calificados materia del auto de procesamiento, porque sus cuerpos están entre los que no han sido encontrados hasta ahora.

A pesar que el general Lagos reconoce en sus oficios que fue él quien ordenó ejecutar a esas 3 personas, las que individualiza por su nombre, la Justicia ha dado tan poca importancia a estos documentos, que por esas 3 ejecuciones no ha intentado someter a proceso a quien reconoce haber resuelto estas ejecuciones. En cambio sí consideró procedente someter a proceso, **como autores del delito de secuestro calificado de estas 3 víctimas**, al general Arellano y a los demás miembros de su comitiva.

Ahora, sin embargo, ese mismo documento que, con razón, no se ha invocado para atribuir responsabilidad al general Lagos, se invoca para atribuir participación al senador Pinochet y privarlo de su fuero, también en relación con el supuesto "secuestro calificado" de esas tres personas que el general Lagos señala fueron ejecutadas en Copiapó por orden de él.

3°.- Si se lee el llamado **"oficio remisor"** con el que el general Lagos entregó el listado de personas ejecutadas ("oficio conductor"), se advierte que estos antecedentes no fueron entregados a solicitud del general Pinochet. Si hubieren sido entregados a solicitud del Comandante en Jefe, se habría indicado así en la referencia.

Los antecedentes los entregó el general Lagos por la razón que señala en el párrafo 3 del mismo **"oficio remisor"**:

"Estos antecedentes se remiten a US. en consideración a las permanentes consultas que están formulando diversos organismos desde Santiago, especialmente el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Cruz Roja Internacional, a los cuales se ha indicado que tales informaciones deben ser solicitadas por vía oficial".

4°.- Si alguien al que se identifica como ayudante del general Pinochet pidió al general Lagos **que corrigiera** la forma de presentar su primer listado de ejecuciones, **no puede interpretarse esta gestión como un intento de encubrir hechos delictuosos**, sino simplemente como una manera de facilitar que ese listado pudiera ser entregado a la Cruz Roja y al Ministerio de Relaciones Exteriores, **sin incluir la grave afirmación de que el general Arellano había ordenado ejecutar 53 de las 63 víctimas**.

No debe olvidarse que el General Arellano, desde el primer día y hasta ahora mismo, ha negado terminantemente haber dado la orden de ejecutar a esas personas.

Si el general Arellano había negado ante el general Pinochet, **como ha negado siempe hasta ahora,** invariablemente, haber dado la orden de fusilar las víctimas mencionadas por el general Lagos, **¿Cómo podía permitir el Comandante en Jefe del Ejército que se remitiera a la Cruz Roja y al Ministerio de Relaciones Exteriores, diez días después de ocurridos**

existencia del delito que se investiga y deben aparecer, no simples sospechas fundadas, sino "**presunciones fundadas**" de participación.

La historia del establecimiento del art. 58 de la actual Constitución es clarísima al respecto. Como anexo a la minuta de mi alegato dejaré copia del **Acta N° 293** de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Todos los comisionados, luego de un largo debate sobre el tema, coincidieron en lo dicho. Por otra parte, el texto del art. 58 de la actual Constitución es muy semejante al art. 32 de la Constitución de 1925. Pero mientras éste establecía que ningún diputado o senador "**puede ser acusado, perseguido o arrestado**", la norma de la actual Constitución señala que no "puede ser **procesado** o privado de libertad". La historia del establecimiento de la disposición constitucional vigente otorga toda su significación a la introducción de la palabra "procesado" que no se contenía en la correspondiente de la Constitución de 1925.

El considerando 13 del voto de minoría se hace cargo de esta cuestión. Le da importancia a la expresión "hacer lugar a la formación de causa".

No me detendré más en este punto, porque estoy seguro que en el proceso no sólo no existen presunciones de participación de mi defendido en los hechos que pueden invocarse como fundamento del desafuero que se intenta, sino que ni siquiera pueden aducirse sospechas de participación suya en tales hechos.

En las materias en que sí me detendré son las siguientes:

Primera, la crucial cuestión de **cuál es el hecho, o cuáles son los hechos constitutivos de delito, o al menos que presenten caracteres de delictivo, en relación con los cuales ha podido tramitarse y acogerse el desafuero.**

los hechos, la nómina preparada por el general Lagos, en la que se daba como un hecho cierto que el general Arellano había ordenado fusilar 53 personas?

¿Habría sido prudente de parte del general Pinochet permitir que se diera curso a una información de esa gravedad, apoyada en la sola palabra del G. Lagos, reconocidamente predispuesto en contra del general Arellano, como consta reiteradamente en el proceso?

La intención al ordenar la corrección no pudo ser la de **encubrir los hechos**. Pues si hubiere sido ésta, se habría ordenado corregir **no sólo el "oficio conductor"** (la lista de ejecutados), sino también el **"oficio remisor"**, en el que se indica lo mismo. **Se ordenó corregir el "oficio conductor", porque era la única manera de poderlo enviar a la Cruz Roja y al M. de Relaciones Exteriores, sin prejuzgar sobre los hechos.**.

5°.- En cuanto a que en el **"oficio conductor"** inicial, antes de ser corregido, puede advertirse una anotación marginal manuscrita que dice: "No hubo proceso sumarísimo", debe observarse que esa frase termina con **un signo de interrogación**, signo que le otorga todo su sentido. Pues quienquiera que haya escrito esa anotación marginal, partía de la base que las 65 personas ejecutadas mencionadas por el general Lagos, incluyendo las 10 fusiladas por orden de él mismo, tenían que haberlo sido como consecuencia de algún proceso, aun cuando hubiese sido sumarísimo. De ahí la interrogante: ¿No hubo proceso sumarísimo? Lo cual se liga con lo que el mismo general Lagos declara en orden a que "se le ordenó trasladarse a Santiago con todos los sumarios de los ejecutados en su territorio jurisdiccional". **Luego, el que impartía esas órdenes partía de la base que habían existido sumarios (procesos), aunque fueran "sumarísimos".**

En cuanto a que el resumen final aparece tarjado, ello no puede ser más fácil de explicar. Pues en ese resumen final no se habla ya de "ejecutados por orden del Delegado del Comandante en Jefe (C.J.E)", sino de "ejecutados por orden del Comandante en Jefe del Ejército (C.J.E.)". ¿Podía aceptarse que se enviara a la Cruz Roja y al Ministerio de Relaciones Exteriores un documento en el que, seguramente por error de máquina, se deslizaba una afirmación de ese tenor?

6°.- En lo relativo a que, según lo declarado por el general Lagos, "ninguno de los miembros de la comitiva del general Arellano, ni éste, resultaran sancionados, sino que, por el contrario, se les premió con ascensos, mandos de gran jerarquía y destinaciones en misiones en el exterior", debe señalarse que no consta que esos ascensos y destinaciones se hayan producido después de ocurridos los hechos, esto es, después de mediados de octubre de 1973, **y el 31 de diciembre del mismo año**. Esto es, en ese período de dos meses y medio. Después de esta última fecha, los ascensos y destinaciones volvieron a ser de resorte, **no del Comandante en Jefe**, sino de las Juntas Calificadores y de Apelación, de acuerdo con la Ley Orgánica y los reglamentos entonces vigente del Ejército. **El decreto ley N° 33, de 21 de septiembre de 1973**, entregó el ejercicio de esas atribuciones al Comandante en Jefe, **pero sólo por el año 73.**

7°.- En lo relativo a que ni el general Arellano ni los demás miembros de su comitiva resultaron sancionados por los hechos que el general Lagos informó al general Pinochet, tanto el general Lagos como los sentenciadores no debieron olvidar que, de acuerdo con la ley expresa vigente en la época de esos hechos, el general Pinochet carecía de facultades jurisdiccionales para aplicar sanciones penales. Tales facultades **correspondían exclusivamente a la Junta de Gobierno, en su calidad de**

General en Jefe. Y la Junta de Gobierno las había delegado, por un texto legal expreso: el decreto ley N° 8 de 12 de septiembre de 1973, en los comandantes de las unidades operativas del territorio nacional. Por tanto, también en el general Lagos, en su calidad de CAJSI (Comandante del Area Jurisdiccional de Seguridad Interior) de la Primera División del Ejército, con sede en Antofagasta.

Si alguien, pues, **en las circunstancias tan extremadamente anormales que el país vivía en octubre de 1973**, debió esclarecer y sancionar los hechos que el general Lagos informó al general Pinochet, no fue otro que el propio general Lagos, única autoridad dotada de facultades para ello.

Pretender ahora que debió hacerlo el general Pinochet, que no estaba facultado para ello y que, además, en las circunstancias más difíciles que el país ha vivido en su historia, había aceptado tomar sobre sí las responsabilidades propias de Jefe del Estado, con todo el cúmulo de quehaceres y preocupaciones que ello implicaba, **es formular una exigencia muy poco razonable**, si no se olvidan las condiciones tan complejas de seguridad interior en que el general Pinochet debía gobernar el país en esos días.

Ninguna de las dos sospechas fundadas consideradas por los sentenciadores, esto es, la delegación de facultades jurisdiccionales que el general Pinochet habría hecho en el general Arellano, y los informes orales y escrito que el general Lagos entregó al general Pinochet, revisten, pues, fuerza o solidez alguna. De manera que V.E. no puede mantenerlas como respaldo para privar de su fuero al senador Pinochet.

TERCERA CONSIDERACION DEMOSTRATIVA DE FALTA DE PARTICIPACION:

Creemos haber dejado en claro que las únicas dos "sospechas" de participación del senador Pinochet en los hechos delictuosos invocados para dar lugar a su desafuero, **no son fundadas**, carecen de solidez y no sirven para **hacer creer** que pudo caberle alguna participación, por mínima que sea, en los delitos de **homicidios calificados** e **inhumaciones ilegales de 54 víctimas**, **ilícitos de ejecución instantánea** perpetrados en octubre de 1973 y, por lo tanto, **amnistiados y prescritos**.

Y es absolutamente impensable, inconcebible, que esas "sospechas" puedan servir para establecer algún rastro de participación en el delito materia del auto de procesamiento y en relación con el cual se pidió el desafuero. Esto es, el delito de secuestro calificado de 19 víctimas.

Porque ni un solo testigo, ni un solo documento, ni la más mínima pista, alude a que el Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno y, en esta calidad, Jefe del Estado en la época, haya ordenado a los ejecutores materiales sometidos a proceso, secuestrar a 19 víctimas.

Los muchos enemigos internos y externos del general Pinochet pueden atribuirle y, de hecho le atribuyen, haber ordenado o instigado la comisión de muy variados delitos. Pero se necesita una imaginación desatada, sin límites, para atribuirle haber ordenado o instigado el secuestro de las 19 víctimas materia del auto de procesamiento : 3 en Cauquenes, 3 en Copiapó y 13 en Calama.

La orden tendría que haber consistido en que los integrantes de la comitiva del general Arellano "detuvieran" y "encerraran" (verbos rectores del tipo del art. 141 del C. Penal) **a esas 19 personas que ya se encontraban detenidas y encerradas en recintos de reclusión en esas**

ciudades. Y que las mantuvieran encerradas no sólo más de 90 días, sino indefinidamente, pues no se sabe que hayan sido liberadas hasta hoy.

Si seriamente un tribunal de derecho quisiera estructurar una sentencia en que quedara demostrada la participación del senador Pinochet, no en hechos indeterminados o vagos, como sucede en la sentencia en alzada, sino en hechos concretos constitutivos del delito de secuestro calificado previsto en el art. 141 del C.Penal en relación con esas 19 víctimas, estoy seguro que ese tribunal emprendería una tarea imposible, no sólo a la luz del derecho, sino a la luz de lo que es racional y presentable ante la opinión de la gente común.

En todo caso, en el campo del derecho, es imposible atribuir participación al general Pinochet aplicando las normas legales vigentes en nuestro país.

No necesito recordar aquí que la participación penal es de derecho estricto. Se rige por los textos legales vigentes y no admite aplicación analógica o extensiva. Ni interpretaciones doctrinarias válidas a la luz de normas positivas vigentes en otros países.

Veamos si es posible derivar alguna sospecha de participación aplicando esos artículos 15 y siguientes de nuestro C. Penal.

1°) Por cierto debe descartarse una eventual intervención del senador Pinochet como autor material o ejecutor de los hechos constitutivos del delito de secuestros calificados materia del auto de procesamiento. Ni tampoco en los hechos constitutivos de los otros delitos invocados en la sentencia en alzada.

2°) También hay que descartar una eventual participación del senador Pinochet en calidad de autor a la luz de lo que establece el N° 3° del art. 15 de Código Penal. Aparte de que no existe antecedente alguno en los

autos que permita fundar alguna presunción, o al menos sospecha, de que el senador Pinochet **se haya concertado** con quienes se encuentran procesados como autores de los secuestros calificados, facilitándoles los medios para llevarlos a cabo o presenciando los hechos sin tomar parte inmediata en ellos, la idea misma del concierto resulta inconcebible en la relación jerárquica que existía entre quien se desempeñaba como Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno, y subordinados suyos sujetos a estricta disciplina militar, con los cuales no necesitaba concertarse para que ejecutaran su voluntad.

3°) Resta por analizar si es posible establecer alguna forma de autoría a la luz de lo que establece en el N° 2° del citado art.15 del Código Penal.

Apoyándose en esta disposición, algunos tratadistas dan cabida en el Derecho Penal chileno al concepto de "**autor mediato**", perfilado de diversas maneras, pero generalmente entendido 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, pág. 236). En igual sentido, Garrido Montt, Mario, "Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito", pág. 312.

La circunstancia de que la doctrina, unánimemente, coincida 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, o porque es inimputable o porque no es culpable, descarta absolutamente que tal figura sea aplicable en el caso en análisis. Ello porque el hecho que los miembros de la **Comitiva** estén sometidos a proceso como autores de los secuestros calificados, impide que se les tenga como

instrumentos inocentes usados por el general Pinochet para cometer los ilícitos materia del auto de procesamiento.

En todo caso, en materia de autoría mediata es necesario ser cuidadoso respecto de criterios doctrinarios inspirados por textos legales distintos de los vigentes en Chile.

Por ejemplo, por lo dispuesto en el art. 28 del C. Penal español actual, de acuerdo con el cual "**Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. B) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".**

4°) Para agotar las posibles formas de autoría, queda solamente razonar en torno a la eventualidad de que el senador Pinchet haya obrado como **instigador** de los secuestros calificados, en alguna forma que pueda tener cabida en lo dispuesto por el N° 2° del art. 15 del Código Penal. Esto es, que hubiera forzado, no con fuerza física (vis absoluta), sino con fuerza moral (**vis compulsiva**), a militares sujetos a su mando, mediante **órdenes perentorias**, a cometer los diecinueve secuestros calificados materia del procesamiento. O bien que hubiere **inducido** directamente a esos uniformados a cometer esos ilícitos, formando en ellos la resolución de ejecutar los secuestros.

La inducción hay que descartarla, porque no es de suponer que el general Pinochet haya necesitado **persuadir o convencer** o de cualquier otro modo **mover la voluntad** de subordinados suyos, a los cuales le bastaba impartirles órdenes, para que llevaran a cabo determinadas conductas. Además el inducido no habría podido ser otro que el general Arellano, el cual a su vez habría inducido a los ejecutores materiales.Como es sabido, la inducción debe

ser directamente dirigida a la ejecución del hecho, no a inducir su ejecución. No existe inducción de inducción.

En cuanto a que a que el general Pinochet, en su calidad de Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la Junta de Gobierno haya forzado, con fuerza moral, impartiendo la orden de cometer los delitos que perpetraron los ejecutores materiales.

Entonces volvemos a la misma cuestión: ¿De dónde, de qué pieza del proceso puede extraerse alguna sospecha, la más mínima que sea, relativa a que el general Pinochet pudo impartir la orden a los miembros de la la Comitiva, se **secuestrar personas y mantenerlas en esa situación no sólo más de 15 días, sino indefinidamente, pues no se sabe que el encierro o la detención (elementos del tipo) haya tenido algún término antes de ahora?**

Repetimos que no sólo no hay sospechas de que haya dado orden de secuestrar a las 19 víctimas. **Tampoco hay sospechas de que haya ordenado cometer homicidio e inhumación ilegal en la persona de las 54 víctimas restantes**, delitos estos amnistiados y prescritos.

5°) Hay que descartar que el general Pinochet haya participado como cómplice en la perpetración del delito de secuestro calificado de 19 víctimas, pues no existe rastro que permita presumir, o al menos sospechar, que haya prestado alguna **cooperación** a los ejecutores materiales para que consumaran su delito.

6°) Finalmente, como es elemental, debe descartarse cualquier hipótesis de encubrimiento, porque de acuerdo con el art. 17 del C. Penal, sólo pueden ser encubridores los que intervienen "con posterioridad" a la ejecución del crimen o simple delito. Mientras no conste que se puso término a los hechos que el auto de procesamiento considera constitutivos de secuestro de las 19

víctimas, es legalmente imposible atribuir encubrimiento respecto de los mismos.

Claramente, pues, no existe elemento de ninguna naturaleza en el proceso, que permita fundar una sentencia de desafuero del senador Pinochet en presunciones, o al menos en sospechas, de que le cupo participación, como autor, cómplice o encubridor, en los hechos delictuosos invocados para desaforarlo

CAPITULO SEGUNDO.-

EN LA TRAMITACION DEL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIAL DE DESAFUERO NO SE HAN RESPETADO LAS EXIGENCIAS DEL DEBIDO PROCESO.-

Alegué por el senador señor Pinochet ante el Pleno de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y estoy alegando ahora ante el Pleno de V.E., por delegación y encargo de su abogado en la causa don Gustavo Collao Mira.

El abogado señor Collao, con antelación a mi alegato, había planteado por escrito ante la Iltma. Corte de Apelaciones la necesidad de que, antes de proseguirse con los trámites del desafuero, se practicaran **exámenes médicos**, para determinar si el senador estaba en **condiciones de salud** que le permitieran hacer frente, **como inculpado**, a este **procedimiento penal especial**, regido por uno de los títulos del Libro III del Código de Procedimiento Penal, en el cual la .Iltma. Corte debía decidir, **en sentencia definitiva**, si en el proceso existen o no **elementos de juicio, o datos, que permitan sospechar que al senador le cupo participación penal en los hechos delictivos invocados al solicitar su desafuero.**

Para ello el abogado del senador adujo:

- El art. 349 de referido Código: se trata de un inculpado mayor de 70 años;

- Los exámenes médicos practicados en Gran Bretaña a solicitud del Estado de Chile; y

- la necesidad de respetar las exigencias del **debido proceso**, de acuerdo con las cuales, no puede emprenderse o proseguirse procedimiento penal alguno, sin que el inculpado esté en condiciones de defenderse.

Se invocó el **debido proceso** recurriendo a disposiciones contenidas en la **Constitución Política** y en **Tratados Internacionales** de protección de Derechos Humanos.

El art. 19, N° 3, inciso 5°, de la Constitución establecía, hasta la última modificación de 1997, que **"toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".** La Ley 19.519, de 16 de Sept. 97, reemplazó "garantías de un racional y justo procedimiento", por **"garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"**.

Existe una **rica historia del establecimiento de la referida norma constitucional**, en la Comisión Redactora de la Constitución de 1980, sesiones 101, 102 y 103 de enero de 1975.

Consta en esas actas que se propuso inicialmente emplear la expresión "**debido proceso**". Pero a los miembros de la Comisión Redactora les pareció poco precisa. Se propuso entonces recurrir a los términos "**racional y justo procedimiento**". El Comisionado don Alejandro Silva Bascuñán, sin rechazar estos términos, insistió en que ellos todavía no eran suficientemente

Segunda, si los hechos que el auto de procesamiento considera **secuestro calificado de 19 víctimas**, configuran realmente ese delito, figura penal permanente. O bien si, al igual que en el caso de las 54 víctimas restantes, configuran el delito de **homicidio calificado**, **de naturaleza instantánea**. Y

Tercera, si existen presunciones fundadas, o al menos sospechas fundadas, de participación del senador Pinochet en los hechos delictivos **determinados** que pueden invocarse como fundamento del desafuero.

PRIMERA CUESTION:

Uno de los dos requisitos que debe concurrir para que proceda el desafuero consiste en que esté justificada la existencia de un delito, o al menos de un hecho que presente caracteres de delito.

En este caso el desafuero del senador Pinochet se vincula con hechos delictuosos imputados a miembros de la **Comitiva** que, en octubre de 1973, recorrió diversas ciudades del país, atribuyéndosele en el proceso un saldo trágico de **73 víctimas**.

De esas **73**, **54** han sido consideradas en el proceso víctimas de homicidios, **"perpetrados, consumados y agotados"** en octubre de 1973, hace casi 27 años, **por tanto amnistiados**, pues se cometieron dentro del período considerado por la ley de amnistía de 1978. Y además **prescritos**.

A **las 19 restantes** se les considera **víctimas de secuestros calificados**, delito permanente y, por tanto, considerado no cubierto por la amnistía ni prescrito, **en la medida en que no se sabe cuándo se puso término a su ejecución.**

precisos. Dejó constancia que la Constitución debía expresar con claridad la siguiente idea:

Para que un proceso se entienda que es debido, justo y racional, debe: "**Permitir a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa y produciendo la prueba. Un juicio en que la persona no conoce la acción, o no tiene la posibilidad, o no se le permite defenderse, debe ser evitado por el ordenamiento jurídico. Que el afectado por la acción la conozca oportunamente y se defienda, no sólo desde un punto de vista dialéctico, sino con relación a los hechos de la causa**".

En definitiva se aprobó la expresión "racional y justo procedimiento", pero con expresa constancia, para la historia de la norma constitucional, que ella incluye las exigencias señaladas por don Alejandro Silva. Anexo a esta Minuta fotocopia de esas actas de la Comisión Redactora de la Constitución.

En relación con los **Tratados**, se invocó el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica).

El principio básico de ambos tratados es el siguiente: el debido proceso exige que el inculpado **sea oído**. Por tanto, si por razones de salud el inculpado no puede ser oído, no puede existir debido proceso.

Ambos instrumentos contienen exigencias idénticas, como las siguientes:

- "Comunicación previa y detallada de la acusación formulada";
- "Concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa"; y

- "Derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

Recordábamos que el art. 5° de la Constitución obliga a todos los **órganos del Estado** no sólo a respetar, sino también a **promover** los derechos esenciales de las personas, incluyendo por cierto el derecho a ser juzgado respetando las exigencias del debido proceso. Por eso es que las exigencias propias del debido proceso deben ser materia de preocupación tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial, con un **sentido progresivo.** El legislador debe perfeccionar las normas procesales. Pero el Poder Judicial debe aplicarlas en la práctica de modo de hacerlas cada vez más exigentes en cuanto a que no puede tramitarse ningún procedimiento en contra de un inculpado que no esté en condiciones de ser oído, que no esté capacitado para defenderse.

Frente a las normas contenidas en la Constitución y en los tratados en materia de debido proceso, se invocan disposiciones del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, sobre inculpados o procesados que caen en locura o demencia.

De partida es necesario poner en claro que la defensa del senador Pinochet jamás ha invocado locura o demencia, ni como eximente de responsabilidad, ni como fundamento de incapacidad procesal. Ha invocado un grave deterioro de salud que le incapacita para hacer frente a procedimientos penales en su contra, lo cual es muy distinto.

Pero en todo caso, nosotros creemos que se incurre en un grueso error cuando se sostiene que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas a inculpados o procesados que, después de cometer el delito, caen en locura o demencia, serían las únicas que pueden

hacerse valer para evitar que un enfermo impedido de defenderse se vea obligado a hacer frente a procedimientos penales en su contra.

Así lo demuestran razones como las siguientes:

1°) El principio de la **supremacía constitucional,** así como el principio de la **supremacía de normas internacionales de protección de los derechos de las personas contenidas en tratados ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes**. La Constitución y los tratados deben aplicarse con preferencia respecto de la legislación común, calidad que reviste el Código de Procedimiento Penal;

2°) La obsolescencia del procedimiento penal chileno, actualmente en trámite de ser integralmente substituido; y

3°) El propio obsoleto Código de Procedimiento Penal ha tenido que ser paulatinamente actualizado en los últimos años, mediante modificaciones encaminadas a acercar sus disposiciones a las exigencias del debido proceso. Concretamente han apuntado en ese sentido las normas introducidas relativas a la información que el tribunal debe entregar al inculpado, así como a los derechos que se reconocen de éste antes de ser sometido a proceso.

Son ejemplos de lo dicho:

- El inciso tercero del art. 322 del Código mencionado, introducido por la Ley 18.857, de 1989, que dispone que **"el juez informará al inculpado cual es el hecho que se le atribuye y podrá hacerle saber las pruebas que existen en su contra, invitándolo en seguida a que manifieste cuanto tenga por conveniente para su descargo o aclaración de los hechos... y a indicar las pruebas que estime oportunas ... ".**

¿Qué pasa si el juez comprueba que el inculpado no está en condiciones de salud que le permitan recibir tal información y manifestar lo que tenga por conveniente para su descargo?

- La misma Ley 18.857 introdujo el **art. 67**, en el que se enumeran los derechos, hasta entonces inexistentes, que se reconocen al inculpado: Designar abogado y procurador, presentar pruebas, pedir conocimiento del sumario, etc.

Pero lo más importante de todo en este art. 67 es su encabezamiento, de acuerdo con el cual los inculpados no sólo pueden hacer valer los derechos que les acuerden las leyes, sino también aquellos **"que el tribunal estime necesarios para su defensa".**

- Por último, también la misma Ley 18.857 introdujo el actual art. 349, que ordena perentoriamente al juez someter a examen mental a los inculpados o encausados sordomudos o mayores de 70 años. Es obvio que tal examen se exige porque de su resultado va a depender que el tribunal queda debidamente informado acerca de si el inculpado o encausado está en condiciones de hacer uso de los derechos procesales antes introducidos por el mismo texto legal, esto es, el derecho a ser informado y a formular descargos, así como la larga lista de derechos contenidos en el nuevo art. 67.

Es un hecho que el senador Pinochet se encuentra en un estado de salud que no le ha permitido ni le permite defenderse en este procedimiento especial de desafuero.

Ha existido **incongruencia entre lo obrado judicialmente respecto del senador Pinochet en Gran Bretaña y lo que se ha obrado y está obrando en Chile**.

Frente a la detención del senador en Londres, como sujeto de un procedimiento de extradición pasiva promovida por un juez español, el

Estado de Chile invocó primeramente una cuestión de soberanía: los hechos imputados al senador cometidos en Chile, sólo podían ser conocidos y juzgados por la justicia chilena. Esta postura tuvo un éxito parcial. Se admitió la tesis de la territorialidad en la medida en que ella no se entendió contradicha por tratados internacionales de los que puede desprenderse jurisdicción para que tribunales de terceros países conozcan y juzguen delitos de carácter internacional, condición que algunos han reconocido, entre otros, a la tortura, desde que entró en vigencia el tratado relativo a esta figura.

Sin abandonar la tesis de la territorialidad, el Estado de Chile, oficialmente, a través de su representación diplomática en Gran Bretaña, el 14 de Octubre del año pasado, solicitó al Gobierno británico **poner término al procedimiento penal de extradición pasiva**, porque la salud del senador no le permitía afrontar ese procedimiento, si se respetaban las exigencias del debido proceso. Así consta en la Nota oficial de 14 de octubre de 1999 agregada a los autos.

El Ministro Straw designó una comisión de médicos altamente calificados y, con el mérito del informe de esa comisión, dictó sentencia judicial-administrativa, cuya copia, junto con los exámenes médicos, fueron acompañados a los autos.

Con respecto al contenido de los exámenes médicos practicados en Gran Bretaña y el peso que es preciso otorgarles en este procedimiento especial de desafuero, es necesario remitirse a las contundentes consideraciones del voto de minoría, en sus motivaciones 23, 24 y 25.

Y en especial a las que agrega y profundiza el Ministro don Cornelio Villarroel, el cual, sin perjuicio de compartir en todo las razones del voto de minoría, concurre al rechazo del desafuero **"teniendo 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 violar a su respecto las normas del debido proceso y las garantías de procedimiento mínimas establecidas por la ley a favor de todo inculpado de delito".

¿Puede el Estado Chileno, a través de sus órganos, organismos o instituciones, sostener en el exterior una cosa y en Chile otra? ¿Puede pedir a un Gobierno extranjero, o a un tribunal extranjero, una determinada decisión, y a los tribunales chilenos una decisión diametralmente opuesta?

Los especialistas en Derecho Internacional hablan del **Principio del Estoppel.**

Las conductas o posturas unilaterales de los estados le generan obligaciones. Los estados, sin incurrir en abuso, no pueden desconocer los actos propios ("venire contra factum proprium").

Puede que nadie discuta la necesidad de respetar las exigencias del debido proceso, con la amplitud que acogen esta garantía tanto la Constitución Política vigente como los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

Pero se invoca que el procedimiento penal especial de desafuero no es "un proceso propiamente tal", ante el cual todos podríamos coincidir en la necesidad de respetar, **escrupulosamente,** las exigencias del debido proceso. No sólo en los términos tan imperfectos en que lo hace nuestro actual obsoleto Código de Procedimiento Penal, del que todos queremos deshacernos lo antes posible, sino en las condiciones exigidas por la Constitución y los tratados internacionales.

Pienso que es muy equivocado considerar que el senador Pinochet, imputado en más de 120 querellas deducidas en su contra y obligado a defenderse en este procedimiento de desafuero, sólo estaría haciendo frente a **"un procedimiento de mero trámite"**. No a un **juicio penal especial** enfocado en contra de su persona, ante el cual **tiene perfecto derecho, como persona humana, a exigir que se respeten las exigencias de un debido proceso.**

Es preciso poner de relieve:

a) El senador Pinochet es un inculpado en un proceso penal relativo a hechos de mucha gravedad;

b) Es un inculpado mayor de 70 años (más de 84 años) que se encuentra en las **condiciones de salud** que se detallan minuciosamente en el voto de minoría y, todavía con mayores detalles, en el voto del Ministro señor Villarroel. **Condiciones de salud que no le permiten defenderse, en los términos que exige un debido proceso**;

c) El desafuero es un **juicio penal especial**, que debe terminar por **sentencia definitiva,** en la que habrá de declararse si existen o no **presunciones fundadas, o al menos sospechas fundadas**, de que el actual senador, ex Jefe del Estado, ex Comandante en Jefe del Ejército, ex Presidente de la República, **tuvo participación**, como autor, cómplice o encubridor, de esos graves delitos : nada menos que **secuestros calificados** de 19 personas, cuyo "inicio de ejecución" habría tenido lugar en octubre de 1973, y de cuyo destino, nada se sabe hasta hoy. Porque no han aparecido vivas, ni tampoco han sido encontrados sus cuerpos.

A la luz de lo que establece la Constitución Política actual, la jurisdicción que el pleno de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago pudo invocar para dictar sentencia en este procedimiento de desafuero, está

condicionada al respeto del debido proceso. Pues **"toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"**.

No ha existido ni existe razón, pues, para negar al senador Pinochet el derecho a un debido proceso, a un justo y racional procedimiento en este juicio penal especial de desafuero, que puede terminar en una sentencia definitiva que lo declare sospechoso de participación en crímenes gravísimos.

Si invocando informes médicos serios producidos en Gran Bretaña, se hizo valer que el senador Pinochet no está en condiciones de salud que le permitan defenderse en estos trámites de desafuero, no debió llegarse a la audiencia de alegatos ante la Iltma.Corte de Apelaciones. Debió accederse a lo que oportunamente se solicitó, en orden a que se dispusiera practicarle exámenes médicos aquí en Chile, para verificar el deterioro de salud invocado.

El Pleno de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago no accedió a disponer los exámenes médicos como un trámite previo a la vista de la causa. La cuestión se planteó como medida para mejor resolver y, como consta al final de la sentencia en alzada, **once de los 22 Ministros "estuvieron por decretar como medida para mejor resolver, los exámenes médicos solicitados por la defensa del senador Pinochet"**.

Producido este empate, en cuestión tan crucial, no se hizo prevalecer el voto más favorable al inculpado, como en razón, equidad y justicia correspondía, ni se intentó dirimirlo, sino que simplemente se continuó adelante la tramitación dictándose la sentencia en alzada.

Al fundamentar por escrito su apelación, la defensa del senador Pinochet solicitó que V.E. corrigiera esta anomalía, petición que formalmente reitero en esta audiencia.

Se acompañó oportunamente y corre agregado a los autos, un valioso informe en derecho sobre **el debido proceso en relación con el procedimiento de desafuero establecido en el Libro III del Código de Procedimiento Penal**, emitido por el eminente profesor de Derecho Procesal don Waldo Ortúzar Latapiat. Me remito encarecidamente a este importante aporte.

CAPITULO TERCERO.-

LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA CARECEN DE JURISDICCION PARA DESAFORAR Y JUZGAR AL SENADOR PINOCHET POR ACTOS DE SU ADMINISTRACIÓN COMO EX JEFE DE ESTADO, POR NO HABER SIDO DECLARADO CULPABLE EN UN JUICIO POLITICO PREVIO.-

El senador Pinochet fue designado Comandante en Jefe del Ejército por el Presidente Allende, en agosto de 1973, luego de una larga e intachable carrera militar.

El 11 de Septiembre de 1973 asumió la plenitud de los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, la Junta Militar de Gobierno formada por los comandantes en jefe de las tres ramas de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros.

El mismo día el general Pinochet asumió la condición de Jefe del Estado, en su calidad de Presidente de la Junta de Gobierno. Esta calidad de Jefe del Estado no ha sido puesta en duda. Fue comunicada a los demás estados. El Nuevo Gobierno fue reconocido casi inmediatamente por casi todos los países, entendiendo todos ellos que el Jefe del Estado chileno era el actual senador Pinochet.

A partir de la vigencia del decreto ley N° 806, de 1974, desde diciembre de 1974 y hasta la promulgación de la Constitución de 1980, el general Pinochet desempeñó sus funciones con el título de Presidente de la República, si bien las atribuciones de tal las ejercía desde septiembre del año anterior, en su condición de Presidente de la Junta de Gobierno y Jefe del Estado.

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1980 y hasta marzo de 1990, se desempeñó como Presidente Constitucional de Chile.

Históricamente la manera de hacer efectiva la responsabilidad penal del Jefe del Estado en Chile ha sido cuestión debatida.

Siempre se ha distinguido entre responsabilidad penal por **actos de su administración** y responsabilidad penal por delitos cometidos como particular.

Siempre también se ha entendido que para hacer efectiva la responsabilidad penal del Jefe del Estado por actos de su administración, es preciso que el Senado previamente haya acogido, como Jurado, una acusación constitucional aprobada por la Cámara de Diputados, por actos que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes.

En la Constitución de 1833, el Presidente de la República no podía ser acusado durante su mandato, sino dentro del año siguiente al término

Por este segundo delito, y no por el primero, se dictó el auto de procesamiento firme que obra en el proceso.

Nadie ha pretendido que el senador Pinochet haya tomado parte en la **ejecución material, inmediata y directa** de los hechos atribuidos a los que integraron la señalada **Comitiva**, todos sometidos a proceso. Ni siquiera el general que la encabezó, también sometido a proceso, es considerado **ejecutor material** de esos ilícitos, **condición que sí se atribuye a los oficiales que lo acompañaban**.

Tratándose de una cuestión **no de coautoría**, sino de **participación,** el carácter delictuoso de esta pretendida participación del senador Pinochet **depende absolutamente del carácter delictuoso que revista el hecho o hechos que se imputan a los ejecutores materiales**.

Este es el elemental **principio de la accesoriedad** que rige el **concurso de personas** que **convergen** en un mismo hecho delictuoso. (Convergencia y accesoriedad, junto con comunicabilidad y exterioridad, son principios fundamentales del concurso de personas en hechos delictivos, de acuerdo con la mayoría de la doctrina).

Si los hechos imputados a los coautores no pueden ser considerados constitutivos de delito porque han sido amnistiados, por ejemplo, o porque de cualquier otro modo falta un elemento objetivo como la tipicidad o la antijuricidad, obviamente no podrá considerarse delictuosa la intervención del partícipe.

Esta es una cuestión central en mi alegato. Y un tema que V.E. no podrá dejar de considerar y resolver al decidir la apelación que ha entrado a conocer.

El delito que puede invocarse para decidir el desafuero ¿ Es sólo el de **secuestro calificado de 19 víctimas**, delito permanente, o pueden

del mismo. Por actos de su administración, el Presidente gozaba de inmunidad absoluta de jurisdicción durante su mandato. La situación cambió en la Constitución de 1925. De acuerdo con su texto, el Presidente pudo ser acusado por actos de su administración mientras ejercía el mando y hasta seis meses después de abandonarlo.

La Constitución de 1980 mantuvo, en esta materia, la misma redacción que la de 1925.

Son importantes, al respecto, su art. 48 N° 2 letra a) **y el inc. quinto del N° 1) del art. 49.**

Este último establece: **"El funcionario declarado culpable por el Senado será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares".**

Es de la mayor importancia advertir que **en la última reforma constitucional**, introducida por la Ley N° 19.672, publicada en el Diario Oficial del día 28 de abril último, que estableció **el estatuto de los ex Presidentes de la República**, el Constituyente chileno reforzó aun más su criterio según el cual sólo cabe accionar penalmente en contra del Jefe del Estado o del ex Jefe del Estado, cuando previamente el Senado ha acogido una acusación constitucional en su contra.

En efecto, uno de los nuevos incisos agregados al art. 30 de la Constitución dispone que **la dignidad de Ex Presidente de la República**, con sus beneficios anexos de fuero y dieta, **no alcanza a "quien haya sido declarado culpable en juicio político seguido en su contra"**.

Adviértase que la nueva norma constitucional no excluye de la dignidad de Ex Presidente de la República a quien haya sido condenado en

juicio criminal por la Justicia Ordinaria, sino a quien haya sido declarado culpable por el Senado.

Ello se explica sólo en razón de que el Constituyente ha querido reiterar la norma general de acuerdo con la cual los jefes de Estado sólo pueden ser condenados por crímenes o simples delitos cometidos en la calidad de tal, cuando el Senado previamente los ha declarado culpables en juicio político seguido en su contra.

La jurisprudencia chilena ha definido lo que debe entenderse por delitos que constituyen "actos de administración" para los efectos de exigir acusación constitucional acogida por el Senado como requisito para que la justicia ordinaria pueda proceder criminalmente contra el Presidente o ex Presidente de la República.

Lo hizo en casos que produjeron enorme impacto y revuelo en su época. Los tres ocurrieron en la administración del Presidente don Arturo Alessandri Palma:

El más impactante de todos correspondió al caso de los 63 jóvenes universitarios sublevados contra el Gobierno, muertos por Carabineros después de rendidos en el interior del edificio del Seguro Obrero, actual Ministerio de Justicia, el 5 de septiembre de 1938. El padre de uno de esos jóvenes se querelló criminalmente por homicidio en contra de don Arturo Alessandri, que acababa de abandonar el poder y que había declarado públicamente que él había dado la orden de ejecutar a los sublevados.

Por sentencia de 25 de enero de 1939, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró que no podía procederse en su contra, por tratarse de un **acto de su administración.** De manera que para que la Justicia Ordinaria pudiera actuar, se requería acusación constitucional previa acogida por el Senado. Esta sentencia provocó una inmediata acusación constitucional,

la que no fue acogida por la Cámara. No hemos logrado obtener copia de la citada resolución de la Corte de Apelaciones. En cambio se cuenta con el boletín de la Cámara de Diputados que contiene todo el debate originado por la acusación constitucional, de un alto valor histórico y jurídico. Dejaré copia como anexo de esta minuta.

En igual sentido se pronunció la misma Corte en el caso de la incautación de una edición de la revista **Topaze**, de sátira política. Y también en el caso del llamado "**Empastelamiento del diario La Opinión**".

No cabe ninguna duda que **si se pretende indagar judicialmente cualquier conducta del general Pinochet en relación con los hechos materia de este proceso**, en el que se ha dictado auto de procesamiento firme contra oficiales hoy en retiro del Ejército, la Justicia ordinaria entra a conocer **actos de la administración del ex Jefe del Estado** y no conductas privadas suyas.

Si ni siquiera de esos oficiales procesados puede decirse que actuaron por motivaciones privadas, sino como agentes del Estado que excedieron gravemente los márgenes de sus atribuciones, menos fundamento puede existir para considerar que la conducta del general Pinochet que se pretenda vincular con los hechos atribuidos a esos agentes, pudo corresponder a un comportamiento privado suyo y no a actos de su administración como Jefe del Estado.

La sentencia en alzada no reconoce la falta de jurisdicción de la Justicia ordinaria para conocer y juzgar actos de la administración del general Pinochet que corresponden al tiempo en que se desempeñó como Jefe del Estado, únicamente por la razón que se señala en el considerando 13, esto es, "porque durante los días en que acontecieron los hechos investigados, el actual senador vitalicio no servía el cargo de Presidente de la República".

El motivo carece de solidez y no podrá ser mantenido por V.E.

Si bien es cierto que en octubre de 1973 el general Pinochet no ostentaba todavía el título de Presidente de la República, no cabe duda alguna que ejercía las funciones de Jefe de Estado, tanto en lo interno como en lo internacional, incluyendo por cierto las que correspondían, de acuerdo con la Constitución, al cargo de Presidente de la República.

Una cuestión puramente formal, de nombre, de título, no puede servir de único fundamento para resolver un tema de fondo, muy serio y profundo, que no sólo es motivo de preocupación doctrinaria, sino objeto de tratamiento en los ordenamientos constitucionales de todos los países del mundo: los actos de un Jefe de Estado, ejecutados en su calidad de tal y no en la esfera de su vida privada, no pueden ser juzgados por la Justicia ordinaria sin que exista una decisión previa de un órgano político que lo autorice. En las sucesivas Constituciones chilenas, este órgano siempre ha sido el Senado, resolviendo como jurado acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados.

Esto es así porque los actos de un Jefe de Estado en su calidad de tal y no como persona privada, sea que esos actos sean justos o injustos, constitucionales o inconstitucionales, lícitos o ilícitos, **son siempre actos políticos, positivos o negativos**. Siendo evidentemente así, la decisión de si tales actos deben o no ser enjuiciados por la Justicia Ordinaria, es también una decisión política que, como tal, debe ser adoptada por un órgano político, capacitado para decidir **si es conveniente o si es prudente para los intereses del país, que las conductas de un Jefe o de un ex Jefe del Estado sean ventiladas en los Tribunales Ordinarios de Justicia**.

Esta **no es cuestión de igualdad o desigualdad ante la ley y ante la Justicia**. Es mero reconocimiento de un hecho evidente: los actos de un Jefe de Estado en su calidad de tal no pueden ser juzgados igual que los actos

de los particulares, como tampoco igual que los actos del propio Jefe de Estado en cuanto simple particular.

Cuando la Justicia ordinaria entra a juzgar conductas efectivas o atribuidas a un Jefe de Estado, o a un ex Jefe de Estado, realizadas en su calidad de tal, sin que haya existido la decisión previa del órgano político correspondiente autorizando ese juzgamiento, se produce un **efecto ineludible: los jueces, aunque no lo quieran, aunque traten de eludirlo, entran a pisar terreno político.**

Jueces de derecho, con vocación de actuar y resolver conforme a Derecho, son **arrastrados al torbellino de los conflictos políticos que dividen al país**, entre los partidarios y los adversarios del Jefe de Estado o ex Jefe de Estado a quien se pretende juzgar sin que previamente haya funcionado el mecanismo de resguardo que todos los sistemas institucionales establecen: **el ante juicio político previo**.

La sabiduría del más alto Tribunal de la República, reunido en Pleno, no podrá entenderlo de manera diversa. Como ya lo hicieron 9 Ministros de la Iltma. Corte de Apelaciones en su voto de minoría, con notable clarividencia, advirtiendo en su integridad **los alcances políticos del enjuiciamiento que se pretende respecto del senador Pinochet**.

Sobre la aplicación de las normas constitucionales relativas a la exigencia de acusación constitucional acogida como requisito previo para enjuiciar penalmente al ex Presidente Pinochet por actos de su administración, existe un minucioso estudio del profesor don José Joaquín Ugarte Godoy, que incluso se publicó en un medio de prensa. Anexo a mi minuta dejaré copia de ese estudio.

CAPITULO FINAL.-

EL DESAFUERO DE UN DIPUTADO O SENADOR NO ES UN MERO TRAMITE, PUES ADUCIENDOSE PRESUNCIONES, O AL MENOS SOSPECHAS DE PARTICIPACION EN UN HECHO DELICTUOSO, SE LE SUSPENDE DEL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.-

Para terminar nuestras alegaciones creemos necesario poner de relieve las importantes consecuencias que se derivan del hecho de acoger el desafuero de un diputado o senador.

Lo haré sin referirme a este caso concreto que afecta al senador Pinochet. Ciertamente es éste un caso especial, tratándose de quien gobernó el país por más de 17 años, en una época en la que no sólo los chilenos, sino el mundo entero, vivieron divisiones, confrontaciones y violencias que parecían imposibles de superar.

Dar lugar al desafuero de un parlamentario significa declarar que a su respecto existen presunciones, o al menos sospechas, de que ha participado en un crimen o en un simple delito. Es cierto que esta es una declaración anterior al juicio penal mismo, en el cual puede el parlamentario acreditar su inocencia. Pero es una declaración provisoria cuyos efectos en la persona del diputado o senador, en el sector político al que pertenece y, en general, en el funcionamiento mismo de uno de los tres poderes del Estado, así como en la relación y equilibrio que debe existir entre ellos, no es nada trivial.

En especial no cabe despreciar la importancia que reviste el hecho de quedar el parlamentario desaforado, por ese solo hecho, **suspendido del ejercicio de su cargo**.

Existe cierta tendencia a no advertir suficientemente las consecuencias que se derivan de ciertas decisiones que se adoptan, tanto en la esfera judicial como en la que corresponde a otros órganos del Estado, solamente porque ellas son revertibles, provisionales.

Las querellas de capítulos, por ejemplo, para hacer efectivas las responsabilidades de los jueces, reglamentadas en el Título V del Libro Tercero del Código de Proc. Penal, a continuación del Título IV que reglamenta el desafuero, en caso de ser acogidas suspenden al juez querellado, aun cuando en definitiva la acción penal no prospere.

Las acusaciones constitucionales, aun cuando no sean aprobadas ni siquiera en la Cámara de Diputados, pueden causar, por su sólo tramitación, trastornos y daños que trascienden el interés personal del acusado. Si las acusaciones son aprobadas por la Cámara de Diputados, el daño será mucho mayor, porque el acusado queda suspendido de su cargo, suspensión que puede terminar, pero cuyos efectos no pueden ser revertidos, aun cuando no sean acogidas por el Senado.

Estoy seguro que V.E. no dejará de sopesar la trascendencia de la decisión que habrá de adoptar en el caso que tiene entre manos.

Pido que la apelación sea acogida en todas sus partes y que la sentencia en alzada sea revocada, declarando que no se hace lugar al desafuero del senador don Augusto Pinochet Ugarte.-

también serlo los delitos de **homicidio calificado** y de **inhumación ilegal**, Ilícitos estos dos últimos **de naturaleza instantánea** consumados en octubre de 1973?

Veamos qué dice la sentencia.

En su considerando 16) se razona en el sentido que el desafuero debe concederse en relación "con **los hechos materia de las numerosas querellas**".

En la **parte resolutiva** se expresa que el desafuero se acoge "**por los hechos que han sido materia de la investigación en el cuaderno pertinente de los autos criminales que motivaron esta decisión**".

Pero, inconsistentemente, **las citas legales** que se contienen en la misma parte resolutiva apuntan a sólo cuatro de los múltiples delitos materia de las querellas y de la investigación: 1) **secuestro calificado** previsto en el art. 141 incisos 1° y 4°; 2) **asociación ilícita** previsto en los art. 292 y 293; 3) **homicidio calificado**, previsto en el art. 391 N° 1°, circunstancias primera y quinta (alevosía y premeditación conocida); y 4) **inhumación ilegal**, previsto en el art. 320.

Esto es, la sentencia apelada **hace lugar al desafuero en relación con dos delitos de carácter permanente y, además, en relación con dos delitos instantáneos, estos últimos consumados en octubre de 1973, esto es, hace 27 años, dentro del período considerado por la ley de amnistía y, además, prescritos**, especialmente en relación con el senador Pinochet, respecto de quien la primera querella en su contra se dedujo hace 2 años.

Esta es una primera y poderosa razón por la cual la sentencia en alzada debe ser revocada.

Es obvio que los únicos hechos que los sentenciadores pudieron considerar para los efectos de decidir sobre el desafuero solicitado, son los que en el proceso, **equivocadamente a nuestro juicio,** han sido considerados como secuestros calificados. Particularmente no han podido considerar delitos de ejecución instantánea, como homicidios calificados e inhumaciones ilegales.

Ello por razones tanto procesales como de fondo.

Razones procesales:

1ª) Repetimos que el delito de secuestro calificado es el único que es materia del auto de procesamiento firme dictado en los autos, **con expresa exclusión de otras figuras**, como las de homicidios calificados, inhumaciones ilegales y otras (torturas, genocidio, secuestro seguido de muerte) **a las cuales los querellantes pretendieron extenderlo, sin éxito.**

En efecto, **en la misma sentencia en alzada (considerandos 9, 10 y 11) se hace presente que habiendo sido 73 las víctimas de la comitiva que encabezó el general Arellano, los querellantes solicitaron se dictara auto de procesamiento por homicidios calificados de 54 de esas víctimas, cuyos cuerpos fueron encontrados e identificados, y por secuestro calificado de las 19 víctimas restantes, cuyos cuerpos no han sido encontrados o cuyos restos no han sido identificados hasta ahora**.

Además pidieron que se sometiera a proceso por los delitos de secuestros seguidos de muerte, tortura, asociación ilícita, inhumaciones ilegales y genocidio.

El Ministro Guzmán accedió sólo a procesar por secuestros calificados. No por los demás delitos. Con respecto al genocidio, por no ser figura tipificada en nuestro derecho. Con respecto a la asociación ilícita, por no aparecer hechos constitutivos de la misma. **Y respecto de todos los demás,**

en razón de que todos ellos fueron perpetrados, consumados y agotados dentro del período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, (hace 27 años), por lo cual se aplicó el DL 2.191 de amnistía.

Los querellantes apelaron, para que el auto de procesamiento se ampliara también a los delitos amnistiados, lo que fue rechazado en segunda instancia.

La Sala Penal de V.E. conoció del auto de procesamiento, al confirmar la resolución apelada que negó lugar al amparo deducido por los procesados, sin disponer, como pudo hacerlo, que el procesamiento se ampliara a los ilícitos amnistiados.

2ª) En los considerandos 1° y 2° de la sentencia apelada se deja expresa constancia que **fueron los querellantes los que solicitaron se elevaran los autos** para que se resolviera sobre el desafuero del senador Pinochet.

En el requerimiento o petición de los querellantes se mencionan sólo los delitos de secuestros calificados de 19 víctimas y el de asociación ilícita.

Ello por una razón muy obvia: los querellantes entendieron que al haber quedado a firme el auto de procesamiento, luego de ser revisado por el tribunal de alzada, e incluso luego de ser conocido por la vía del amparo por la Sala Penal de V.E., el desafuero **sólo podían solicitarlo invocando delitos de ejecución permanente**, como el secuestro calificado y la asociación ilícita, no delitos de ejecución instantánea, como los homicidios calificados y las inhumaciones ilegales, consumados en octubre de 1973 y, por ello, cubiertos por la amnistía. Y, además, ciertamente **prescritos** en relación con el senador

Pinochet, contra el cual la primera querella se dedujo hace menos de dos años, en circunstancias que los hechos se consumaron hace casi 27.

Para los efectos de simplificar nuestro alegato, conviene que nos **desentendamos del delito de asociación ilícita**, porque es manifiesto que los querellantes lo mencionaron al requerir el desafuero sólo por considerarlo un delito permanente y, por lo tanto, no cubierto por la amnistía. No porque exista en el proceso el más mínimo rastro de algún hecho que puede entenderse constitutivo o que presente caracteres de alguna asociación ilícita en la que haya podido participar el senador Pinochet cuando se desempeñaba como Jefe del Estado. En todo caso, es impensable que V.E. pudiera considerar la asociación ilícita como un delito en relación con el cual procede desaforar al senador Pinochet.

3ª) El delito de secuestros calificados es el único (dejando de lado el de asociación ilícita) por el cual el juez de la causa dispuso, por resolución de fs. 3149, no de oficio, sino accediendo a lo solicitado por los querellantes, elevar los autos para decidir el desafuero.

La propia sentencia en alzada distingue explícitamente, en el considerando 8), entre **"hechos que sirven de fundamento al desafuero"**, por una parte, y "**otros ilícitos comprendidos en las querellas**", por otro. Sin embargo, en el mismo considerando dejan constancia que el Ministro Instructor ordenó elevar **"todos los antecedentes"**, con lo cual han querido dar a entender que, a juicio de ellos, los "otros ilícitos comprendidos en las querellas", pasaron, por este solo hecho, a constituir también hechos que pueden servir de fundamento al desafuero.

4) **El delito de secuestros calificados es el único que el abogado del senador Pinochet pudo tener en consideración al alegar en el pleno de la Corte de Apelaciones**. Si el desafuero fue pedido invocando como