

Santiago, veintiséis de octubre de dos mil siete.-

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que en estos autos rol n° 6.176-07 y acumulados rol n° 6183-07, 6184-07, 6185-07, 6186-07, 6188-07, 6197-07, 6198-07, 6199-07, 6202-07, 6208-07 y 6209-07, se ha recurrido de amparo a favor de **Marco Antonio Pinochet Hiriart; María Lucía Hiriart Rodríguez; María Verónica Pinochet Hiriart; Ambrosio Rodríguez Quiros; Oscar Custodio Aitken Lavanchy; Jacqueline Marie Pinochet Hiriart; José Hernán Sobarzo Poblete; Eugenio (o Eduardo) Fernando Castillo Cadiz, Sergio Marcelo Moreno Saravia y Jaime Enrique Lepe Orellana; Inés Lucía Pinochet Hiriart; Héctor Guillermo Letelier Skinner; Guillermo Garín Aguirre; Gustavo Osvaldo Collao Mira, y Juan Fernando Rigoberto Romero Riquelme**, respectivamente. Todos, por haberse despachado en su contra sendas órdenes de aprehensión, sustentadas en el auto de procesamiento que les afecta, dictado por el señor Ministro de Fuego, don Carlos Cerda Fernández, en la causa rol N° 1.649 – 2004 con fecha 4 de octubre último, por el que se atribuye a todos ellos la calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en los artículos 233 N° 3 y 238 inciso segundo del Código Penal.

Para efectos de resolver estos recursos ha de tenerse en consideración que todos los amparados se encuentran actualmente en libertad provisional en la causa que motiva esta sentencia, conforme resolviera esta Corte con fecha 6 del corriente.

De las personas nombradas, unos tienen la calidad de funcionarios de grado y en retiro del Ejército de Chile, civiles otros, y dentro de éstos, la cónyuge e hijos del fallecido General, Comandante en Jefe del Ejército, y ex Jefe de Estado, Augusto Pinochet Ugarte.

2°.- Que en el ejercicio de esta acción constitucional los recurrentes atribuyen al juez instructor haber dictado las órdenes de aprehensión y el auto de procesamiento que constituye su fundamento al margen de las normas constitucionales y legales que regulan la materia, lo que los torna ilegales y arbitrarias, porque no se encuentra justificada la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal para someterlos a proceso, en resumen en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto de los amparados que más adelante se indicará, por haberse omitido tomarles declaración indagatoria, enjuiciando a personas que habían comparecido al juicio en calidad de testigos, con clara violación de sus garantías individuales, reconocidas tanto por las Convenciones Internacionales suscritas, ratificadas y vigentes en nuestro país, como por la

propia Carta Fundamental Nacional y los mandatos que sobre la materia se contienen en el Código de Procedimiento Penal; y, respecto de otros, por no haber sido citados, ni interrogados, ni emplazados en el proceso respecto de los hechos que configurarían el delito de malversación de caudales públicos, lo que hace que se les haya encausado igualmente omitiéndose el trámite esencial de la declaración indagatoria.

En relación a los amparados pertenecientes al orden civil, por haber sido procesados por un delito imposible de ser cometido por éstos, por no revestir ninguno de ellos la calidad ni contar con el encargo propio del sujeto activo a que refiere el tipo penal invocado por el sumariante.

Respecto de los amparados Marco Antonio Pinochet y Oscar Aitken, además, por cuanto éstos se hallan actualmente procesados por el delito de evasión tributaria contemplado en el artículo 97 N° 4 del Código del Ramo, en la misma causa que sustancia el Ministro de Fuero recurrido, y en ella se encuentran gozando del derecho constitucional a la libertad provisional, en razón de lo cual, y conforme dispone el ordenamiento procesal en el artículo 276 de dicho código, cualquier nuevo procesamiento en la referida causa que se librare en su contra deberá notificarse por medio de su abogado, resultando absolutamente improcedente, arbitrario e ilegal ordenar sus detenciones por este nuevo auto de procesamiento dictado en su contra.

3°.- Que, informando el señor Ministro de Fuero a fs. 116 y siguiente los recursos deducidos a favor de Inés Lucía, Marco Antonio, Jacqueline Marie y María Verónica Pinochet Hiriart, María Lucía Hiriart Rodríguez, Oscar Aitken, Eduardo Castillo, Sergio Moreno, Jaime Lepe, José Sobarzo y Ambrosio Rodríguez, expresa que los fundamentos del procesamiento están incluidos en la resolución que se adjunta al informe.

Afirma estar cierto que se ha respetado todas las exigencias contenidas en el artículo 19 N°7, acápite b) de la Constitución Política de la República, y las del Párrafo 3 del Título IV de la Primera Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, pues detentando la competencia para conocer del asunto y basado en copiosa información, se ha atendido a las formalidades de rigor al interferir, de la manera en que lo ha hecho, en la libertad de los encartados.

Expresa, finalmente, que algunos de los libelos plantean cuestiones que, en su concepto, no corresponde abordar en la sede que informa, por ser propias de pronunciamientos que habrían de tener lugar, eventualmente, en su momento procesal.

Con posterioridad, a fs. 122 y 146 se agregaron a los autos nuevos informes remitidos por el juez instructor subrogante.

4°.- Que las líneas principales de las argumentaciones hechas valer por los recurrentes, precedentemente indicadas; esto es, haberse encausado

a personas que tienen la calidad de testigos en el proceso, y la inexistencia de los elementos del tipo penal de malversación de caudales públicos, serán analizadas por esta Corte en el mismo orden

5°.- Que respecto a la primera de estas alegaciones, del estudio de la causa tenida a la vista, rol N° 1.649 – 2004, del Rol de Fuero de esta Corte, aparece que efectivamente prestaron testimonio en los autos, bajo el juramento o promesa que la ley procesal penal exige a los testigos, conforme dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento del Ramo, los amparados **Sergio Moreno Saravia**, con fecha 9 de agosto de 2005, a fs. 7153 del cuaderno tributario; **Juan Romero Riquelme**, quien depuso el 14 de octubre de 2005, a fs. 12.509 de los mismos antecedentes, y a fs. 3.435 del denominado “Cuaderno Valmoval”, y **Ambrosio Rodríguez Quirós**, quien hizo lo propio con fecha 9 de agosto de 2005, a fs. 7.159 del cuaderno tributario.

A todos los nombrados ha de entenderse referido el considerando 6° del auto de procesamiento, en el cual advierte al respecto el juez instructor que “ *no le ha parecido escollo procesal insalvable la circunstancia que a algunos de los imputados se les haya oído, en su momento, bajo juramento*” procedimiento que justifica “*teniendo para ello principalmente en consideración que las reiteradas suspensiones del juez natural en esta causa han afectado el curso normal de la investigación toda vez que debido a lo que preceptúa la segunda oración del inciso primero del artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, se ha incurrido en manifiesto retardo de cara a los propósitos del Título III de la Primera Parte del Libro II del mismo cuerpo legal, comprometiendo la prontitud a que llama el número segundo del artículo 560 del Código Orgánico de Tribunales y los artículos 8.1 de la Convención Americana y 14.3, e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*”.

6°.- Que conforme dispone la regla contenida en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, el juez sólo puede someter a proceso a un inculpado **después de haberlo interrogado**, esto es, luego de haberse cumplido con la obligación de recibir su declaración indagatoria, reglada pormenorizadamente en las normas que se contienen en el Título VI, Primera Parte del Libro II del Estatuto Procesal Penal, denominado precisamente “*De las declaraciones del inculpado*” (artículos 318 y siguientes), constituyendo única excepción a este imperativo legal la disposición del artículo 341 del mismo cuerpo legal, norma que en todo caso no es la invocada por el juez instructor en el auto de procesamiento, conforme se ha precedentemente transcrito.

Tal declaración indagatoria, por su naturaleza y fines dista mucho de asemejarse a la deposición de los simples testigos, como a continuación se verá.

7°.- Que en efecto, el testigo, esto es, el tercero ajeno al juicio que comparece al proceso criminal, por imperativo de los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra legalmente obligado a decir verdad, bajo conminación de incurrir en el ilícito de falso testimonio expresamente sancionado por la ley penal (artículo 206), razón por la cual su declaración debe ser prestada bajo juramento o promesa

En todo lo relacionado con su testimonio, la normativa que regula la comparecencia al juicio criminal de los testigos, está contenida en el párrafo 5 del Título III, que trata detallada y precisamente acerca “*De las declaraciones de testigos*”, la que tampoco se condice con aquélla a la que se sujeta la de los inculcados, anteriormente indicada, siendo en esencia diferentes, como lo son desde luego sus intereses frente al proceso penal.

8°.- Que, en cambio, el estatuto procesal que regula la declaración del inculcado, contenido en los artículos 318 y siguientes del Código precitado (al que se ha hecho referencia en el considerando sexto de este fallo), prohíbe expresamente compeler a este sujeto procesal a decir verdad, prescribiendo en el artículo 320 que “*La declaración del inculcado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad...*”, disponiendo a continuación (artículo 321) la información básica obligatoria que ha de consignarse en su primera declaración.

A su turno, los artículos 322, inciso tercero, y 329 del mismo cuerpo legal, contienen obligaciones y derechos tanto respecto del instructor como del inculcado, mandando el primero de estos preceptos lo que sigue:

“El juez informará al inculcado cuál es el hecho que se le atribuye y podrá hacerle saber las pruebas que existieren en su contra, invitándole e seguida a manifestar cuanto tenga por conveniente para su descargo o aclaración de los hechos, según lo previsto en el artículo 329, y a indicar las pruebas que estime oportunas...”

Por su parte el citado artículo 329 encierra otra obligación impuesta al juez del sumario y un derecho reconocido expresamente al imputado, y al efecto mandata:

“Se permitirá al inculcado manifestar cuanto tenga por conveniente para demostrar su inocencia y para explicar los hechos, y se evacuarán con prontitud las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere y que sean conducentes para comprobar sus aseveraciones.”

9°.- Que las disposiciones a que se hace referencia y las que se han transcrito se enmarcan dentro del conjunto de normas que resguardan los derechos y garantías procesales que asisten a todo inculcado de un injusto penal, expresadas en el catálogo declarado en el artículo 67 del citado código, norma que a su inicio reconoce a todo inculcado “*sea o no querrellado, y aún antes de ser procesado en la causa, hacer valer hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa.; y en especial – dentro de otros - puede “Designar abogado patrocinante y procurador” (n° 1);*

“Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen (n°3); y pedir que se active la investigación (n°4).

10°.- Que los preceptos que han sido indicados constituyen la expresión procesal concreta de la obligación impuesta por el artículo 5 de la Constitución Política de la República a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y de las garantías individuales reconocidas en el artículo 19, numerales 3 y 7 de la Carta Fundamental, que consagran el derecho a un debido, justo y racional proceso, dentro del cual se encuentra necesaria y lógicamente, el inviolable derecho a defensa.

Con la misma jerarquía constitucional (en virtud del propio artículo 5 anteriormente indicado), cabe citar los derechos y garantías que se contienen en los artículos 9 y siguientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial los imperativos del artículo 14 n° 1, y 3 letras a), b), d), e), y g), disponiendo al efecto estas últimas lo que sigue:

Art.14 N° 3 “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora... de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su de defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo...

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

Asimismo, en igual sentido, ha de considerarse las disposiciones contenidas en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, especialmente sus artículos 7 y 8 (este último, dedicado a las Garantías Judiciales), que igualmente consagran el derecho a ser oído, con las debidas garantías (Artículo 8 n°1), el derecho a defenderse (artículo citado, n° 2, letras c, d y g), y de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

11°.- Que como puede apreciarse, todas las normas citadas, tanto las simplemente legales como las constitucionales de derecho interno y las emanadas de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, ratificados y vigentes en nuestro país, consagran y resguardan la garantía de todo imputado a ser oído, y a ejercer en plenitud su legítimo derecho a defenderse en la etapa sumarial. Derecho a defensa por medio del cual por lo demás se ejercen y protegen las garantías penales de carácter sustantivo (como por ejemplo, el principio de legalidad o reserva), y que constituye además una limitación necesaria al ius puniendi del Estado en términos de permitir legitimar la persecución penal.

En efecto, el derecho a defensa no se agota, como pudiera pensarse en una primera aproximación, con la facultad para designar abogado letrado defensor. No es así. Este derecho tiene la enorme significación y trascendencia que antes se ha advertido, y comprende en él, entre otros, el derecho a conocer los cargos que se le formulan, y a desvirtuarlos, a presentar sus propias pruebas- o solicitarlas del tribunal - para establecer su inocencia, a formular sus propias conclusiones de la prueba rendida, etc.. Todos, derechos y garantías que la doctrina y la jurisprudencia unánimemente reconocen como las propias de un justo y debido proceso.

12°.- Que por lo razonado, con arreglo a este estatuto de garantías y derechos sobre el que se ha venido reflexionando, necesariamente ha de concluirse que resulta improcedente recibir la declaración indagatoria de un imputado bajo juramento o promesa, pues al deponer en tal situación se le impone la obligación legal de decir verdad, y por ende de autoinculparse, impidiéndole así en el proceso, el cabal ejercicio de los derechos establecidos en su favor.

13°.- Que por las consideraciones expuestas resulta inconcuso que las declaraciones recibidas bajo juramento a las personas que se han individualizado en el fundamento quinto de este fallo, carecen de toda validez procesal y por ello no han podido servir de sustento jurídico al cargo penal que se les ha formulado, en que por virtud del auto de procesamiento que actualmente les afecta, su calidad procesal mudó de testigos a procesados; de tercero ajeno, a ser parte del proceso penal.

En este punto, advierte esta Corte que las normas citadas por el Ministro de Fuero en el considerando 6° del auto de procesamiento, constitutivas de garantías procesales relacionadas con el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y en un plazo razonable, a juicio de este Tribunal no pueden, legalmente ni en derecho, invocarse para afectar otras garantías individuales inalienables, pues estos últimos, por su naturaleza, no ceden respecto de aquéllos.

Dicho de otro modo, la aspiración formal (y legítima por cierto) de culminar prontamente la encuesta penal, no puede obtenerse con exclusión de los derechos y garantías de que es titular el imputado, pues éstas, más que relacionarse con una materia procesal, lo hacen con una de mayor valor, como es el respeto por la dignidad de las personas, a las que asiste todo el derecho a tener la certeza jurídica a que se refirieron los abogados ante estrados, respecto de la calidad en que son llamadas al juicio penal.

14°.- Que en consecuencia, se procederá a acoger el presente recurso respecto de los recurrentes **Sergio Moreno, Juan Romero y Ambrosio Rodríguez**, dejándose sin efecto el auto de procesamiento dictado en su contra y las consiguientes medidas de restricción de su libertad ambulatoria que del mismo derivan.

15°.- Que advierte esta Corte que en igual situación se encuentran los inculpados **Patricio Madariaga Gutiérrez**, quien depuso el 5 de agosto de 2005, a fs. 6455, también en el cuaderno tributario, y **Mortimer Humberto Jofré Azuaga**, quien lo hizo con fecha 9 de agosto del mismo año, a fs. 7162 de la misma rama.

Respecto de los nombrados, por considerarlo estos jueces un imperativo ineludible del ejercicio de su magistratura, actuando de oficio esta Corte, en atención a los fundamentos ya expresados, se procederá en esta misma oportunidad a anular también la citada interlocutoria que afecta a Patricio Madariaga y Mortimer Jofré, quienes, si bien no han ejercitado esta vía constitucional, se encuentran en idéntica situación procesal que los antes nombrados.

16°.- Que como se ha dicho, la declaración indagatoria constituye una exigencia esencial de todo juicio penal, para cumplir con la cual es indispensable que ella corresponda al ejercicio cabal del derecho a defensa del imputado, no sólo formalmente, sino también materialmente. Esto es, no basta que en el proceso penal en la declaración prestada por el imputado se estampe la fórmula “exhortado a decir verdad” para satisfacer las exigencias de un debido proceso, y en particular las que señala el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, sino que ella debe representar en el hecho, materialmente, el cumplimiento de una formalidad esencial de un justo proceso penal

Pues bien, en este orden de ideas, se aprecia respecto del amparado **Héctor Letelier Skinner**, que si bien éste fue interrogado en el proceso en 2 ocasiones con fecha 25 de agosto de 2005 (a fs.134 del denominado “Cuaderno de Armas”, y a fs. 16921 del principal), bajo la fórmula “exhortado a decir verdad”, de sus testimonios - por cierto, prestados con mucha antelación - puede constatarse que fue requerido por materias ajenas a la malversación de caudales públicos (lo fue acerca de ventas de armas de Famae al extranjero).

En razón de lo anterior y por idénticos fundamentos a los que se ha hecho valer en los casos anteriores, no cabe sino concluir que en su caso se ha igualmente omitido la declaración indagatoria de este inculpadó y, en consecuencia, esta Corte le otorgará el amparo solicitado y acogerá el recurso deducido a su favor.

17°.- Que los amparados tienen coartada su libertad personal en virtud de la orden de arraigo de pleno derecho que les afecta, consecuencia jurídica del auto de procesamiento dictado en su contra, por lo que corresponde examinar a continuación si, como se afirma en los demás recursos, en el presente caso se está frente a un auto de procesamiento emitido sin que exista antecedentes que lo justifiquen, en los términos del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que los recurrentes sostienen que ello es así, por no concurrir a su respecto los elementos del tipo penal que se les atribuye y no existir mérito suficiente que lo sustente.

18°.- Que a todos los amparados se les imputa participación en calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos, según se advirtió en el fundamento primero del presente fallo.

Al efecto, en el considerando 3° del auto de procesamiento, después de enumerar íntegramente en el basamento anterior diversos ingresos relacionados con dineros correspondientes a gastos reservados de la Presidencia de la República, Comandancia en Jefe del Ejército y Casa Militar, y egresos por transferencias a diversas cuentas, concluye que “estos hechos son constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, pues un grupo de personas que durante años tuvo a su cargo fondos de gastos reservados pertenecientes al erario nacional, en depósito, los sustrajo. Conducta sancionada por los artículos 233 N° 3 y 238, inciso segundo del Código Penal...”.

19°.- Que este ilícito penal, descrito en el artículo 233 del Código Penal, se encuentra contenido en el Título V, Libro II de este cuerpo legal, que trata ***“De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos***, describiéndose el ilícito del modo siguiente:

“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares, en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado...”.(Omisso medio).

20°.- Que la doctrina penal advierte que el de la especie corresponde a un delito de los denominados especiales propios, de acuerdo al título que lo comprende. Y conforme resulta de su claro tenor, este tipo, en su faz objetiva exige la concurrencia de tres requisitos, a saber:

1.- Un sujeto activo con una cualidad especial: la de ser funcionario público, pues como se dijo, el injusto corresponde a la categoría denominada delitos especiales propios, revistiendo tal cualidad para efectos penales los sujetos comprendidos en el artículo 260 del Código Penal.

El señalado, corresponde a un elemento normativo del tipo penal.

2.- Este empleado público debe tener a su cargo (por la función que desempeña) caudales o efectos públicos (en lo que atañe a los hechos investigados en el proceso) en depósito, consignación o secuestro.

Esto es, un título de mera tenencia, que confiere cualidad de administración.

3.- Estos caudales o efectos públicos deben ser sustraídos de su destino o finalidad

Los expresados, elementos de la esencia del tipo penal

Finalmente, en su faz subjetiva, no cabe dudas que se requiere la concurrencia de dolo directo, esto es, la finalidad precisa de hacer propios los (en este caso) caudales públicos.

21°.- Que en el caso presente acontece que los amparados María Lucía Hiriart Rodríguez; Inés Lucía, Marco Antonio, María Verónica y Jacqueline Marie Pinochet Hiriart, así como Oscar Aitken (abogado), y José Sobarzo (empleado civil de Famae, Gerente de Belview Internacional S.A.), a la época de los hechos investigados (que es lo que interesa) no revestían la calidad de funcionarios públicos que exige el injusto de malversación.

De lo anterior se sigue, ratio iuris, que a su respecto tampoco concurren las otras exigencias típicas anteriormente consignadas (tenencia - en razón del cargo - de caudales o efectos públicos y sustracción de los mismos).

22°.- Que de otra parte, en relación a la eventual comunicabilidad de la calidad personal especial exigida por este delito- debatida en estrados - y la consiguiente indivisibilidad del título de incriminación (dado que en la causa han sido procesados empleados públicos que tenían a su cargo caudales de esta clase), lo cierto es que la materia no es un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia nacionales, pues mientras unos sustentan la comunicabilidad absoluta, otros la niegan, también absolutamente; en tanto, una vertiente doctrinal plantea una posición relativa, esto es, que los sujetos no calificados o extraneus pueden intervenir, pero sólo como partícipes, o como co-autores o inductores.

La materia expuesta, como se aprecia, no puede abordarse en una acción urgente y extraordinaria como la actual, sin perjuicio de lo cual, y sólo a mayor abundamiento de las razones esgrimidas precedentemente, ha de expresarse que tampoco se advierte en los extraneus anteriormente nombrados, conocimiento y voluntad en torno al designio criminal de apropiarse de caudales públicos; no han sido preguntados acerca de la existencia de tales gastos reservados, ni sobre el manejo de los mismos, ni acerca de otras circunstancias fácticas relacionada con éstos.

Por las razones expresadas en el fundamento anterior y las que acaban de señalarse, debe concluirse que respecto de todos los amparados nombrados en la motivación que antecede no existe mérito para proceder en su contra, en los términos señalados en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

23°.- Que en relación a quienes sí detentaron y se encontraron en la calidad y situación exigida por este ilícito penal; esto es, los amparados Guillermo Garín y Jaime Lepe, el primero Jefe de la Casa Militar y el segundo Secretario General del Ejército durante la época encuestada, del auto de procesamiento que afecta al primero (puntos V, VII y VIII del considerando 2°), aparece que la cuenta abierta por **Guillermo Garín** con los fondos entregados al efecto por su antecesor en el cargo sólo registra giros efectuados a quien lo sucedió como Jefe de la Casa Militar, a cargo de la administración de estos fondos reservados.

En cuanto al amparado **Jaime Lepe**, sólo se le menciona (punto XLVIII del referido considerando), como uno de los tres Secretarios Generales del Ejército entre los años 1981 y 1997, y por ende, uno de los oficiales encargado durante cierto lapso del manejo de los gastos reservados de la Comandancia en Jefe del Ejército, sin vincularlo con alguna operación antijurídica, y sin que en su declaración figure tampoco alguna alusión respecto a esta materia del procesamiento.

24°.- Que de este modo, no existiendo del proceso tenido a la vista otros elementos de cargo, estos jueces se encuentran ante elementos de juicio que no permiten concluir que respecto de los amparados antes indicados concurren efectivamente los requisitos exigidos por el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, de lo cual se sigue que la limitante a la libertad que los afecta no es legal, ya que deviene de un auto de procesamiento que ha sido dictado sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen.

25°.- Que respecto del amparado **Gustavo Collao**, del proceso tenido a la vista y de los antecedentes precisados en los puntos VIII y IX del motivo 2° del auto de procesamiento, se advierte que la resolución adoptada en su contra por el Ministro de Fuero ha sido resuelta con arreglo a derecho y existiendo mérito suficiente que lo justifica, lo que conduce a desestimar el amparo entablado a su favor, sin que a juicio de esta Corte corresponda hacerse cargo en esta oportunidad procesal de la eventual extinción de su responsabilidad penal por prescripción de la acción penal, alegada ante estrados.

26°.- Que, por último, en relación a **Eugenio (o Eduardo) Castillo Cadiz**, en cuyo caso se trata de uno de los funcionarios de Ejército que entre los años 1995 y 1996 sirvió como ayudante militar del general Augusto Pinochet, el exámen de los autos se ajusta plenamente a lo relacionado en los puntos XII y XXIV del basamento 2° de la interlocutoria impugnada; y en consecuencia, por idénticas razones a las anteriormente expresadas, el recurso deducido en su favor tampoco puede prosperar.

27°.- Que por todo lo razonado, en atención a los fundamentos que sustentan el presente fallo, y como es su obligación, esta Corte, procederá a restablecer el imperio del derecho, en los términos del artículo 21 de la Constitución Política de la República y 306 del Código de Procedimiento Penal, respecto de las personas que a continuación se indicará:

Por estas consideraciones y citas legales hechas, se declara que:

A: Se acogen los recursos de amparo interpuestos en estos autos acumulados a favor de María Lucía Hiriart Rodríguez, Marco Antonio

Pinochet Hiriart, Inés Lucía Pinochet Hiriart, María Verónica Pinochet Hiriart, Jacqueline Marie Pinochet Hiriart, Ambrosio Rodríguez Quiros, Oscar Custodio Aitken Lavanchy, José Hernán Sobarzo Poblete, Sergio Marcelo Moreno Saravia, Jaime Enrique Lepe Orellana, Héctor Guillermo Letelier Skinner, Guillermo Garín Aguirre, y Juan Fernando Rigoberto Romero Riquelme, y en consecuencia se deja sin efecto el auto de procesamiento dictado en su contra con fecha 4 de octubre en curso, en los autos rol n° 1.649-2004, declarándose que ninguno de ellos queda encausado como autor del delito de malversación de caudales públicos.

B: Se rechaza el deducido a favor de Gustavo Osvaldo Collao Mira y de Eugenio (o Eduardo) Fernando Castillo Cádiz.

C: Finalmente, procediendo la Corte de oficio, sobre la base de las razones que se contienen en los fundamentos quinto y siguientes de este fallo, se deja igualmente sin efecto el expresado auto de procesamiento en lo que respecta a **Patricio Salvador Madariaga Gutiérrez y Mortimer Humberto Jofré Azuaya.**

Acordada, en cuanto se rechaza el recurso de amparo interpuesto a favor de Eugenio (o Eduardo) Fernando Castillo Cádiz, con el voto en contra del Ministro, don Juan Eduardo Fuentes Belmar, quien estuvo por acogerlo también a su respecto, por cuanto en su concepto, del mérito del proceso no aparecen antecedentes suficientes de participación que permitan sostener el auto de procesamiento dictado en su contra.

Acordada, en la parte que acoge los recursos de amparo presentados en favor de María Lucía Hiriart Rodríguez, Marco Antonio Pinochet Hiriart, Oscar Custodio Aitken Lavanchy y José Hernán Sobarzo Poblete, con el voto en contra del ministro señor Silva, quien fue de opinión de rechazarlos por estimar que las órdenes existentes en su contra, han sido dispuestas por autoridad con facultad para hacerlo, guardándose las formas legales y con antecedente o mérito que las justifican.

El ministro que suscribe este voto, hace presente que, a su juicio, no es posible alegar la ilegalidad de la resolución impugnada fundado en la circunstancia de haberse procesado a personas que no tuvieron la calidad de funcionarios públicos, como autores del delito de malversación de caudales públicos contemplado en el artículo 233 del Código Penal que se aplica precisamente a quienes ostentan este carácter; ello, toda vez que, por una parte, la interpretación dogmática no es uniforme en orden a considerar incommunicable esta circunstancia. Por el contrario, existen posiciones divergentes que afirman la comunicabilidad y otras que optan por una incommunicabilidad limitada o relativa. Los criterios para afrontar el problema son diversos y ello se ha manifestado también en la jurisprudencia. Desde luego y a modo de ejemplo, en los autos rol N° 144.665-3 del 5° Juzgado del Crimen seguidos contra Juan Pablo Dávila

Silva y otros, una Sala de esta Corte de Apelaciones consideró que la calidad de funcionario público se comunicaba a los coautores en quienes no concurría, habiendo la Excma. Corte Suprema rechazado los recursos de casación e indicado que no advertía alguna aplicación errónea de la ley penal. Siendo así, y notando que autores que defendieron una incomunicabilidad extrema han modificado su criterio a posteriori, no parece que al adoptar una interpretación jurídicamente posible, el ministro que dictó la resolución del caso, haya actuado en forma ilegal. Si eventualmente, el asunto se traslada a la calificación del delito, en principio tampoco habría ilegalidad como lo exige la aceptación del habeas corpus, porque en general la calificación jurídica en estas resoluciones es provisoria y así como lo determinante a la hora de dictar una resolución que somete a proceso, es, además de las formalidades legales, que exista justificada la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito –no que se reúnan todos sus elementos- como asimismo, que sea jurídicamente probable una participación culpable en alguna de las calidades que la ley castiga; en sede de amparo, en concepto del disidente, lo relevante es que estas apreciaciones resulten ilegales en términos de interpretación de la ley o de interpretación de los hechos.

En relación con la alegación de ilegalidad sostenida en el argumento de estar prescrita la acción penal, el ministro antes señalado considera que no es factible de revisión por esta vía, prima facie, porque el procedimiento ordinario consulta sobre este particular excepciones que pueden hacerse valer en distintas etapas del proceso y también, porque los elementos que pueden llegar a considerarse son diversos y exceden, por ello, el marco propio de esta acción.

Acordada, también, en cuanto se obra de oficio en relación con los inculcados Patricio Madariaga y Mortimer Jofré, con el voto en contra de este ministro, quien fue de parecer de no ejercer esta facultad, estimando que, en su caso, el ministro de fuero debe disponer lo que corresponda.

Se previene que el ministro señor Silva concurre al fallo en lo concerniente a los amparados señores Sergio Moreno Saravia, Ambrosio Rodríguez Quiros y Juan Romero Riquelme, pero prescindiendo de los considerandos 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 y teniendo en su lugar en cuenta, además de lo señalado en el motivo 6, que al haber sido interrogados como testigos, no puede estimarse satisfecha la necesidad de que declaren indagatoriamente como para derivar de ello el esclarecimiento que se persigue, especialmente, en torno a una eventual participación criminal, lo que sin duda, en el sistema del Código es parte integrante del derecho de defensa, pues se reconoce que en su calidad de inculcado no está en el deber legal de decir la verdad como también establece la Constitución. Y ya se ha dicho que no se está ante la situación de excepción que prevé el artículo 341 del mismo.

Asimismo, se previene que concurre a la decisión, en relación con el amparado Héctor Guillermo Letelier Skinner, pero en razón de que, no obstante haber sido interrogado exhortado a decir verdad no fue indagado sobre la materia respecto de la cual se le somete a proceso, tanto en la

declaración prestada en el Cuaderno de Armas como en el ramo principal, lo que, en rigor, se equipara a ausencia de indagatoria.

Igualmente previene el ministro señor Silva, en el sentido de que pese a concurrir al fallo en lo que dice con los amparados Inés Lucía, María Verónica y Jacqueline Marie, todas Pinochet Hiriart, y en cuanto a Guillermo Garín y Jaime Lepe, no suscribe los considerandos 18, 19, 20, 21, 22, y 24, y acoge por entender que el examen de los antecedentes a su respecto, no arroja mérito suficiente que justifique la orden de arraigo consecucional que les afecta y a cuyo respecto faculta el artículo 21, inciso final, de la Carta Política, para dictar las medidas conducentes a remediarlo.

Por entender esta Corte que no existe mérito para proceder del modo señalado en los artículos 311 y 313 bis del Código de Procedimiento Penal, no se los aplica en el presente caso.

Agréguese copia autorizada de esta sentencia al expediente ya singularizado, traído a la vista y devuélvase, conjuntamente con los documentos también tenidos a la vista al juez instructor, y devuélvase asimismo a esta Corte los tomos ordenados agregar para el conocimiento de los recursos.

Regístrese y archívese.

Redacción: Ministro Dobra Lusic.

Del voto en contra y prevención, su autor.

No firma el ministro señor Silva por encontrarse haciendo uso de licencia médica.

N° 6176-07 y acumulados Rol N° 6183-07; 6184-07;6185-07; 6186-07; 6188-07; 6198 -07; 6199-07; 6202-07; 6208-07 y 6209-07

Pronunciada por la Quinta Sala de esta I. Corte de Apelaciones conformada por los ministros don Juan Eduardo Fuentes Belmar, don Mauricio Silva Cancino y doña Dobra Lusic Nadal.