

Santiago, veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 1649-2004, seguidos ante el Ministro de Fuego señor Manuel Antonio Valderrama Rebolledo, por sentencia definitiva de primera instancia de siete de mayo de dos mil quince, escrita a fojas 204.466 y siguientes del Tomo 393, se resolvió de la siguiente manera:

“I.- EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

1.- Que se absuelve a Sergio Marcelo Moreno Saravia de los cargos formulados en su contra como presunto autor del delito de estafa.

2.- Que se condena a Jorge Juan Ballerino Sandford, Ramón Castro Ivanovic, Gabriel Mario Vergara Cifuentes, Sergio Marcelo Moreno Saravia, Juan Mac-Lean Vergara y Eugenio Castillo Cádiz, antes individualizados, en su calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y multa de once Unidades Tributarias Mensuales, más la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos por el tiempo de la condena.

3.- Que reuniéndose los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los sentenciados ya individualizados, siendo favorables los informes presentenciales rolantes a fojas 204.275, 204.305, 204.307, 204.382, 204.402 y 204.404, el beneficio alternativo de la libertad vigilada, por el lapso de cinco años, quedando sujetos a la vigilancia y orientación permanente de un delegado de libertad vigilada de Gendarmería de Chile y debiendo cumplir en su oportunidad los demás requisitos del artículo 17 de la ley citada. Para el evento que dichos condenados quebrantaren el beneficio concedido y deban cumplir efectivamente la pena privativa de libertad impuesta en esta sentencia, les servirá de abono los días que estuvieron privados de libertad, esto es, desde el 4 al 6 de octubre de 2007, respecto de Ballerino, Castro, Vergara, Castillo y Mac-Lean; referente a Moreno Saravia, los días 4 al 6 de octubre del 2007 y del 2 de septiembre al 2 de octubre de 2009, según consta de los Oficios del Regimiento de Policía Militar N° 1 de Santiago, rolantes a fojas 180.076, 180.077, 180.102, 198.387 y 197.489, respectivamente.



4.- Si los sentenciados no satisficieren la multa, sufrirán por vía substitutiva un día de reclusión por cada un quinto de unidad tributaria mensual sin que pueda exceder de seis meses.

5.- Que se decreta el comiso de los bienes embargados indicados en el motivo Décimo Primero de la presente sentencia.

II.- EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL:

1.- Que, en virtud de lo razonado en el motivo Décimo Tercero y siguientes, se rechaza la demanda civil deducida en el primer otrosí del escrito de fojas 202.973, por el Consejo de Defensa del Estado, en todas sus partes, por haberse acogido la excepción de prescripción, conforme a lo razonado precedentemente.

2.- Que no se condena en costas a la parte demandante por haber tenido motivo plausible para litigar”.

En contra del fallo singularizado precedentemente las defensas de los condenados Jorge Juan Ballerino Sandford, Sergio Marcelo Moreno Saravia y Juan Ricardo Mac-Lean Vergara dedujeron sendos recursos de casación en la forma.

Por otra parte, estas defensas y la del encausado Ramón Castro Ivanovic interpusieron recurso de apelación en contra del mismo fallo.

Finalmente, los abogados Pablo Rodríguez Grez y Fernando José Rabat Celis, por María Lucía Hiriart Rodríguez, han deducido recurso de apelación, en aquella parte que dispuso el comiso de los bienes embargados.

A fojas 205.302 evacuó su informe el Fiscal Judicial señor Raúl Trincado Dreyse, quien propuso aprobar el fallo de primer grado en lo consultado y confirmarlo en lo apelado, Sugirió, asimismo, la aprobación del sobreseimiento definitivo parcial decretado respecto de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte.

A fojas 205.315 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA:

1.- DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE JORGE JUAN BALLERINO SANDFORD EN LO PRINCIPAL DE FOJAS 204.957:



PRIMERO: Que la defensa de este encartado denuncia como vicio de invalidación formal de la sentencia aquel contenido en el numeral 9° del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N°s 4, 5, 6 y 7 del mismo cuerpo legal, por no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley.

Indica, en resumen, que en el presente caso resulta meridianamente claro que el fallo recurrido adolece de este vicio de casación, desde el momento en que no contiene ni la más mínima referencia, reflexión y menos resolución, en torno a la petición de sobreseimiento definitivo expuesta por su parte, en razón de configurarse en la especie la situación prevista en los artículos 408 N° 6, 686 y 684 del Código de Procedimiento Penal, dado que se razona, en su concepto, erradamente sobre la hipótesis del artículo 10 N°1 del Código Penal, que no ha sido esgrimida por la defensa.

Pide que se acoja el presente arbitrio, se anule la sentencia en la parte que condena al encausado Ballerino Sandford y en su reemplazo se declare que, habiendo caído en una enajenación mental incurable después del hecho imputado, se lo sobresee definitivamente en esta causa.

SEGUNDO: Que del análisis del fallo impugnado aparece que contrariamente a lo afirmado en el recurso de nulidad formal que se examina, el sentenciador de primer grado sí razona y resuelve la petición de sobreseimiento definitivo solicitada por la defensa de Ballerino Sandford, en los términos en que fue planteada, esto es, al amparo del artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 408 N° 6 y 686 del mismo cuerpo normativo, situación que se constata de la sola lectura del numeral 3° del motivo Décimo de la sentencia de primera instancia.

En efecto, la correcta inteligencia de lo expresado en dicho fundamento determina lógicamente concluir que la referencia efectuada por el juez a quo al artículo 10 N° 1 del Código Penal, tiene por exclusiva finalidad poner de manifiesto que pese a que el informe emitido por el Servicio Médico Legal en el Ord. N° 02920, de 12 de febrero de 2015, señala en su parte resolutive que el acusado Ballerino Sandford se encuentra afectado por demencia, tal condición “no logra satisfacer” el estándar de enajenación mental a que alude en citado precepto del código punitivo,



puesto que, en su concepto, el encartado no se encontraba a la fecha del fallo totalmente privado de razón, motivo por el cual, en definitiva, rechaza el sobreseimiento requerido.

Así las cosas, no siendo efectivo el vicio que se esgrime para sustentar la causal de nulidad que se invoca, debe necesariamente desestimársela.

2.- DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE SERGIO MARCELO MORENO SARAVIA EN LO PRINCIPAL DE FOJAS 205.230:

TERCERO: Que los abogados Luis Valentín Ferrara Valenzuela y Gustavo Promis Baeza, en representación del condenado Moreno Saravia, deducen recurso de casación en la forma en contra de la sentencia ya señalada, fundados en la causal del artículo 541 N° 9, en relación con el artículo 500 N°s 3, 4, 5 y 6, ambos del Código de Procedimiento Penal.

Afirman que la sentencia contiene un relato evidentemente insuficiente, falta de coherencia y claridad e inadecuado para permitir una calificación jurídica por parte del sentenciador y, en este caso, de los tribunales superiores de justicia y que, así las cosas, la falta de información respecto del encausado casi determina la total ausencia de razonamientos a su respecto.

Agregan que la sentencia no contiene las consideraciones por las cuales se dan por probados y no probados los hechos atribuidos a los procesados, ya que se limita a enumerar en el considerando Segundo parte de la prueba que obra en autos, a transcribir, también, parte de las declaraciones prestadas en el proceso, que en nada incumben al encausado en cuanto al delito por el que es condenado y a señalar, en el motivo Tercero, que se tienen por establecidos los hechos que indica, para luego concluir en el considerando Cuarto que tales hechos descritos se subsumen en el delito de malversación de caudales públicos.

Añaden que no se hace referencia a qué prueba permitió establecer que el acusado efectivamente sustrajo y/o permitió que se sustrajeran caudales públicos y que al no efectuarse una ponderación real y efectiva de la prueba que se enumera y transcribe sólo parcialmente, tampoco se logra arribar a un relato completo y coherente de los hechos que permita juzgarlos adecuadamente.



Argumentan, asimismo, que la vaga descripción de los hechos efectuada en el fallo impugnado dificulta gravemente la adecuada calificación jurídica de los mismos y el correcto establecimiento de la participación que a Moreno Saravia habría correspondido en ellos.

Sostienen, finalmente, que el fallo impugnado omite también consignar la cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda.

Piden que se acoja el recurso de casación en la forma, se invalide la sentencia impugnada en estos autos y se dicte otra en su reemplazo que absuelva a Sergio Marcelo Moreno Saravia de los cargos formulados en su contra.

CUARTO: Que la presente impugnación no puede prosperar, pues de la simple lectura de la sentencia impugnada se observa que el juez de primer grado analizó los antecedentes allegados al proceso y, desde su perspectiva, arribó a la conclusión de condena que ella infiere, satisfaciendo con ello suficientemente las exigencias que los recurrentes echan en falta.

En efecto, la sentencia contiene la exposición breve y sintetizada de los hechos que dieron origen a la formación de la causa y la exposición con claridad y precisión de los que han sido sometidos a la decisión del tribunal a quo. Por otra parte, el fallo de primer grado contiene además las consideraciones por las que se dan por probados o no probados los hechos atribuidos al encausado y manifiesta las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, citando las normas en que se funda.

De esta forma, los reproches que se realizan por los recurrentes más bien corresponden a una confrontación que se hace respecto de los razonamientos del tribunal con los suyos, al no estar de acuerdo con la valoración que el juez de la instancia hizo a la prueba allegada y de las conclusiones a que arribó, motivo que en caso alguno pueden constituir el fundamento de la causal invocada.

3.- DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE JUAN RICARDO MAC- LEAN VERGARA EN LO PRINCIPAL DE FOJAS 205.270:

QUINTO: Que los abogados Carlos Cortés Guzmán y Cecilia Errázuriz Goldenberg, en representación del condenado Mac-Lean Vergara,



interponen recurso de casación en la forma en contra de la sentencia antes referida, invocando al efecto la causal del artículo 541 N° 9, en relación al artículo 500 N° 4 y 5, todos del Código de Procedimiento Penal.

Refieren, en síntesis, que al contestar la acusación de oficio y la acusación particular, esa defensa sostuvo que la intervención del encausado a lo sumo puede estimarse constitutiva de encubrimiento, debiendo entenderse subsumida la conducta que se le imputa en autos en el artículo 17 N°1 del Código Penal y que, frente a tal alegación, la sentencia de primera instancia se limitó a analizar la participación punible que se asigna al acusado en el punto quinto del considerando Séptimo, indicando, luego, en el considerando Octavo, que la intervención que le correspondió es la de autor, sin hacerse cargo de la aludida petición de recalificación de su conducta.

Solicitan que se acoja el presente recurso y se enmiende con arreglo a derecho la sentencia recurrida, dictando el fallo de reemplazo que corresponda en derecho y que se atenga al mérito del proceso.

SEXTO: Que respecto de la omisión que observa el recurrente, consistente en no haberse realizado razonamiento alguno en relación a la solicitud de la defensa del encausado Mac-Lean Vergara en orden a calificar su intervención en los hechos en la figura del encubrimiento, situación omisiva que en la práctica impide la adecuada defensa de su representado, es menester señalar que tal como se advierte de la lectura de la sentencia en análisis, lo cierto es que el sentenciador de primer grado se limitó en el fundamento Octavo a elaborar una presunción judicial en cuya virtud concluye genéricamente que “los acusados han intervenido en calidad de autores en el delito que se les acusa”, sin expresar en dicho motivo, ni en algún otro, ni siquiera en el Décimo, en que se hace cargo de los descargos y peticiones planteadas en la contestaciones a la acusación, alguna reflexión acerca de la solicitud de recalificación de la participación que correspondió a Mac-Lean Vergara, por lo que el rechazo implícito que de ella puede colegirse conforme a lo expresado en lo resolutivo del fallo, carece de las indispensables consideraciones en cuya virtud se dan por no probados los hechos alegados en sus descargos para circunscribir su participación en el mero encubrimiento, ni las razones legales o doctrinales que sirvieron al



juez para establecer su intervención en carácter de autor, incurriendo de este modo en la causal de nulidad formal prevista en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 500 N° 4 y 5 del mismo cuerpo legal.

SÉPTIMO: Que sin perjuicio de lo dicho precedentemente, examinada la causal de casación invocada por los apoderados del sentenciado Mac-Lean Vergara, acontece en este caso que pese a que, como se ha dicho, efectivamente aquel motivo se configura, la presente no resulta ser la vía para subsanarlo, atendido el texto del tercer inciso del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 535 del de Procedimiento Penal, que después de enumerar las causales del recurso de casación en la forma establece que no obstante lo dispuesto en dicho precepto, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo. Dicha norma importa que aun cuando el vicio de casación denunciado pudiere ser efectivo, puede desestimarse el recurso si resulta evidente que el perjuicio sufrido por el recurrente puede ser reparado por una vía procesal diversa, como lo es el recurso de apelación.

En el presente caso los recurrentes de nulidad han deducido conjuntamente recurso de apelación fundados en presupuestos fácticos similares a aquellos en que cimentan su recurso de casación en la forma, lo que conduce necesariamente a su rechazo.

II.- EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a) se eliminan en el considerando Tercero numeral 13 la oración final que se inicia con la expresión “Todo esto”, hasta la locución “nacional”; en el numeral 14 la última frase a contar de la voz “Se evidencia”, hasta el sustantivo “cónyuge”; en el numeral 15, tercer párrafo, desde el gerundio verbal “Recordando”, hasta la palabra “nacional”; y en el numeral 31, el acápite que comienza con la dicción “una vez más”, hasta el adjetivo plural “falsas”.



b) en el numeral 52 del aludido motivo Tercero se sustituye el vocablo “lo malversado”, por “los montos de dinero que alguna vez se hallaron depositados en las” y se prescinde del término “montos” que sigue a la expresión “siguientes”.

c) en el fundamento Cuarto se excluyen los acápites signados con las letras g), i), j), k), l), m), n) y ñ) y se agrega en el párrafo enunciado con la consonante h), a continuación del adjetivo “acusados”, los apellidos “Ballerino Sandford, Castro Ivanovic y Moreno Saravia”.

d) en el considerando Quinto, párrafo d), se descarta la frase que se inicia con la afirmación “el será absuelto”, hasta la voz “se señala que”.

e) en el motivo Octavo se agrega a continuación de la palabra “acusados”, los apellidos “Ballerino Sandford, Castro Ivanovic y Moreno Saravia”.

f) se eliminan los fundamentos Décimo, Décimo Primero y Décimo Segundo.

g) se sustituye en el considerando Vigésimo Segundo el párrafo que comienza con la expresión “son hechos de la causa”, hasta la locución “décimo precedente”, por “es menester considerar sobre el particular: a) Que la última actuación relativa a los hechos que se investigan tuvo lugar el 29 de abril de 2004, cuando el acusado Castillo Cádiz cerró la cuenta que abrió a su nombre en el Banco Riggs el 14 de febrero de 1997, por lo que en la hipótesis más favorable a los intereses del Fisco -la que como se colige de los motivos en que se plasman las conclusiones sobre la materia, estos sentenciadores no comparten- debiese estimarse que desde dicha data debe contabilizarse el plazo de prescripción de la acción civil”.

Y SE TIENE EN SU LUGAR PRESENTE:

OCTAVO: Que esta Corte coincide con el tribunal a quo en cuanto a que los hechos que han resultado demostrados en el presente proceso, sobre la base de la valoración de la prueba reunida durante su substanciación, son aquellos que se describen detalladamente en el fundamento Tercero del fallo que se revisa, con las modificaciones antes dispuestas y sin perjuicio de las precisiones que más adelante se efectuará. Sin embargo, no ocurre lo propio respecto de la calificación jurídica de los mismos como delito continuado.



En efecto, sin perjuicio de la subsunción definitiva de tales hechos en alguna de las hipótesis previstas por el legislador, sea en la figura del artículo 233 del Código Penal o en alguna de las otras defraudaciones que tipifica la ley, ha de considerarse que, en abstracto, se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un solo todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas (Cury Urzúa, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica, séptima edición ampliada, 2005, página 654). Si bien la apreciación de una pluralidad de actos, separados cronológicamente unos de otros, que satisfacen todos ellos adecuadamente la descripción típica, puede resultar relativamente sencilla, no acontece lo mismo en cuanto a la determinación sobre cuál es y qué naturaleza tiene este vínculo al que se atribuye esta capacidad de unificar esas distintas acciones y en ello radica el problema esencial del delito continuado.

Pues bien, diversas teorías han sido formuladas por la doctrina para procurar explicar la naturaleza de este nexo, siendo recogidas algunas de ellas por la jurisprudencia, distinguiéndose principalmente entre teorías objetivas y subjetivas (dolo común), e incluso una concepción negativa, para la cual en tanto la institución es ajena a nuestro derecho debe prescindirse sin más de ella. No obstante lo anterior, a fin de corregir las soluciones desafortunadas a que puede conducir la aceptación de una u otra postura, surge aquella de acuerdo a la cual el delito continuado aparece como un problema de injusto típico. Se traslada por lo tanto la cuestión del nexo o vínculo, que en las concepciones tradicionales se pretendía presentar en el plano psíquico de la acción o en el formal del tipo, al ámbito material de la antijuridicidad. Así, es posible sostener que el delito continuado consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface en todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber. En términos más simples, el delito



continuado existe cuando, conforme a la representación del autor, no era posible consumarlo sino fraccionadamente (Cury, ob. cit., página 656).

NOVENO: Que en el escenario antes expuesto, podrá afirmarse la existencia de un delito continuado si, en primer término, se está ante un caso de pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo respectivo y si, en segundo, ha transcurrido un cierto lapso entre la ejecución de cada una de esas acciones, de modo que el hechor pueda ser sancionado, en principio, por cada una de ellas separada o aisladamente. Pero además, si desde el punto de vista del sujeto activo el fraccionamiento de la conducta aparecía como necesario para la consumación.

Un criterio semejante, pero con un punto de partida diverso, plantea que habrá continuidad si hipotéticamente la totalidad de lo ocurrido podría haberse logrado con un solo acto (o con varios, pero sin solución de continuidad, en un solo contexto de acción), en las circunstancias idealmente más favorables para el hechor (Etcheberry Orthusteguy, Alfredo, “Derecho Penal Parte General”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición revisada y actualizada, 1998, página 112).

DÉCIMO: Que sobre la base de lo razonado en los motivos precedentes, corresponde determinar si en el caso de la especie es posible apreciar la existencia de un delito continuado entre las acciones ejecutadas por los procesados y que se remontan a 1981.

Por de pronto, como primera cuestión fundamental y sin perjuicio de lo que se dirá en el motivo siguiente, resulta difícil afirmar la existencia de un delito continuado si en un lapso preciso de ese prolongado período de tiempo, las mismas o similares acciones que fueron ejecutadas en momentos temporalmente diversos por quienes han resultado en definitiva condenados, fueron realizadas también por otras personas respecto de quienes no se ha hecho efectiva su responsabilidad y que, es más, resulta procesalmente inadmisibles o impracticables hacerla en la actualidad.

En efecto, en la narración de los hechos que se contiene en el fallo -letra e) del motivo Cuarto- se expresa que en la primera cuenta que abren los encausados Ballerino Sandford y Castro Ivanovic en el Banco Riggs se depositaron dineros provenientes de los gastos reservados de la Nación,



asignados a las correspondientes reparticiones, esto es, Comandancia en Jefe del Ejército y Casa Militar, por la respectiva Ley de Presupuesto. En consecuencia, agrega el sentenciador, el carácter público de dichos fondos es indubitado, toda vez que necesariamente salen de las arcas del Estado de Chile, fondos que, finalmente, por medio de maniobras financieras de transferencias de dineros, terminan en poder de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, su familia y otros destinos, materializándose de esta forma la sustracción. Se añade luego que es así como las cuentas en el Banco Riggs se van aperturando (sic) con los saldos de dineros de las cuentas de sus antecesores más otros ingresos, que en relación a sus cargos y carentes de justificación de ingreso y egreso, no pueden sino provenir de gastos reservados, que reciben durante el tiempo que se mantienen abiertas: Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic abren la cuenta N° 35041-3 el 23 de noviembre de 1981, cerrada el 2 de julio de 1984, y la cuenta N° 35051-2 el 11 de enero de 1982, cerrada el 21 de enero de 1985. Con fondos de la cuenta N° 35041-3 se abre la N° 45052-8 el 1 de junio de 1984 a nombre de John Long, nombre usado por Ballerino Sandford para abrir esta cuenta, y es cerrada en el año 1985. Con dineros provenientes desde la cuenta de John Long y Ballerino se abre la cuenta N° 45087-4 el 21 de enero de 1985 a nombre de Guillermo Garín Aguirre y es cerrada el 4 de enero de 1988 y, a su vez, con dineros de esta cuenta se abre la N° 45138-5 el 4 de enero de 1988 a nombre de Gustavo Collao Mira, cerrada el 10 de abril de 1989. Con fondos de esta última cuenta se abre la N° 45166-6 el 10 de abril de 1989 a nombre de José Miguel Latorre Pinochet y es cerrada el 3 de abril de 1992. Con dineros provenientes de ésta se abre la cuenta N° 70934-5 el 13 de diciembre de 1991 a nombre de Gabriel Vergara Cifuentes, cerrada el 25 de mayo de 1995 y con fondos de la cuenta anteriormente mencionada se abre la N° 71046-7 el 27 de diciembre de 1994 a nombre de Juan Mac-Lean Vergara, la que es cerrada el 14 de febrero de 1997. Con fondos de ésta, por último, se abre la cuenta N° 71176-2 el 14 de febrero de 1997 a nombre de Eugenio Castillo Cádiz, la cual es cerrada el 29 de abril de 2004.

Como puede apreciarse, se tuvo por acreditado que con dineros provenientes de la cuenta de John Long y Ballerino se abrió la cuenta N°



GWJFBQELXB

45087-4 el 21 de enero de 1985 a nombre de Guillermo Garín Aguirre, la que es cerrada el 4 de enero de 1988, y a su vez con dineros de esta cuenta, se abrió la N° 45138-5 el 4 de enero de 1988 a nombre de Gustavo Collao Mira, cerrada el 10 de abril de 1989. Ambas personas fueron encausadas por estos hechos, pero esta Corte dejó sin efecto esos autos de procesamiento, de modo tal que no puede sostenerse ahora, al menos desde el punto de vista estrictamente procesal, que hayan incurrido en alguna ilicitud.

La conclusión anterior, según se adelantó más arriba, ciertamente dificulta, si no derechamente imposibilita la apreciación de un delito continuado en las conductas de quienes participaron en los hechos con anterioridad a las intervenciones de Garín Aguirre y Collao Mira, esto es, de Jorge Juan Ballerino Sandford y de Ramón Nicolás Castro Ivanovic, en términos de que sea posible atribuirles participación culpable también en los ilícitos acontecidos con posterioridad a 1989.

UNDÉCIMO: Que en segundo término y suponiendo que fuera factible calificar el hecho demostrado como delito continuado, es imposible dejar de advertir que quienes aparecen interviniendo en él y que han resultado en definitiva condenados no lo hacen durante todo el período de tiempo que se extiende ese hecho, sino en momentos precisos y determinados o en un determinado también lapso de años que no comprende en lo absoluto la totalidad.

Con lo anterior se quiere significar que desde una perspectiva puramente intelectual constituye un contrasentido afirmar que alguien ha participado continuadamente en algo que se ha prologado por alrededor de veinte años, en circunstancias que los actos que ejecuta se verifican únicamente en un período de menos de cinco. Es evidente que este sujeto (cualquiera de ellos que sea) no cuenta con el dominio del hecho sino en el período en que efectivamente interviene y que deja de estar en situación de poder decidir sobre la consumación cuando esa intervención cesa.

Por consiguiente, aun en la hipótesis de estimarse que el delito de autos debe calificarse como continuado, esta calificación sólo podrá eventualmente afirmarse respecto de quien ejecutó las conductas típicas, directa o mediatamente, durante todo el período a que se extiende el



continuo, pues sólo él no pudo representarse la consumación sino fraccionadamente. Los demás partícipes se entiende deben responder única y exclusivamente por el o los actos que ejecutan y no por otros en que no han realizado en modo alguno la conducta descrita por el tipo ni han estado en lo absoluto en situación de decidir sobre su realización.

Dicho de otro modo, no es posible hablar de participación en el delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal -o del fraude de que se trate-, por el hecho de haber intervenido en algunos de los actos aislados de defraudación, aun cuando se tenga conocimiento de los actos anteriores o futuros de un autor que interviene en todo el ciclo, como se dijo, directa o mediatamente. En rigor, el único que comete el delito continuado es aquel que interviene en la ejecución de los diversos hechos de alguna de las formas que prevé el artículo 15 del mismo Código, durante todo el periodo de tiempo en que éstos se extienden.

Así las cosas, si de alguien en este proceso puede afirmarse que incurrió en delito continuado -cuestión por lo demás discutible y que de hecho esta Corte no suscribe, apreciando más bien una simple situación de reiteración de delitos-, es únicamente de Augusto Pinochet Ugarte, pues a él, al menos como autor mediato, debe estimarse le cupo participación en cada uno de los actos que supusieron defraudación al erario nacional. La afirmación anterior no se opone en lo absoluto al sobreseimiento que respecto de este inculpado se ha decretado, pues lo que la muerte impide es hacer efectiva la responsabilidad penal, mas no fijar los hechos en un proceso del modo en que la abundante prueba rendida da clara cuenta que acontecieron y la participación que en ellos cupo al principal involucrado.

DUODÉCIMO: Que por las consideraciones expuestas en los dos motivos que anteceden debe entonces estimarse que a Jorge Juan Ballerino Sandford y a Ramón Nicolás Castro Ivanovic sólo puede atribuírseles responsabilidad por los hechos acontecidos, en el mejor de los casos, hasta 1985 y a Sergio Marcelo Moreno Saravia por sucesos ocurridos hasta 1991, de tal forma que al 1 de octubre de 2004, fecha en que puede estimarse el procedimiento se dirigió contra los delincuentes (en los términos a que se refiere el artículo 96 del Código Penal) al deducirse querrela contra Augusto



José Ramón Pinochet Ugarte y quienes resulten responsables por los hechos que en esa presentación se narraron, habían transcurrido con creces los términos de prescripción de la acción penal que se contemplan en el artículo 94 del citado cuerpo legal. La Corte estima que es la referida querrela criminal de fojas 1.452 la que ha de marcar el momento en que opera la suspensión de la prescripción a que se refiere el citado artículo 96, pues no existe en autos la pieza a que alude en alguno de sus pasajes la sentencia impugnada, específicamente, la denuncia de Carmen Hertz Cádiz y Alfonso Insunza Bascuñán.

En razón de lo anterior, no cabe sino concluir que la eventual responsabilidad penal de los nombrados Ballerino Sandford, Castro Ivanovic y Moreno Saravia se encuentra extinguida por prescripción y que, por consiguiente, debe dictarse sentencia absolutoria en su favor.

DÉCIMO TERCERO: Que en cuanto a la situación de Gabriel Mario Vergara Cifuentes, Juan Ricardo Mac-Lean Vergara y Eugenio Fernando Castillo Cádiz es necesario efectuar consideraciones especiales.

En efecto, a estos acusados se les atribuye la ejecución de actos que tienen lugar hasta mayo de 1995 el primero, febrero de 1997 el segundo y abril de 2004 el tercero y que se identifican -el último de cada uno de ellos- con el cierre de las cuentas corrientes. Considerando estas fechas y que el hecho que se les atribuyó, esto es, la figura del N° 3 del artículo 233 del Código Penal tiene asignada en abstracto por la ley pena de crimen, no resultaría aplicable a su respecto lo sostenido en el motivo anterior, pues el término de prescripción de la acción penal tratándose de crímenes es, conforme al citado artículo 94, de diez años.

Pues bien, sin perjuicio de lo antes expuesto, corresponde determinar si el delito cometido por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz es efectivamente el del artículo 233 del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que de conformidad a este precepto, será castigado con las penas que para cada caso se señala el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigere o consintiere que otro los substraiga.



Ahora bien, no existe duda en orden a que los nombrados tenían a la fecha de los hechos la calidad de empleados públicos, sobre la base de lo que al efecto dispone el artículo 260 del Código Penal. Señala esta norma que se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado, sin que obste a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

Despejado lo anterior, exige también el tipo que el empleado público tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro. La expresión “teniendo a su cargo” que emplea el legislador se refiere a que al funcionario público le competa la custodia de los caudales o efectos, esto es, no se alude a una tenencia ocasional, sino a valores o caudales que se le confían en razón de su función. Es por ello que se ha sostenido que en la malversación el funcionario abusa de su cargo y que, en rigor, el bien jurídico protegido es la probidad administrativa o funcionaria y no necesariamente el interés fiscal, aun cuando la pena se gradúe de acuerdo al monto de lo malversado.

De cualquier forma, el deber especial de custodia y resguardo debe emanar de la ley o el reglamento, excluyéndose por tanto los casos de apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con motivo u ocasión del desempeño de su cargo o simplemente por azar o mero accidente. Por consiguiente, serán principalmente las disposiciones propias del Derecho Administrativo las que determinen cuándo los caudales o efectos estarán al cuidado del funcionario en razón de su cargo y, asimismo, será también necesario que el empleado desempeñe el cargo en alguna cualquiera de las calidades que esa rama del Derecho contempla, en virtud de una disposición legal o de un nombramiento formal y, como se expuso, también que el cargo, dentro de las disposiciones o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados.

Como puede advertirse, la descripción típica exige que los caudales o efectos públicos o de particulares hayan sido confiados al empleado público en razón de su cargo, de manera tal que si no es así, comete únicamente un



delito común. Dicho de modo diverso, si el empleado sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, comete apropiación indebida o hurto simple o calificado por abuso de confianza, pero no el delito del artículo 233.

DÉCIMO QUINTO: Que son hechos de la causa, fijados en los puntos iv., v. y vi. del acápite 52.- del motivo Tercero del fallo que se revisa, que a la fecha de apertura de la cuenta N° 70934-5 el 13 de diciembre de 1991, el titular Gabriel Vergara Cifuentes ostentaba el cargo de Secretario Privado de Augusto Pinochet Ugarte; a la fecha de apertura de la cuenta N° 71046-7 el 27 de diciembre de 1994, el titular Juan MacLean Vergara ostentaba el cargo de Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército; y que a la fecha de apertura de la cuenta N° 71176-2 el 14 de febrero de 1997, el titular Eugenio Castillo Cádiz ostentaba el cargo de Ayudante Militar.

Ahora bien, conforme consta de la prueba documental allegada al proceso, específicamente del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia en Jefe del Ejército de 1987, aprobada por “Orden de Comando N° 6415/278”, de 8 de enero de 1988, los cargos de Secretario Privado de Augusto Pinochet Ugarte, Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército y Ayudante Militar no conllevaban la custodia ni la administración de caudales públicos y, mucho menos, de fondos calificados como reservados en el presupuesto nacional.

En efecto, el artículo 24 de la referida normativa que describe las tareas específicas del cargo de “Ayudante Personal” del Comandante en Jefe del Ejército -al que debe asimilarse el de “Secretario Privado” de aquél, por no corresponder este último a uno que tuviese existencia legal entre 1988 y 2005, época en que el aludido reglamento fue modificado, toda vez que conforme al artículo 22 del mismo el Grupo Personal del Comandante en Jefe estaba integrado por el Ayudante Personal, por el Oficial de Órdenes y por la Agrupación de Seguridad y Protección- no contempla la de custodia de dineros en los términos referidos en el acápite anterior, sin que pueda ser óbice a lo afirmado el hecho de que el literal j. de dicha preceptiva señale entre sus labores la de “recibir, administrar y rendir cuenta de los fondos



destinados a gastos menores de la Ayudantía y Grupo Personal”, pues aquéllos se refieren evidentemente a montos reducidos, cotidianamente conocidos como “de caja chica”, sin que exista tampoco en el proceso alguna imputación relativa a la desviación o apropiación ilícita de este tipo de dineros.

Por su parte, el artículo 52 del citado reglamento que detalla las tareas del Departamento de Relaciones Públicas del Ejército y de la Comandancia en Jefe de dicha institución no contempla quehacer alguno que diga relación con la custodia y/o manejo de fondos de ninguna especie, siendo tal descripción de funciones extensiva por cierto al cargo de Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército.

DÉCIMO SEXTO: Que sobre la base de lo concluido en el motivo anterior es posible sostener que los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz no incurrieron en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal, sin que obste a esta afirmación la calidad de empleados públicos que cada uno de ellos ostentaba al momento de ejecutar las conductas que se les reprocha, pues, como se dijo más arriba, es evidente que efectivamente tenían tal condición. Lo que aquí interesa, se insiste, es que esta última no importaba que tuvieran a su cargo caudales o efectos públicos.

Lo anterior no significa en lo absoluto sustentar la atipicidad de las acciones ejecutadas por estos encausados, sino únicamente descartar la subsunción de aquéllas en la figura específica del señalado artículo 233 y, en rigor, en cualquiera de las previstas en el Título V del Libro II del Código Penal, especialmente de los párrafos 5 y 6. Como también antes se expresó, los nombrados no tenían “a su cargo” -en los términos que esta expresión fue precisada- los caudales o efectos públicos que malversaron, de tal modo que su calidad de empleados públicos únicamente puede, en el mejor de los casos, agravar su responsabilidad en conformidad a la circunstancia 8ª del artículo 12 del Código Penal.

Tampoco obsta a la afirmación efectuada en el párrafo primero de este fundamento el hecho de que quien interviene como autor mediate de los hechos -Augusto Pinochet Ugarte- y que aparece sirviéndose de autores ejecutores dolosos -Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz-,



haya tenido él a su cargo los caudales o efectos públicos malversados, pues su condición de sujeto activo cualificado -empleado público que tiene a su cargo causales o efectos públicos- no se comunica respecto de quienes no concurre esa cualificación.

En razón de todo lo dicho y de lo que se expondrá a continuación, la conducta de los nombrados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz ha de subsumirse en la figura del N° 1 del artículo 470 del Código Penal, esto es, del delito de apropiación indebida.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en efecto, de conformidad a esta norma comete delito de apropiación indebida el que en perjuicio de otro se apropiare o distrajere dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

Como se desprende de su lectura, son dos los verbos rectores de que se sirve el legislador -apropiarse y distraer-, siendo el segundo de ellos el que interesa a este proceso. En términos generales distraer supone dar a la cosa recibida un uso o destino diferente de los que le están asignados, esto es, diverso de aquellos que el título autoriza, y subjetivamente supone conocimiento de ello, acompañado con la voluntad de realización.

DÉCIMO OCTAVO: Que los fondos reservados corresponden a dineros que la Ley de Presupuesto coloca a disposición de determinadas autoridades del Estado con el objeto de que ellas los utilicen, de acuerdo a las facultades que las propias leyes les entregan. Se emplean en forma discrecional y de su manejo se rinde cuenta a la Contraloría General de la República, pero no en detalle, sino en forma global, presumiéndose su buena inversión.

La regulación de este tipo de partida presupuestaria se encontró radicada hasta el año 2003, en que se promulga la Ley N° 19.863, en el Decreto Ley N° 406, del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1932. En la expresión de motivos de dicha normativa se especifica que *“para fines de seguridad interior y mantenimiento del orden y tranquilidad públicos es indispensable la inversión de fondos cuya rendición de cuentas no pueda ser sujeta a las disposiciones generales que rigen la materia”*, por lo que *“para regularizar*



esta situación y facilitar en lo sucesivo las inversiones de esta naturaleza que sea indispensable autorizar, procede determinar de antemano la forma en que deberán rendirse las cuentas correspondientes”.

La escueta normativa que reglamentó esta materia entre 1932 y el año 2003, básicamente indicaba que se consideraría como suficiente rendición de cuentas de la inversión de dichos fondos, los recibos globales que se presentaran.

De este modo, durante aquel periodo lo cierto es que la Contraloría General de la República no registraba ni inquiría detalles acerca del uso de tales ítems de presupuesto, limitándose únicamente a velar porque en aquellos casos en que el monto a que ascendía tal partida era efectivamente conocida a través de la Ley de Presupuesto, no se sobrepasase el monto permitido.

En cuanto al procedimiento que se empleaba, es dable resaltar que las peticiones de utilización de un gasto reservado normalmente eran orales y que a consecuencia de un requerimiento de esa especie, el Jefe de Finanzas o su equivalente en la institución, giraba habitualmente con cargo a una cuenta del Banco del Estado, tras lo cual se emitía un “Certificado de Buena Inversión” que ingresaba directamente a las oficinas del Contralor General.

Frente a la dificultad evidente que impone dilucidar el buen o mal uso de este tipo de dineros, que eran usados discrecionalmente y cuyo funcionario a cargo se encontraba exento de rendir cuentas, aparece pertinente señalar que ya en 1974 la Contraloría General de la República expresó mediante Dictamen N° 25600, que *“los gastos reservados o secretos no escapan fundamentalmente a las reglas que rigen en general a todos los gastos públicos, porque se trata de egresos previstos presupuestariamente y que deben efectuarse en fines de carácter público y no contrarios a la ley”*, añadiendo, enseguida, que *“corresponde privativamente a la autoridad administrativa calificar los fines de interés público en que deban invertirse los recursos analizados, dentro de objetivos lícitos, esto es, en finalidades propias de la administración del estado que no hayan sido vedadas por la ley, lo expuesto no significa eximir de responsabilidad a quienes dispusieron su aplicación en fines que no correspondían a objetivos propios de la*



administración del estado, o prohibidos por la ley, inversión ilegítima, que de ser establecida, puede ser perseguida por la vía jurisdiccional, aun habiéndose otorgado por contraloría el finiquito de sus respectivas cuentas, sin formulación de reparos”.

En este mismo sentido, el Dictamen N° 17.404, de 10 de junio de 1988 refiere, en lo que interesa, que “*siempre debe considerarse normativa estatutaria propia de la respectiva institución; y, conforme al principio de especialidad del servicio público, gastos aludidos deben condecir con funciones y objetivos propios que orgánicamente competen a cada institución acorde con la ley*”.

DÉCIMO NOVENO: Que en el caso de la especie, los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz recibieron dineros a los que debía darse un determinado destino y les dieron uno diverso, pues la condición de gasto reservado no facultaba ni autorizaba para destinarlo al patrimonio personal de un sujeto o al de sus familiares. Dicha distracción evidentemente causó un perjuicio al Fisco de Chile, el que no pudo ver satisfechas las necesidades públicas que se suponía esos dineros debían satisfacer.

En este escenario, en consideración al monto de lo indebidamente apropiado por cada uno de los mencionados inculcados, la pena privativa de libertad que para cada caso asigna la ley (que es lo que interesa por las razones que se dirá) es la que contempla el inciso final del artículo 467 del Código Penal, esto es, presidio menor en su grado máximo.

Pues bien, conforme al artículo 21, en relación al artículo 3°, ambos del mismo cuerpo legal, dichos ilícitos deben calificarse de simples delitos y ello trae aparejado como consecuencia que el término de prescripción de la acción penal, conforme al ya citado artículo 94, es de cinco años y empieza a correr, conforme al artículo 95, desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Esta última regla obliga a determinar en qué momento tiene lugar el último acto comisivo, pues a partir de éste habrá de computarse ese término de cinco años.

VIGÉSIMO: Que en el caso del acusado Gabriel Mario Vergara Cifuentes, se le atribuye intervención desde el 13 de diciembre de 1991 con



motivo de la apertura de la cuenta N° 70934-5 y hasta el 25 de mayo de 1995, cuando la misma es cerrada. Sin perjuicio de que la acción de cerrar la cuenta pueda estimarse o no como constitutiva de un acto de ejecución de la conducta descrita por el tipo del N° 1 del artículo 470, lo cierto es aun en el evento de atribuir a este hecho tal significación, al 1 de octubre de 2004, fecha en que debe estimarse operó la suspensión conforme se expuso en el motivo Duodécimo de este pronunciamiento, el término de prescripción se hallaba íntegramente cumplido. En razón de ello, Vergara Cifuentes debe ser absuelto de los cargos que se le atribuyó en la acusación judicial, por encontrarse extinguida su eventual responsabilidad penal.

Respecto de Juan Mac-Lean Vergara cabe señalar otro tanto, pues se le atribuye participación con motivo de la apertura de la cuenta N° 71046-7 el 27 de diciembre de 1994, la que fue cerrada, cesando su intervención, el 14 de febrero de 1997. Siguiendo el mismo razonamiento desarrollado en el párrafo anterior, se cumplen también en este caso los supuestos para declarar la prescripción de la acción penal que nace del ilícito imputado a este encausado, de tal suerte que debe ser también absuelto de la acusación.

En relación, por último, a Eugenio Castillo Cádiz, los razonamientos han de ser diversos, pues se atribuye a éste participación con motivo de la apertura de la cuenta N° 71176-2 el 14 de febrero de 1997, la que es cerrada el 29 de abril de 2004 y, por lo mismo, comprendería un período de tiempo que abarca el lapso de cinco años contados retrospectivamente desde la fecha de interposición de la querrela.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que al efecto cabe señalar que la prueba documental y pericial permite tener por acreditado que la cuenta N° 71176-2 fue abierta con una transferencia de \$41.667,70 dólares estadounidenses desde la cuenta N° 71046-7 de Juan Mac-Lean Vergara y que durante su vigencia se efectuó en ella un depósito de \$7.500 dólares estadounidenses desde la cuenta N° 115-391-494 de Augusto Pinochet Ugarte en el Banco Espirito Santo de Miami. La misma prueba permite tener por acreditada otra transferencia de \$3.985 dólares estadounidenses desde el Banco Atlántico Madrid el 5 de mayo de 1999 y que el titular de la cuenta efectuó un depósito de \$5.200 dólares estadounidenses el 13 de diciembre de 1999.



El detalle de los movimientos de la cuenta N° 71176-2 se leen a fojas 199.140 a 199.143 y, efectivamente, no se aprecian más ingresos que los antes señalados.

Pues bien, si el término de prescripción del delito de apropiación indebida que puede imputarse a Castillo Cádiz es de cinco años y, como se dijo, se cuenta retrospectivamente desde la fecha de interposición de la querrela, sólo los actos que digan relación con la cuenta N° 71176-2 ejecutados después del 1 de octubre de 1999 y hasta el momento de su cierre el 29 de abril de 2004 podrá estimarse no quedan cubiertos por la prescripción de la acción penal y pueden, por lo tanto, ser eventualmente castigados.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que los ingresos de la referida cuenta en el período señalado se limitan a los \$5.200 dólares estadounidenses depositados el 13 de diciembre de 1999 e intereses y los egresos, además de impuestos, corresponden al giro de cheques por \$2.500, \$1.000, \$2.000 y \$10.000 dólares estadounidenses de 14 de agosto y 15 de noviembre de 2001 los dos primeros y de 2 de mayo de 2001 y 27 de diciembre de 2002 los dos restantes, más las transferencias de \$5.600 y \$3.961 dólares estadounidenses el 11 de septiembre de 2003 y el 29 de abril de 2004, fecha esta última que coincide con el cierre de la cuenta.

Ahora bien, algunos de los documentos que dan cuenta de estas operaciones y de la apertura de la cuenta fueron entregados al tribunal de primera instancia por el propio acusado Castillo Cádiz, según consta a fojas 17.011, y permitieron al perito Leonardo Ernesto Torres Huechucoy, del Departamento de Control de Gestión y Sistemas de Información y Auditoría de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, evacuar el informe de fojas 199.110. En lo que interesa, cuando citado a prestar declaración el perito aludido se refiere específicamente a la intervención de Castillo Cádiz indica que respecto de la cuenta que éste administró “no fue posible determinar destinos públicos ni privados” (fojas 199.462) y que la cuenta de éste se abrió con una transferencia desde la cuenta de Mac-Lean y pudo por lo mismo “incluir tanto dineros vinculados a propósitos públicos como privados” (fojas 210.343).



Pero aún más esclarecedor para justificar la conclusión a que se arribará a continuación es lo que declara el mismo perito a fojas 201.343, en orden a que en la cuenta N° 71176-2 abierta por Eugenio Castillo Cádiz ingresaron \$7.500, \$3.985 y \$5.200 dólares estadounidenses, que al desconocerse el depositante no es factible conocer el origen primario o inicial de esos dineros y que al desconocerse el origen tampoco puede determinarse si corresponden o no a caudales públicos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, como puede apreciarse, incluso en el evento de considerarse en detalle las operaciones en que se vio involucrado Castillo Cádiz con posterioridad al 1 de octubre de 1999, no es posible concluir, con el grado de convicción que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que se configure el delito de apropiación indebida de dineros fiscales, ante la imposibilidad (más que dificultad) de poder determinar el origen de los fondos, sin perjuicio de todo lo que podría eventualmente sostenerse respecto de la participación no sólo de éste sino también de los acusados Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara, en relación al conocimiento cabal y completo de los hechos que integran el tipo.

La norma recién citada exige para justificar una condena que el tribunal que juzga adquiera convicción de que realmente se ha cometido un delito y esa convicción debe necesariamente adquirirse “por los medios de prueba legal”. En el caso de la especie la prueba rendida, valorada con sujeción a las estrictas reglas que prevén los artículos 459, 464, 472, 473, 477, 478 y 488 del Código de Procedimiento, no permite adquirir esa convicción y la alternativa que prevé la misma ley para esa situación es solo una: la absolución.

VIGÉSIMO CUARTO: Que luego de todo lo dicho, cabe señalar a modo de conclusión que por las razones expuestas en los motivos Octavo a Undécimo resulta jurídicamente improcedente calificar los hechos atribuidos a los acusados Ballerino Sandford, Castro Ivanovic, Moreno Saravia, Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz como constitutivos de un delito continuado, sino que debe considerarse que cada uno de ellos es autor del o los hechos específicos que se les atribuye y en el



peor de los escenarios, en rigor, en coautoría (mediata) con Pinochet Ugarte.

Por lo anterior, la acción penal emanada de los hechos que pudieren estimarse configuran el delito de malversación de caudales públicos y que se atribuyen a los tres primeros nombrados -no obstante que por el monto de lo substraído serían subsumibles en la hipótesis del N° 3 del artículo 233 del Código Penal castigados con pena de crimen-, se encuentra prescrita, pues Ballerino Sandford, Castro Ivanovic y Moreno Saravia sólo toman parte en la ejecución de los mismos de manera inmediata y directa hasta 1984, 1985 y 1991 respectivamente, en circunstancias que la prescripción de la acción se suspende recién el 1 de octubre de 2004.

Por su parte, por las razones que se expresó en los motivos Décimo Cuarto a Décimo Sexto, no es posible estimar que Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz sean sujetos activos del hecho punible descrito en el citado artículo 233 y en la hipótesis de considerarse que cometen un delito, éste sólo puede ser el de apropiación indebida, conforme se concluyó en el párrafo final del último de estos fundamentos y se justificó en el Décimo Séptimo. Ahora bien, en tanto este ilícito tiene asignada en la ley siempre pena de simple delito, la acción penal para perseguir al responsable prescribe en cinco años. De este modo, cualquier eventual responsabilidad de Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara es imposible hacerla efectiva, pues los delitos que se les atribuyen se encuentran también prescritos, en tanto sus intervenciones cesan en 1995 y 1997 respectivamente.

Finalmente, en relación a Castillo Cádiz, respecto de quien no es factible declarar la prescripción de la acción penal de las conductas delictivas en que hubiere eventualmente incurrido con posterioridad al 1 de octubre de 1999, lo cierto que no es posible siquiera tener por acreditadas tales conductas delictivas, según se expuso y justificó latamente en los motivos Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo.

Como corolario de la síntesis contenida precedentemente y según ya fue adelantado, la decisión que corresponde en derecho adoptar es la absolución de todos los acusados.



VIGÉSIMO QUINTO: Que se ha decidido también en el fallo de primer grado absolver a Sergio Marcelo Moreno Saravia de los cargos formulados en su contra como autor del delito de estafa y, en cambio, ha sido condenado como autor de malversación de caudales públicos.

Sin perjuicio de la absolución que se ha dispuesto respecto de este encausado de acuerdo a lo expresado en los razonamientos precedentes, lo cierto es que corresponde que tal decisión del a quo sea dejada sin efecto, pues lo que el tribunal de primer grado efectuó, como se reconoce por lo demás en el motivo Sexto, fue únicamente una recalificación jurídica de los hechos, mas aquéllos que se atribuyó a este encausado en el auto acusatorio se estimaron demostrados y lo propio ocurrió con la participación, de modo que mal pudo absolvérsele, sin perjuicio de la recalificación de la conducta mediante su subsunción en un tipo penal diverso, como en el hecho aconteció.

VIGÉSIMO SEXTO: Que en lo que atañe finalmente al recurso de apelación deducido por los abogados Pablo Rodríguez Grez y Fernando José Rabat Celis, en representación de María Lucía Hiriart Rodríguez, que en su petitorio solicita revocar el fallo del tribunal a quo en la decisión que ordena el comiso de los bienes embargados en este proceso a Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, es menester apuntar, en primer lugar, que como se sabe el artículo 31 del Código Penal estatuye: *“Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”*.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que sin perjuicio de que no fue posible hacer efectiva la responsabilidad penal de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte en esta causa, por haber fallecido antes de ser siquiera procesado en la misma por los ilícitos investigados -situación que como se alega en el recurso impidió a su defensa controvertir las imputaciones penales que se le efectuaron- es imposible desconocer que en el proceso existe evidencia probatoria más que suficiente para estimar plenamente demostrado que aquél incurrió en conductas que importaron sustracción de caudales públicos y, en este escenario procesal, ciertamente es dable colegir



razonablemente que los bienes individualizados en el eliminado motivo Décimo Primero del fallo de primer grado pueden considerarse como los efectos de la perpetración de sus conductas delictuales cometidas en perjuicio del erario nacional.

En efecto, tal como expresa el sentenciador de primer grado, se desprende del Informe Pericial evacuado por el Departamento de Control de Gestión y Sistemas de Información y Auditoría de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile que las remuneraciones e ingresos de Pinochet Ugarte provenientes de fuentes legítimas ascendieron durante toda su vida militar y política a la suma de \$1.427.588,55 dólares estadounidenses, cantidad que no resulta suficiente para acreditar la adquisición de la gran cantidad de bienes raíces y muebles embargados en estos autos, ni para justificar el dinero que mantenía en su patrimonio, lo que de acuerdo al informe antes mencionado alcanza en su conjunto un valor equivalente a \$21.363.761,30 dólares estadounidenses, concluyéndose en el motivo Tercero, N° 46, del fallo que se revisa, que los ingresos sin justificación ascendieron al menos a \$17.866.323,20 de la misma moneda.

Así las cosas, acreditada la sustracción de fondos públicos que fueron destinados a acrecentar ilegítimamente el patrimonio de Pinochet Ugarte, resulta evidente que cualquier bien que forme parte de aquél y que matemática y contablemente no haya podido ser adquirido por él con el superávit de sus ganancias legales, corresponde a un elemento material con que el autor de los ilícitos apuntados se benefició tras la perpetración de los mismos.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en relación a lo expresado precedentemente es menester recordar que desde hace bastante tiempo, frente a la comprobación empírica de que en muchos casos la cosa juzgada afecta directa o reflejamente a terceros, la doctrina viene replanteando los términos absolutos con que tradicionalmente se ha esgrimido la regla del Digesto: *res judicata tertió neque nocet neque prodest*, para explicar los efectos de esta institución.

Así, el problema que generan los efectos de la sentencia respecto de terceros será apreciable al constatar que una vez pronunciada podrá repercutir en la realidad jurídica de aquéllos, generando efectos indirectos o



secundarios, puesto que si bien el tercero no es alcanzado por el efecto de cosa juzgada que se produce entre las partes, le afecta la sentencia concebida como un hecho jurídico.

“Efectivamente, constituye un principio aceptado por la doctrina procesal que la sentencia recaída en un proceso jurisdiccional puede provocar perjuicios en la esfera jurídica a los terceros que no han sido partes en él. En algunos casos es la misma ley la que dispone estos efectos directos para los terceros, que se ven vinculados a la eficacia de una sentencia judicial sin haber participado como parte en el juicio donde se pronunció, como ocurre con las que constituyen el estado civil. La eficacia directa es aquella propia de la sentencia según el tipo de acción que fue objeto del proceso: de condena, constitutiva o declarativa. En cambio, la eficacia refleja (o secundaria) alude a los efectos que un fallo judicial no pretende producir directamente, sino que derivan de la dictación de una sentencia, en cuanto se comporta como un hecho jurídico procesal. Los efectos reflejos se explican, en la mayoría de los casos, por la vinculación que pueden presentar las relaciones jurídicas materiales, razón por la cual cuando una sentencia condena, declara o constituye, puede influir también sobre otras relaciones jurídicas conexas a las que fueron materia de la decisión” (Romero Seguel, Alejandro, “La Cosa Juzgada en el Proceso Chileno”, Editorial Jurídica, 2002, página 104).

Al tercero le afecta la eficacia refleja de la cosa juzgada, por lo que pese a no haber intervenido en el juicio, la validez de dicha sentencia le alcanza al adquirir a su respecto tal decisión y los hechos sobre los cuales se asienta los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad y es esta la situación jurídica procesal que ha de considerarse para entender por qué es posible afirmar la responsabilidad penal de un sujeto que tras su fallecimiento no alcanzó a ser procesado, ni acusado en esta causa criminal en relación a los hechos relacionados con la sustracción de fondos públicos consignados en partidas presupuestarias de gastos reservados.

VIGÉSIMO NOVENO: Que no obstante lo señalado precedentemente, no es posible soslayar que en un Estado de Derecho existen determinados principios que reglamentan la imposición de las penas y, en lo que dice relación a la de comiso, debe necesariamente considerarse



que según expresa el artículo 19 N° 7 letra g) de la Constitución Política de la República: *“La Constitución asegura a todas las personas:... 7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: ... g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”*.

Luego, la exégesis sistemática del artículo 31 del Código Penal, a la luz de la disposición constitucional antes transcrita, determina necesariamente concluir que aún en el evento de que se rehuyera la alegación que sostiene la imposibilidad de imponer una pena accesoria cuando ella no accede a ninguna otra de carácter principal, como en efecto acontece en este caso, sosteniendo la naturaleza complementaria e, incluso, independiente del comiso -afirmación esta última que no tiene reconocimiento jurisprudencial ni doctrinal alguno-, lo cierto es que dicha pena sólo puede disponerse contra un inculpado declarado legalmente culpable y condenado por juez competente. La legislación internacional sobre la materia que podría sostenerse va en sentido inverso al indicado, además de posterior y por tanto inaplicable por expresa disposición constitucional, se construye sobre la base de ciertos supuestos de hecho de procedencia enteramente distintos a los del presente proceso.

Por otra parte, no es posible jurídicamente decretar en la sentencia el comiso después de la muerte del presunto culpable, pues ello, en principio y sin perjuicio de las presiones que más adelante se efectuarán, importaría disponer una pena en contra de sus herederos. En este sentido, como bien se sabe, las penas deben ser personales, es decir, deben recaer sobre el directamente responsable y nada más que sobre él, sin que sus efectos puedan redundar en perjuicio de terceros.

Ratifica el aserto anterior lo expresado en el numeral 1° del artículo 93 del Código Penal que establece perentoriamente que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable “siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada” y, en este entendido, no es posible olvidar que en nuestra legislación constituyen penas pecuniarias la multa, el comiso y la caución.



GWJFBQELXB

Sobre este punto, a mayor abundamiento, es preciso recordar que desde el instante en que una persona fallece o bien se extingue legalmente, su patrimonio pasa, de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley, a sus herederos, quienes de conformidad a lo previsto en los artículos 688 inciso primero, 722 y 1097 del Código Civil, adquieren el dominio de los bienes y asumen las obligaciones del causante. Los derechos y obligaciones o deberes intransmisibles se extinguen por el hecho de la muerte.

Si bien resulta atinado razonar que no es posible adquirir el dominio por sucesión por causa de muerte sobre bienes que no son efectivamente de dominio del causante, situación en las que se encontrarían los efectos que son el directo producto de un ilícito, ciertamente no sucede lo mismo con aquellas especies que tras ser adquiridas mediante la utilización de dichos efectos o sirviéndose de ellos, han ingresado al patrimonio del delincuente a través de otro medio de adquirir el dominio, situación que es posible advertir aquí, en que las especies que figuran embargadas en autos no corresponden al efecto originalmente obtenido con la comisión del delito, sino que a bienes adquiridos por Pinochet Ugarte con los efectos de la sustracción de caudales públicos, los que ingresaron eficaz y legalmente, más no legítimamente, a su patrimonio, por lo que a su fallecimiento pasaron de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley a sus herederos, quienes de este modo adquirieron legalmente su dominio.

En este mismo orden de ideas, en su calidad de pena el comiso el comiso no puede ser aplicado a las personas que son sólo civilmente responsables de los hechos, quienes en su caso, de ser compelidos a responder del daño producido a la víctima, deberán hacerlo mediante el pago de las indemnizaciones civiles que se les imponga judicialmente satisfacer, como colofón natural del proceso que al efecto corresponda haber incoado al agraviado.

Aún en el caso que se trate de una especie que pudiere calificarse como cuerpo del delito, el comiso será aplicable sólo si la cosa pertenece al condenado, lo que es de toda lógica, puesto que en caso contrario vendría a sufrir la pena un tercero, en circunstancias que la esencia de ella es la pérdida del dominio, de la posesión o de la tenencia material de un bien, como una sanción que se impone al sentenciado.



TRIGÉSIMO: Que en corroboración de lo afirmado en el motivo anterior el Código de Procedimiento Penal contempla en los artículos 114 y 115 un procedimiento especial conocido como “reclamaciones o tercerías”, destinado a permitir la devolución de los instrumentos y efectos del delito cuando ellos pertenecieran a un tercero inocente, situación que el actual Código Procesal Penal regula en su artículo 189.

De este modo, el aludido artículo 114 preveía: *“Los instrumentos, armas u objetos de cualquiera clase que parezca haber servido o haber estado destinado para cometer el delito, y los efectos que de él provengan, ya estén en poder del presunto culpable o de otra persona, serán recogidos por el juez, quien mandará conservarlos bajo sello y levantar acta de la diligencia, que firmará, si pudiere, la persona en cuyo poder aquéllos han sido encontrados.*

El juez adoptará las medidas conducentes para que las especies recogidas se mantengan en el mejor estado posible.

Si entre dichos objetos se encuentran vasos u otras cosas sagradas, el juez ordenará que sean separados de los demás y guardados con especial cuidado”.

A su turno, el artículo 115 establecía: *“Las reclamaciones o tercerías que las partes o terceros entablen durante el juicio con el fin de obtener la restitución de los objetos de que se trata en el artículo precedente, se tramitarán por separado en la forma de un incidente, y la sentencia se limitará a declarar el derecho de los reclamantes sobre dichos objetos; pero no se efectuará la devolución de éstos sino después de terminado el juicio criminal o antes, si en concepto del juez no fuere necesario conservarlos.*

Lo dispuesto en el inciso precedente no se extiende a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño en cualquier estado del juicio, una vez que resulte comprobado su dominio y sean valoradas en conformidad a la ley”.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que como conclusión todo lo reflexionado en los motivos que anteceden, se hará lugar a lo solicitado en la apelación que rola a fojas 205.257 y se revocará la decisión de la sentencia del tribunal a quo en cuanto dispone el comiso de las especies



embargadas en este proceso a Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, por resultar ello jurídicamente improcedente.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que tras la decisión que se anuncia en el considerando que antecede estos sentenciadores estiman necesario destacar que el Fisco de Chile tuvo la oportunidad procesal de resguardar el erario público a través de las herramientas que el ordenamiento procesal prevé.

En este sentido, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, contó con la posibilidad de interrumpir la prescripción de la acción civil mediante su ejercicio durante el sumario o, como se ha entendido jurisprudencialmente, a la luz del artículo 450 bis del mismo cuerpo legal, con su mero anuncio, constituyéndose de ese modo en parte civil, lo que no aconteció en este proceso, no pudiendo desconocerse que al amparo del artículo 2316 del Código Civil: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos”.

Luego, si no se dispuso en esta causa de la estrategia procesal eficiente y efectiva a efectos de preservar el patrimonio fiscal que resultó lesionado mediante su ilegítima sustracción, lo cierto es que no posee atribuciones legales el órgano jurisdiccional para oficiosamente disponer medidas que apunten a dicha finalidad.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que a fin de dar cumplimiento a la exigencia contenida en el inciso final del artículo 514 del Código de Procedimiento Penal, se deja expresamente manifestado que en razón de las consideraciones expuestas en los motivos que anteceden, disiente parcialmente esta Corte del parecer del señor Fiscal Judicial, emitido en su dictamen de fojas 205.302, en virtud del cual proponía al tribunal desestimar los recursos de casación y confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado la sentencia de primer grado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 510, 526, 527, 528 bis, 535, 543 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

I.- **Se rechazan** los recursos de casación en la forma deducidos por las defensas de Jorge Juan Ballerino Sandford en lo principal de la



presentación de fojas 204.957, de Sergio Marcelo Moreno Saravia en lo principal del escrito de fojas 205.230 y de Juan Ricardo Mac-Lean Vergara en lo principal de fojas 205.270:

II.- **Se revoca**, en su parte apelada y consultada, la sentencia de siete de mayo de dos mil quince, escrita de fojas 204.466 a 204.935 del tomo 393, en cuanto condena a Jorge Juan Ballerino Sandford, Ramón Castro Ivanovic, Gabriel Mario Vergara Cifuentes, Sergio Marcelo Moreno Saravia, Juan Mac-Lean Vergara y Eugenio Castillo Cádiz, como autores del delito de malversación de caudales públicos; y en su lugar se decide que se les absuelve de la acusación judicial formulada en su contra a fojas 202.822 y de la acusación particular deducida por el Consejo de Defensa del Estado a fojas 202.973.

III.- **Se revoca**, asimismo, el aludido fallo en cuanto decreta el comiso de los bienes embargados en el proceso, y en su lugar se dispone el alzamiento de tales gravámenes.

IV.- **Se deja sin efecto** la absolución que enuncia la sentencia de primer grado respecto de los cargos que se le efectuaron, en su oportunidad, a Sergio Marcelo Moreno Saravia como presunto autor del delito de estafa, en virtud de las razones formuladas en el motivo Vigésimo Quinto.

V.- **Se aprueba** el sobreseimiento parcial definitivo de veinte de diciembre de dos mil seis, escrito a fojas 172.727 del Tomo 325.

Acordada la decisión de revocar el fallo de primer grado en la parte que absuelve al acusado Castillo Cádiz y dispone el comiso de los bienes embargados, contra el voto de la Ministra señora Melo, quien fue de opinión de confirmar la sentencia en dichos acápites por las consideraciones que expone mas adelante, previniendo, además, consideraciones distintas, sobre la calidad de delito continuado y aquellas para tener por prescrita la acción penal respecto de los encausados conforme a las siguientes consideraciones:

I.- En cuanto a los recursos de apelación deducidos en autos:

1º) Que la defensa de Jorge Ballerino Sandford, en el primer otrosí de fojas 204957, deduce recurso de apelación en contra de la sentencia que se revisa, solicitando que se la revoque y se absuelva al encausado de todos los cargos formulados en su contra.



Sustenta el recurso, en síntesis, en la circunstancia que el encartado no tenía la custodia ni disposición de fondos públicos, su conducta sólo se limitó a recibir depósitos y obedecer órdenes de transferencias. En este sentido señala, reiterando aquello planteado al contestar la acusación, la inexistencia de coautoría en los hechos investigados, la circunstancia que la conducta desplegada por el acusado es aislada del resto de los actos ejecutados por los demás sujetos condenados en esta causa.

Sostiene además que existe falta de tipicidad de la conducta desplegada por el encartado respecto del tipo de malversación de caudales públicos. En efecto, el delito de malversación de caudales públicos por el que se le condena exige como conducta típica que el autor el que sustrae o consienta en que otros sustrajeren caudales o efectos públicos o de particulares, tenidos en depósito, consignación o secuestro. Se trata de un delito especial impropio, pues exige la presencia de una cualidad especial en el sujeto en este caso, la de ser funcionario público con deber de custodia respecto de los caudales malversados. Continúa señalando que el comportamiento referido a la sustracción no tiene que necesariamente estar vinculado a un acto de apropiación por parte del empleado público, pues, perfectamente puede ocurrir que el mismo lo reintegre en el instante que surge al deber de devolución, siendo esa la razón por la que se suele advertir en doctrina que no se trata propiamente de un delito comisivo similar al hurto, sino de uno de carácter omisivo, similar al de apropiación indebida que exige, además de la sustracción propiamente tal, que el funcionario, requerida la rendición de cuenta respectiva, no reintegre los caudales o efectos que pudieran faltar en ella, haciéndose necesario distinguir entre la esfera de custodia del empleado como funcionario público o como persona privada, debiendo considerarse la primera a efecto de establecer la eventual configuración del delito.

De lo anterior resulta que en el presente caso el encausado Ballerino, en caso alguno sustrajo dineros públicos, sino que sólo se limitó en su calidad de Jefe de la Casa Militar del Ejército de Chile, a administrar correcta y legítimamente ciertos fondos públicos, específicamente, gastos reservados recibidos en función de su cargo conforme a los criterios, políticas y reglamentos que respecto de los mismos existían en la época, no



GWJFBQELXB

surgiendo por tanto nunca para él la obligación de reintegrar dinero alguno, pues al rendir la cuenta respectiva, estos fueron adecuadamente justificados y aprobados. De lo dicho resulta que la conducta desplegada por el encartado es atípica y por lo tanto, no sujeta a reproche penal, ello en atención a que no existía la obligación de reintegrar los fondos con que se abrieron las cuentas corrientes referidas en los hechos de la acusación, dado que la rendición de cuentas que en su oportunidad hizo, fue aprobada por quienes estaban llamados a revisarla y observarla en caso de ser necesario.

Además de lo anterior, sostiene la recurrente que el señor Ballerino actuó en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, razón por la que estima que conforme lo dispone el artículo 10, N°10, del Código Penal, estaría exento de responsabilidad penal. Añade que se justifican las actuaciones de apertura de cuenta corriente y movimiento en las mismas, cuando cada una de aquellas y cada uno de sus movimientos, dicen relación con una necesidad de carácter político, ejecutadas en su rol de Jefe de la Casa Militar y guardando relación directa con ese cargo. No se trata de dineros destinados a su enriquecimiento personal o al de su familia, sino que se trata de acotados fondos que fueron destinados a un fin en esa oportunidad y en especiales circunstancias, fin considerado como legítimo y que se entendía como necesario para la estabilidad nacional.

Agrega que, en todo caso, la acción penal respecto de los hechos por los cuales el señor Ballerino ha sido condenado, está prescrita. Al efecto, indica que los hechos en que intervino el acusado, transcurrieron entre los años 1981 y 1985, esto es, a 19 años de la iniciación de la presente causa criminal, de tal suerte que la responsabilidad penal se encuentra extinguida respecto de él, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 93, N°7, en relación con el 94 y siguientes, todos del Código Penal, por cuanto de estimarse que los hechos son constitutivos de un delito y considerarse que los mismos tienen la categoría de crimen, conforme a las penas que se vinculan al delito de malversación de caudales públicos habiendo transcurrido 10 años desde que el mismo se encuentra consumado, la posibilidad de perseguirlo queda extinguida.

2º) Que en lo principal de fojas 205.230, la defensa del condenado Sergio Marcelo Moreno Saravia, interpone recurso de apelación en contra



de la sentencia que se revisa, solicitando que se revoque el fallo impugnado, determinando finalmente la absolució n completa del se ñor Moreno respecto de los ilícitos que arbitrariamente se le imputan haber cometido.

Refiere que el laudo respecto del que se alza resulta agravante para esta parte, toda vez que conforme a las probanzas sobre comisió n, participació n y autoría y a la existencia de los hechos mismos en que se hace consistir cada uno de los ilícitos, no se configuran, debiendo entonces dictarse sentencia absolutoria.

3º) Que la defensa del condenado Ramón Castro Ivanovic, a fojas 205.248, también recurre de apelació n en contra del fallo de que se trata, solicitando en definitiva que se revoque el fallo recurrido y se declare que se absuelve al encartado de los cargos formulados en su contra o subsidiariamente se recalifique su participació n o aminore su responsabilidad, morigerando la pena impuesta, acogiendo una o más de las defensas, eximentes, atenuantes y/o beneficios alegados.

Sostiene al efecto que, el fallo recurrido ha aplicado la teorí a judicial del delito continuado a un caso en que no procedía considerarla y mediante una aplicació n de la analogía *in malam partem*, prohibida en el derecho penal según la doctrina unánime; no ha reconocido tampoco, las demás alegaciones y defensas, ni todas las atenuantes alegadas.

En primer término reitera la petició n de absolució n por falta del conocimiento y voluntad en la realizació n de los elementos del tipo penal. Indica, asimismo, en relació n a este tó pico, que no se ha establecido en la sentencia recurrida ningún indicio que acredite que los fondos con que se abrió las cuentas corrientes en el Banco Riggs Miami, su procedencia específica y su destino final iban a ser objeto de una sustracció n en perjuicio del Fisco de Chile por parte de terceros, má xime que estos siempre estuvieron bajo la responsabilidad de quien era el Jefe de la Casa Militar, de modo exclusivo y excluyente, en este caso el General Jorge Ballerino Stanford y finalmente, del propio Augusto Pinochet Ugarte. Lo que hace el fallo es establecer que se desconoce el origen de los fondos y presupone su mala utilizació n en los términos ya rese ñados.

Arguye que los ingresos que se se ñalan tuvo la cuenta corriente indicada, los efectuó el se ñor Ballerino quien manejaba los antecedentes en



GWJFBQELXB

su oficina y sin comunicárselos al encausado. Por otra parte y, a mayor abundamiento, la operación de la referida cuenta la llevó a cabo el mencionado Ballerino del modo que estimó más conveniente. Tanto es así, que de mutuo propio la cerró el 2 de julio de 1984 abriendo otra con el nombre ficticio de John Long, actividades todas respecto de las que el encartado estuvo en el más absoluto y total desconocimiento.

Otro argumento para solicitar la absolución del encausado Castro, dice relación con la rendición de cuenta de los fondos reservados en el caso de aquellos que se cursaban a través de la Secretaría General del Ejército, siempre se efectuó conforme lo disponía la ley de presupuesto de la República, vale decir mediante un certificado de buena inversión que no acredita sino sólo que estos se correspondían con el uso reservado, más no su destino final. La conducta realizada por el señor Castro es una neutra y, consecuentemente, no resulta punible.

Por otra parte arguye que el tipo penal del artículo 233 del Código Penal exige que el empleado público tenga a su cargo caudales públicos, los sustraiga o consienta que otro los sustraiga. En el caso de marras, del propio tenor de la acusación se desprende que quien tenía los caudales a su cargo era el General Augusto Pinochet Ugarte a la sazón también Presidente de la República. La sustracción no es una conducta que haya desplegado el señor Castro, tampoco consciente que otros los sustraigan, ya que quien mantiene el dominio del hecho del destino de los fondos es el propio señor Pinochet Ugarte, superior jerárquico y jefe de la Nación. Agrega que, habiendo por diversas razones decaído la persecución penal en contra del señor Pinochet Ugarte y su familia, resta considerar la atribución de responsabilidad al encausado como un exceso del ejercicio del *ius puniendi* que no se condice con las exigencias del principio de culpabilidad.

En subsidio de lo anterior, solicita que se declare extinguida la responsabilidad penal por concurrir los presupuestos de la prescripción de la acción penal por delito de malversación de caudales públicos, ello en atención a que, sin perjuicio de la inocencia que se alega en base a los antecedentes referidos, atendido el tiempo estimado en que cesó el último comportamiento delictivo que se imputa al señor Castro y el 4 de octubre de 2007, fecha en que fue notificado de la auto de procesamiento dictado



GWJFBQELXB

en su contra, transcurrió más allá del plazo de 10 años previstos en la ley para prescribir la acción penal de delitos que tengan asignada pena de crimen, conforme lo dispone el artículo 94 del Código Penal. Al efecto indica que sólo se suspendió la prescripción una vez notificado el auto de procesamiento, no hubo interrupción de la prescripción, puesto que no cometió ningún otro crimen o simple delito en el tiempo intermedio.

Para establecer el plazo desde el cual debe contabilizarse la prescripción de la acción penal, refiere que se debe reconocer que el hecho que se imputa al señor Castro es la apertura de la cuenta N°350412-3 el día 23 de noviembre del año 1982 y cerrada el 2 de julio de 1984, y la cuenta N°35051-2, abierta el 11 de enero de 1982 y cerrada el 21 de enero de 1985, cualquiera sea el movimiento de dichas cuentas en los tiempos intermedios, queda de manifiesto que transcurrieron más de 10 años desde su cierre a la fecha de notificación del auto de procesamiento, restando sólo declarar prescrita la acción penal de marras en conformidad lo establecido en el artículo 94 del código penal.

Con todo, refiere que el fallo aplica la teoría judicial del delito continuado, considerando para ello las sucesivas aperturas de cuentas corrientes y con los mismos dineros a partir del 23 de noviembre de 1981 sin interesar la identidad de los terceros que intervienen en la apertura de los mismos cerrando la última el 29 de abril de 2004. Ahora bien, tratándose del señor Castro sólo las cuentas señaladas precedentemente y entendiendo la forma en que se estructura la aplicación de la teoría judicial del delito continuado, la paradoja entonces radica en que se ha aplicado en perjuicio del acusado y no, como de su historia y naturaleza es sabido, a su favor para morigerar una pena que habría resultado más gravosa de aplicarse las normas que regulan el concurso ideal o real de delitos. En todo caso agrega, en la especie no concurre el más básico de los presupuestos para la aplicación de la misma, esto es la denominada “unidad de autor” que constituye la base para discernir la concurrencia de los otros requisitos judiciales que han de verificarse. Recuerda que en este proceso se revocó el procesamiento y se decretó el sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal a favor del señor Gustavo Collao Mira, quien según consta en autos, el 4 de enero de 1988 había abierto la cuenta corriente N° 45138-



5, cerrándola el 10 de abril de 1989, fecha muy posterior a la última actuación que se le atribuye el señor Castro.

En cuanto a la acusación particular del Consejo de Defensa el Estado, destinada a que se considerara como reiterado un delito sin indicar cuál, en qué época y condiciones, sostiene que ello no concurre en la especie. Refiere que la querrela original dirigida en contra del señor Augusto Pinochet Ugarte y su familia no ha de constituir la base para fundamentar reproche alguno en contra de terceros ajenos a la sustracción que se imputa, máxime cuando ni siquiera estuvo en su original pretensión atribuir responsabilidad al señor Castro. La querrela del Consejo de Defensa del Estado no consideró al encausado y su acusación no es otra que una copia literal del auto acusatorio que no imputa una actuación por reiteración, ya que además de no reunirse los presupuestos de un sector de la doctrina que los recoge y, que en todo caso, no se encuentran previstos en la ley, simplemente, no existen variados hechos que alcancen el estándar que exige su aplicación de considerar la concurrencia de más de un hecho punible, sólo ha de poder ser castigado como concurso material de delitos al amparo de lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal o bien, la solución concursal más favorable que la ley establezca en su beneficio

En subsidio de lo anterior, pide se declare la extinción de la responsabilidad penal por concurrir los presupuestos de la media prescripción de la acción penal por delito de malversación de caudales públicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 103 del Código Penal.

En subsidio, pide que se recalifique la conducta atribuida al señor Castro a la de cómplice, puesto que esta causa originalmente dirigida en contra del señor Augusto Pinochet Ugarte y familia, se diseñó sobre la base de imputarles autoría de los depósitos y giros de fondos reservados. Una vez que dicho intento fracasó por diversos motivos, restó continuar con terceros ajenos a los hechos nucleares de sustracción de dinero del erario que restaron impunes para quienes se habrían aprovechado de lo mismo. Esto explica que la acusación no discurra sobre qué tipo de autoría se le imputa al señor Castro, lo que no es baladí desde el momento en que la falta de prueba del concierto previo que exige la norma del N°3 del artículo 15 del Código Penal, tratándose de actos neutrales como es la apertura de una



cuenta corriente por orden de un superior jerárquico y sin mediar atisbo de antijuridicidad, obligaría a lo sumo atribuir calidad de cómplice de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo, que no podría imponerse en base al principio de accesoriedad que exige atribuir responsabilidad a un autor. La recalificación pedida se funda en el carácter accesorio a la conducta desplegada por un autor directo de los mismos, en este caso el general Augusto Pinochet Ugarte, quien sólo el tiempo pudo revelar que se favorecía a sí mismo y a sus familiares, mediante órdenes a sus subalternos, quienes cumplían cometidos ni obvios ni evidentemente delictuales y por los que hoy están siendo acusados.

Alega, por otra parte, la concurrencia de la eximente del artículo 10, N°10, del Código Penal y en subsidio, la eximente incompleta del artículo 11, N°1, ello en atención a que de los antecedentes de autos se desprende que el señor Castro obró en cumplimiento de una orden que le imponía al deber de acatarla conforme la sujeción irrestricta del mando al que se encontraba subordinado.

Sostiene que efectivamente concurre la circunstancia minorante responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior y reitera la alegación de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11, N°9, del Código Penal.

4º) Que en el primer otrosí de fojas 205270, la defensa del condenado Juan Ricardo Mac-Lean Vergara, deduce recurso de apelación, solicitando que se absuelva a su representado, desde que la sentencia definitiva dictada en estos autos le causa agravio, remitiendo sus argumentaciones a aquellas vertidas al momento de deducir recurso de casación en la forma en contra de la misma resolución

5º) Que a fojas 205257, los abogados Pablo Rodríguez Grez y Fernando Rabat Celis, deducen recurso de apelación en contra de la sentencia en alzada en representación de doña María Lucía Hiriart Rodríguez, solicitando que se revoque en la parte que dispone el comiso de los bienes embargados en estos autos y en su lugar se declare expresamente que los bienes de Augusto Pinochet Ugarte no son objeto de decomiso, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan deducirse a su respecto, las



cuales, a su juicio, se hallan prescritas por el transcurso del tiempo, todo ello con expresa condenación en costas.

Sostienen al efecto que el General Augusto Pinochet Ugarte fue sobreseído definitivamente en conformidad al artículo 93, N°1, del Código Penal, esto es, por muerte del procesado, quedando extinguida su responsabilidad y simultáneamente toda posibilidad de aplicarle una pena personal. Indican que, tampoco podría aplicarse una pena pecuniaria, puesto que a su muerte no había recaído sentencia ejecutoriada, refieren que no se dedujo en su contra ni de su sucesión acción civil de ninguna naturaleza, ni a su fallecimiento había recaído sentencia definitiva ejecutoriada. De lo anterior se sigue que a partir del sobreseimiento definitivo, perdió toda justificación respecto de este procesado, quien además se haya amparado por el principio de inocencia, toda vez que ninguna sentencia podría afectarlo por razones obvias

La resolución que sobresee definitivamente al General Pinochet Ugarte tiene el carácter de sentencia definitiva en el proceso, produciendo el desasimiento del tribunal a su respecto. En consecuencia la sentencia pronunciada no puede afectar personalmente a don Augusto Pinochet ni puede afectar, tampoco, pecuniariamente a sus sucesores, quienes para todos los efectos legales sobrevinientes son los continuadores de su persona conforme al artículo 1097 del Código Civil.

Conforme lo señalado, observan que sorprende que en este marco jurídico pueda aplicarse una pena penal a una persona que no ha sido parte del proceso y que tiene para todos los efectos la calidad de inocente puesto que no podrá condenársele por la comisión de un delito. La aplicación de una pena personal o pecuniaria a un procesado sobreseído durante el curso el sumario, rompe todos los principios más elementales del derecho, tanto más en presencia de una norma expresa que fija con precisión los efectos del sobreseimiento.

Indican, además, que lo obrado en estos autos infringe la garantía constitucional del debido proceso legal consagrada en el artículo 19, N°3, inciso quinto, de la carta política fundamental. En efecto, la sentencia judicial pronunciada no se funda en un proceso previo legalmente tramitado en relación al General Pinochet, dado que no existe proceso desde el



momento mismo de su sobreseimiento, ni siquiera se le ha permitido como es obvio deducir sus alegaciones y defensa. Sin perjuicio de lo anterior, se le aplicó una pena penal como si fuere parte del proceso, siendo condenado después de muerto. La decisión adoptada en la sentencia en relación a Augusto Pinochet Ugarte lesiona el patrimonio de los sucesores, continuadores de su persona al hacer efectiva a su respecto la confiscación universal de sus bienes, sanción extrema que hace excepción a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19, N°24 de la Constitución Política de la República.

Indican que el General Pinochet, a la luz de lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, no tiene bajo ninguna circunstancia la condición exigida en la ley para ser sujeto pasivo de la pena de comiso aplicada, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de una supuesta responsabilidad civil que debe reclamarse en la sede que corresponde y en el plazo establecido en la ley si ella procediere.

6º) Que a fin de abordar los temas y cuestionamientos planteados por las defensas de los encartados, esta disidente revisará primero aquellas alegaciones comunes que han sido traídas a discusión, para luego, abordar por separado las referidas a los encartados en particular. Finalmente, se hará cargo de los cuestionamientos referidos al comiso decretado por el tribunal a quo.

II.-SOBRE CALIFICACION DE DELITO CONTINUADO:

7º) Que una primera cuestión, que resulta necesario revisar, dice relación con la calificación jurídica dada a los hechos sentados por el tribunal a quo, en cuanto a la existencia del delito de malversación de caudales públicos, descrito y sancionado en los artículo 233 y siguientes del Código Penal, en carácter de continuado.

En efecto, esta disidente coincide con el tribunal a quo en el sentido de establecer que nos encontramos frente a la figura delictiva consagrada en el artículo 233 del Código Penal, esto es, malversación de caudales públicos, cumpliéndose en los hechos, los requisitos para que dicha figura típica se configure a la luz de los antecedentes fácticos establecidos en el fundamento tercero del fallo que se revisa, lo que deriva, luego, en esta calificación desde que los encartados en su calidad de funcionarios públicos, sustrajeron para



beneficio particular de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y su familia, fondos públicos provenientes del erario nacional concretándose de esta forma la acción material de apoderamiento de los fondos que tenían bajo su cargo en virtud de ser ellos Jefes de la Casa Militar, Edecán y Secretarios Privados, todos ex oficiales del Ejército de Chile.

8º) Que en lo relativo al carácter de continuado del ilícito señalado, debe indicarse que dicha creación corresponde al resultado de una respuesta jurisprudencial, doctrinaria y finalmente legal (en algunos países), frente a casos en que una pluralidad de acciones u omisiones resultan mejor aprehendidos penalmente desde una perspectiva unitaria, que se debe distinguir de otras figuras similares, como los delitos complejos, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diferentes y que pueden afectar bienes jurídicos diversos; de los delitos permanentes, en los cuales su naturaleza está dada por una situación fáctica en que cada instante de su ejecución puede ser imputado a su consumación; de los delitos contra pluralidad de acciones, en que el propio tipo penal le resulte indiferente que la acción descrita se cometa una o varias veces; y de los delitos habituales, en los cuales su fundamento está dado precisamente por la necesidad que la conducta se ejecute reiteradamente, atendido que esta figura presupone la comisión de varios actos típicos que podrían ser sancionados de manera independiente, pero que por alguna razón -que es donde radica la parte medular de su interés penal- resulta más apropiado sancionarlas como un todo, unitario.

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringe la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza y se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o tentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito. (Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, Edit. Tirat Lo Blanch, 8º edición, Valencia 2010, pág.469).

Siguiendo los mismos autores, es una ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de considerar que sólo había un delito de hurto para evitar las graves penas que había



que imponer a los autores del tercero. Éstas y otras razones fundamentalmente procesales hicieron que la institución del delito continuado fuera acogida en el Código Penal Italiano.

En nuestro país el delito continuado no está consagrado legalmente. El Código Penal únicamente regula el concurso real, en el artículo 74, y el concurso ideal y medial, en el artículo 75.

El profesor Enrique Cury, ha encontrado, en el artículo 75 citado, fundamento para establecer una respuesta punitiva al delito continuado.

Así sostiene que “si se admite que las conductas componentes de un delito continuado están vinculados por un nexo de necesidad que, sin amalgamarlas tácitamente, la somete a una valoración conjunta, el precepto legal que resuelve sobre su punibilidad se encuentran el inciso segundo del artículo 75 del Código Penal. En efecto, el fraccionamiento necesario sitúa las acciones continuadas en relación de medio a fin y, así, ellas satisfacen todas las características de la situación prescrita por esa norma.” (Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal, Parte General, Edit. Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 279).

La falta de consagración legal y de un tratamiento doctrinario acabado respecto de esta figura, ha derivado en considerar que el delito continuado implica una solución para aquellos casos en que los hechos no están suficientemente acreditados, lo que resulta una solución completamente anacrónica con las exigencias constitucionales y procesales de acreditación y determinación de los hechos que conlleva los modernos sistemas acusatorios, donde la carga de la prueba corresponde al ente acusador y la sanción a la falta de acreditación de los hechos que imputa al acusado es simplemente la absolución.

En la jurisprudencia chilena han existido algunos casos en que se han unificado varios hechos en la figura del delito continuado, principalmente, por la falta de acreditación de los hechos de manera independiente y clara, sancionándolos como un solo delito, solución que si bien parte de una base dudosa, al condenar por hechos que no se sabe cuándo ocurrieron, al menos se traduce en una pena proporcionada a la actividad probatoria desplegada por el acusador, pues reconociéndose la pluralidad, se sanciona como un solo delito. El nexo de unidad, en la mayoría de los casos, se apoya en la



unidad de dolo. (Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 2011, Rol N°2576-2011).

9º) Que extendiendo el análisis sobre el delito continuado, en cuanto a la naturaleza del bien jurídico, existen tres teorías que abordan la materia. La primera, teoría de la ficción, que propone que el delito continuado no es más que una ficción creada por la ley con el objeto de morigerar las penas al existir una realidad de hechos y concurriendo otros requisitos. Esta corriente estructural del delito continuado radica en la concurrencia de elementos objetivos y uno subjetivo, que sirve de fundamento para unificarlos ficticiamente. Una característica que la distingue es que parte de la base que cada una de las acciones u omisiones constituye un delito. Así lo indicaban Francesco Carrara, para quien “la noción de este delito, por lo menos en el sentido que siempre lo entendieron los prácticos italianos, presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación de ley.” (Programa de Derecho Penal, Parte General, Volumen I; Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1990, pág. 345).

Ahora bien esa conclusión, lleva a preguntarse ¿cómo determinar dónde y cómo funciona la continuidad?, acentuándose el carácter artificial de la figura, dado que la unificación al no tener su fundamento en su estructura, debemos encontrarla en su finalidad, que no puede ser otra que aplicar una pena más benigna para el hechor. Así lo ha decidido la Excelentísima Corte Suprema de Chile, que ha señalado “que la figura del delito continuado sólo puede aplicarse en cuanto beneficia el delincuente tal como acontece en la especie, debido a la carencia de normas jurídicas que la consagre, fundado en la unidad jurídica del hecho delictivo fruto de una creación del derecho consuetudinario” (Rol N°5276-2011).

10º) Que, la segunda teoría se ha denominado de la realidad natural, para la que el delito continuado es en realidad una unidad real y natural, esto es, no una pluralidad de acciones, sino que una sola, que está determinada por la unidad de dolo. Al existir un dolo unitario, los distintos actos conforman una unidad natural de acción, lo que no es más que “el medio de comisión, el instrumento usado por el delincuente para conseguir el resultado querido por su acto y siendo este querer único, única también es su resolución, aunque de hecho múltiple sean las herramientas y se



fraccione al hacer en el tiempo” (Pedro Ernesto Correa, El Delito Continuado; Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1999, pág 155).

Esta teoría recurre al concepto de la unidad de dolo como elemento unificador de las diversas acciones, que pasan a considerarse como parte de la acción única, reportándose esta unidad como verdadera y real, de tal manera que las distintas acciones aun constituyendo cada una por sí un delito, no son más que una parcial realización de un resultado total por haber sido realizadas en virtud de una única resolución.

11º) Que una tercera posición sobre la materia, denominada teoría de la realidad jurídica, sostiene que una pluralidad de acciones puede ser unificada por el derecho cuando se dan ciertos requisitos, a diferencia de la teoría de la ficción, en la primera la fuente jurídica que permite la unificación es formal, como la ley.

La Corte Suprema de nuestro país se ha extendido respecto de la noción del delito continuado como una unidad jurídica de acción, precisamente, para salvar las dificultades probatorias de varios hechos, señalándose que “en estas circunstancias corresponde calificar los hechos como delito continuado, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, pues no es posible determinar las circunstancias de tiempo y lugar para distinguir un hecho de otro, por lo que a su falta de determinación debe ser sancionado como un solo hecho, toda vez que las diversas acciones típicas ejecutadas por el acusado entre fines del año 2006 a julio de 2007 no han podido ser precisadas en cuanto a la fecha de su comisión ni a las particulares circunstancias en que se produjeron. Éste institución que ha sido creada por los autores fundamentalmente para la aplicación de la sanción en los delito de hurto y que se ha incorporado a los códigos penales de España e Italia, supone una hipótesis de unidad jurídica de acciones, que se ha desarrollado para evitar la aplicación de penas excesivas, incluso en delitos de índole sexual” (Citado por Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, págs.339 y siguientes).

12º) Que al decir del Profesor Cury, en obra citada, se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipo delictivo de la misma especie, no



obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas. El problema fundamental consiste en determinar cuál es y qué naturaleza tiene el vínculo al que se atribuye la eficiencia de unificar las distintas acciones.

A este respecto las opiniones se encuentran divididas y sobre los elementos del delito continuado, existen básicamente dos corrientes o teorías que intentan abordar desde sus respectivas orientaciones la enunciación de los componentes del delito continuado, una de corte subjetivo, que busca el nexo de unión de las distintas acciones u omisiones en un elemento de carácter psíquico y la segunda, de carácter objetivo, que entiende aglutinadas las diversas acciones al concurrir una serie de circunstancias objetivas que le dan un sentido. Finalmente la teoría mixta, que toma criterios de ambas vertientes.

El sentenciador de primer grado siguió la tesis objetiva arribando a la conclusión de encontrarnos frente a un delito de malversación de caudales públicos de carácter continuado.

Sin perjuicio de ello, con el objeto de establecer lo que en criterio de esta disidente corresponde aplicar sobre la materia, valga referirse sucintamente a estas posiciones doctrinarias.

13º) Que la teoría subjetiva, al decir de la Profesora María Castiñeira (El delito Continuo, Bosch, Casa Editorial, S.A.-Urgel, 51 bis, Barcelona), otorga protagonismo al elemento interno como factor de unificación de las distintas acciones o una relación de identidad o semejanza entre una parte subjetiva (constituida por el dolo o la culpa) de cada una de las acciones. Tal identidad o semejanza debe derivar de la identidad de las circunstancias externas que impulsan al sujeto a actuar.

Señala por su parte el Profesor Cury, que de un punto de vista subjetivo, dominante en la doctrina y la práctica, la conexión es el resultado de que las distintas acciones se encuentren orientadas por un dolo común en su opinión, este criterio no resiste un examen atento, pues la voluntad de concretar el hecho típico tiene que ser renovada cada vez que se emprende la ejecución de cada una de las distintas acciones. Tratándose el dolo de la voluntad que se realiza en el acto, su persistencia temporal en un periodo



durante el cual nada se está ejecutando es insostenible. En la práctica, además, esta concepción conduce a soluciones desafortunadas, se pregunta el Profesor Cury ¿por qué motivo habría de castigarse conforme a las disposiciones que regulan el concurso real al sujeto débil de carácter que sucede a tentaciones vocacionales en diversas oportunidades, concediendo, en cambio el beneficio de tratarlo como autor de un delito único al que mantiene una voluntad criminal perseverante, proponiéndose desde un principio la ejecución de varias acciones delictuales de una misma especie?

La teoría objetiva, por otra parte, no ofrece una solución satisfactoria, desde que la unidad de lugar, de objeto material, del sujeto pasivo o de bien jurídico atacado, tampoco suministran criterios aprovechables. En el fondo los partidarios de apoyar el vínculo de continuidad en unidades de tipo objetivo no hacen otra cosa que deducir de ellas una presunta conexión subjetiva, a la cual, sin embargo se abstienen de aludir, de no ser así dicho punto de vista resultaría arbitrario.

En relación a la jurisprudencia sobre la materia, Cury advierte que ésta ha vacilado mucho en relación con el delito continuado. En una época se inclinó a desecharlo, porque no encontraba una norma expresa en la cual apoyar su construcción y actualmente tiende uniformarse para aceptar una concepción subjetiva de sostener la unidad de dolo. A estos suelen agregarse, añade, consideraciones sobre la dificultad de probar el número de delitos por lo que se debería castigar si se aplicara las reglas del concurso real.

14º) Que los elementos transversales del delito continuado, no obstante tratarse de la doctrina subjetiva u objetiva, son la pluralidad de acciones u omisiones, y la unidad de lesión jurídica.

Tratándose de la pluralidad de acciones u omisiones, debe tratarse de aquellas que reúnan las condiciones de ser típica, antijurídica y culpable. En este caso presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación de la ley.

La unidad de lesión jurídica, parte del supuesto que las acciones u omisiones puedan ser aglutinadas jurídicamente, debiendo configurar un tipo penal semejante y que afecten el mismo bien jurídico.



Otros elementos objetivos que conforman el delito continuado, corresponden a la unidad de sujeto pasivo, misma forma comisiva, la conexión temporal y conexión espacial.

Por otra parte está el elemento subjetivo, respecto del que la doctrina (salvo los que adscriben a la teoría de la ficción) y la jurisprudencia están contestes en que el elemento aglutinador de dicha figura penal es de carácter subjetivo, interno, psicológico. Así, debe existir un mismo designio criminal, el que en Chile la Corte Suprema lo hace equivalente al dolo unitario al sostener que “habiéndose establecido la reiteración de los delitos de falsificación de instrumento público por parte de los funcionarios públicos o por particulares en su caso puesto que se trata de una pluralidad de conductas ejecutadas en tiempo u ocasiones distintas, cada una de las cuales reúne los elementos del tipo penal determinado, a saber, eventos separados y conexión, en los que no se aprecian rasgos comunes ni objetivos ni subjetivos. Entonces, tal como precisa la doctrina la unificación de las distintas acciones, cada una de las cuales satisface el tipo penal, puede tener lugar por dos vías: o bien la existencia de un plan preconcebido, lo que equivale al dolo conjunto, y supone la unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión; o bien por el aprovechamiento de idéntica ocasión, lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente, en forma correspondiente al dolo continuado (Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General 7º edición, julio de 2005, Edit. B de f, Montevideo-Buenos Aires, p. 638), nada de lo cual es posible determinar en la especie. En efecto, en la comisión de las diferentes conductas pesquisadas en autos no se vislumbra que los agentes pretendieran abarcar de antemano las distintas acciones o valerse de un mismo contexto situacional para cometerla, lo que descarta la figura del delito continuado, invocadas por las defensas” (Sentencia de Corte Suprema de Chile, de 15 de julio de 2009, Rol N°2924-2008).

El tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la figura del delito continuado en nuestro país, refiere que ello corresponde a una situación excepcionalísima, puesto que en la práctica, cuando existe una pluralidad de delitos acreditados que afecten el mismo bien jurídico, muchas veces la defensas solicitan que se consideren como uno solo continuado, pero la



jurisprudencia mayoritaria sanciona como reiterados cuando están perfectamente individualizados, haciendo que la procedencia del delito continuado, resulte ser excepcional.

La falta de consagración legal y de un tratamiento doctrinario acabado respecto de esta figura, deriva en que se considera que el delito continuado implica una solución para aquellos casos en que los hechos no están suficientemente acreditados, lo que resulta improcedente considerando las actuales exigencias constitucionales y procesales de acreditación y determinación de los hechos que conllevan los modernos sistemas acusatorios (art. 19, N°3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República).

15°) Que de lo anterior resulta, para esta disidente, que el elemento fundamental a considerar para estimar si estamos frente o no a un delito de carácter continuado, es la existencia del elemento subjetivo -dolo o culpa- que importa un concierto entre los diversos partícipes en los hechos de que se trata, de una unidad de propósito criminal, el que cubra todas las acciones constitutivas de la continuación. Debe existir una unidad de propósito o determinación, apareciendo unificados por una voluntad única.

16°) Que finalmente, como corolario de lo dicho precedentemente, para el caso en estudio estaremos frente a un delito continuado si se reúnen los siguientes requisitos: unidad de autor, identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones; que esas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y unidad de propósito en el agente. Su presupuesto, la reiteración de varios hechos que considerados separadamente, podría estimarse constitutivo de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo, se consideran como una unidad.

El delito continuado reconoce como presupuesto básico la ejecución por parte del mismo sujeto activo de varias acciones, distintas cada una de la otra, todas las cuales, son consideradas un único delito en atención al vínculo que existe entre ellas.

17°) Que, del análisis de los presupuestos enunciados precedentemente sobre el denominado delito continuado, nos encontramos con que en la especie no se configuran todos ellos.



En efecto, existe un único bien jurídico lesionado, que en el caso de autos corresponde al patrimonio público. Se configura la similitud del tipo penal, esto es, malversación de caudales públicos. Por otra parte, en cuanto a la ejecución del delito por parte de los acusados, sus intervenciones resultan ser parecidas.

En lo tocante a la existencia de una conexión temporal, que se verifica en un continuo cierre y apertura de cuentas corrientes con los saldos anteriores, lo cierto es que ello aparece suspendido en el periodo en que les correspondió asumir los cargos de Jefe de la Casa Militar y Secretario Privado de Augusto Pinochet Ugarte, a los señores Garín y Collao, respectivamente, a quienes se les dejó sin efecto el auto de procesamiento dictado en su oportunidad por similares antecedentes que aquellos considerados respecto de los ahora condenados, por no configurarse en la especie los requisitos para que ello prosperara a su respecto.

Por otra parte, nos encontramos frente a la existencia de un sujeto pasivo, pero los sujetos activos resultan ser varios, y de los antecedentes del proceso, no obstante la similitud de sus actuaciones, no resulta acreditada la existencia de un concierto, un plan preconcebido, proyectado, acordado previamente por los sujetos activos partícipes, lo que no permite dar por configurado en la especie la existencia de dolo o culpa que debe revestir la actuación desplegada por ellos para estar frente a la concurrencia del elemento subjetivo requerido que importe mismo designio criminal, la previsión de la realización de diversas acciones u omisiones como un todo, que implique la voluntad de efectuarlas en forma seriada y progresiva de ejecución, incumbiendo además una unidad de conducción de la vida punible.

Debe entenderse que: “existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal” (Ramón Ragués I Vallés, El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, p.353).



Lo dicho precedentemente, lleva a esta disidente a concluir que en la especie no corresponde calificar como delito continuado el ilícito de malversación de caudales públicos por el que se acusa a los encartados.

III.- EN CUANTO A LA PARTICIPACION DE LOS ENCARTADOS:

18º) Que dilucidada la primera cuestión esto es que no estamos en presencia de un delito de carácter continuado, esta disidente comparte lo que el sentenciador de primer grado ha concluido en cuanto a la participación que a cada uno de los condenados le ha correspondido en los hechos investigados, interviniendo en ellos en calidad de autores en ellos.

19º) Que, consecuentemente, estuvo por desechar las alegaciones formuladas por las defensas de los acusados Ramón Castro Ivanovic en cuanto a calificar su participación en el delito como la de cómplice por no existir un concierto de voluntades con Augusto Pinochet Ugarte, siendo este último a quien le corresponde responsabilidad de los hechos en calidad de autor. Del mismo modo, desestimar aquella cuestión planteada por la defensa de Juan Mac-Lean Vergara en torno a calificar su participación como la de encubridor.

En efecto, considerando las actuaciones realizadas por los encartados Castro y Mac-Lean, ellas se corresponden con lo que establece el artículo 15 Nº1, del Código Penal, esto es, tomar parte en la ejecución del hecho, de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

IV.-SOBRE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL:

20º) Que explicado lo anterior, se estima procedente analizar y establecer si corresponde acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por los encartados.

En primer lugar y tratándose de los encausados Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic, quienes se desempeñaron como Jefe de la Casa Militar, el primero, y Edecán del Presidente, el segundo, abren la primera cuenta corriente en el Banco Riggs en el año 1981, con dineros provenientes de fondos reservados. En el año 1984 se cierra esta cuenta y el saldo es transferido a otra que abre Ballerino bajo el nombre ficticio de “John Long”.



Por otro lado, los mencionados Ballerino y Castro abren una segunda cuenta corriente en el referido banco en el año 1982, con dinero proveniente de fondos reservados.

Estas cuentas como se indicó reciben ingresos provenientes de fondos reservados y los egresos se realizan a cuenta de familiares o beneficiarios de Augusto Pinochet Ugarte, que operaban con nombre ficticio y en algunos casos verdaderos.

Finalmente los encartados Ballerino y Castro cierran las cuentas corrientes aperturadas por ellos, la primera en el año 1984, y la segunda (nominada a John Long) en el año 1986.

Luego de las fechas indicadas no existe actuación o participación alguna de los mencionados encartados respecto de los demás hechos investigados en la presente causa.

21º) Que con posterioridad y con los dineros provenientes de las cuentas referidas precedentemente, se apertura una cuenta corriente en el Banco Riggs, año 1985, a nombre de Guillermo Garín, quien a la sazón se desempeñaba como Jefe de la Casa Militar.

Con posterioridad, se cerró la cuenta a nombre del mencionado Garín (1988), abriéndose una a nombre de Gustavo Collao Mira, quien se desempeñaba como Secretario de Augusto Pinochet Ugarte, la que fue cerrada en el año 1989.

Los mencionados Garín y Collao, en su oportunidad fueron sometidos a proceso por los delitos de malversación de caudales públicos, quedando sin efecto los mismos, en el primer caso por haberse acogido un recurso de amparo en su favor, entre otros, de Guillermo Garín; y, haberse dejado sin efecto por esta Corte el auto de procesamiento, respecto de Gustavo Collao.

22º) Que, con fondos de la cuenta cerrada por Collao Mira, se abre con fecha 10 de abril de 1989 una nueva cuenta a nombre de José Miguel Latorre Pinochet, la que es cerrada el 3 de abril de 1992. Con posterioridad, con fondos provenientes de esta última cuenta, con fecha 13 de diciembre de 1992, se abre una nueva cuenta a nombre de Gabriel Vergara Cifuentes la que es cerrada el 25 de mayo de 1995.

Con fecha 27 de diciembre de 1994, se decide la apertura de cuenta a nombre de Juan Mac-Lean Vergara la que es cerrada el 14 de febrero de



GWJFBQELXB

1997, y finalmente, con fondos de esta última, se abre con la misma data una cuenta corriente a nombre de Eugenio Castillo Cádiz la cual es cerrada el 29 de abril de 2004.

23º) Que, respecto de Sergio Moreno Saravia, quien se desempeñó, entre otros cargos, como Secretario General del Ejército de Chile, quien mantenía una cuenta en el Banco Riggs, giró un cheque por US\$23.721 dólares el que fue depositado en la cuenta de Augusto P. Ugarte, con fecha 17 de octubre de 1990. Por otro lado, recibió US\$100.000 dólares de parte de José Miguel Latorre Pinochet, Secretario personal de Augusto Pinochet, y los depositó en el Barclays Bank, en el año 1991.

24º) Que la presente causa se inició con el objeto de investigar la existencia de los delitos de malversación de caudales públicos y estafa en perjuicio del fisco contemplados en los artículos 233 N°3 y 238, inciso segundo del Código Penal, y 467 y 468 del mismo cuerpo legal, a fin de determinar la responsabilidad que en ellos ha correspondido a los acusados Jorge Ballerino Sandford, Ramón Castro Ivanovic, Gabriel Vergara Cifuentes, Sergio Moreno Saravia, Juan Ricardo Mac –Lean Vergara y Eugenio Fernando Castillo Cádiz.

La presente causa se inició por denuncia en contra de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, deduciéndose, en su contra y de todos los que resulten responsables, querrela criminal con fecha 1 de octubre de 2004. Fueron sometidos a proceso los encartados, según se lee a fojas 179.882, Tomo 336, con fecha 4 de octubre de 2007.

25º) Que, el artículo 93 del Código Penal, en su numeral sexto establece que la responsabilidad penal se extingue por la prescripción de la acción penal. A su vez el artículo 94 refiere que la acción penal prescribe respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetua, en 15 años. Respecto de los demás crímenes, en 10 años. Respecto de lo simple delitos en cinco años y de las faltas en seis meses. Por su parte se afirma en el artículo 95 del mismo cuerpo normativo que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Por otra parte el artículo 96 del citado cuerpo legal, nos enseña que la prescripción se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido siempre



que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él, añade que si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido.

26º) Que una primera cuestión, relativa a la interrupción de la prescripción, cabe desde ya establecer que la misma no concurre en el presente caso, dado que en el proceso no se ha acreditado que los condenados hayan cometido nuevo crimen o simple delito.

27º) Que en lo tocante a la suspensión de la prescripción, la Corte Suprema ha dicho sobre la materia, causa Rol N°6480-2016: *“Al efecto, resulta necesario tener en cuenta que el Código Penal alude a la suspensión de la prescripción en su artículo 96, conjuntamente con la interrupción, declarando que el primer evento ocurre cuando se inicia el procedimiento en contra del imputado.*

Frente a un texto legal pertinente al ámbito penal sustantivo que se remite, no obstante, a una situación procesal, propia de la órbita penal adjetiva -suspensión del procedimiento penal- es menester recurrir, a los fines de la correcta inteligencia de la norma y la necesaria certeza jurídica, a las reglas del Código de Procedimiento Penal, las que, como lo pone de manifiesto la unanimidad de la doctrina, carecen de oscuridad sobre el tema.

En efecto, de acuerdo al artículo 81 del código del ramo, los juicios penales pueden comenzar: a) por denuncia; b) por querrela; c) por requisición del Ministerio Público y d) por pesquisa judicial.

QUINTO: Que sin perjuicio de lo anterior, es conveniente destacar que la mejor doctrina frente al texto sustantivo, que podría suscitar controversias precisamente por aludir a un concepto del ámbito procesal, postula que es el ejercicio de la acción penal, en alguna de las formas previstas en la ley enderezada nominativamente en contra del sujeto, el suceso que provoca la suspensión, aun cuando no exista auto de procesamiento. (Guzmán Dálbora, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T.I, Libro Primero, Parte General, Artículos 93 a 105, p, 475).



En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez afirman que la prescripción se suspende por iniciarse formalmente la persecución penal del que aparece como responsable del delito (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p.581); postulando Yuseff como opinión dominante, en su conocida monografía “La Prescripción Penal”, aquella que estima que dirigir el procedimiento implica la iniciación del proceso penal por alguna de las formas contempladas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal y la existencia de un inculpado, respecto del cual se producirá la suspensión del término prescriptivo (La Prescripción Penal, Tercera Edición actualizada, p.121), criterio que ha sido acogido ya por este tribunal, en sentencias Rol 1663-2009, 3463-2012, 7100-2014, 11.874-2015, entre otras.

Algunos autores no se conforman con la presentación de la denuncia o querrela. Exigen que hayan sido proveídas para que el procedimiento se encamine en contra del querrellado (Labatut, Derecho Penal, T.I, p.298; Novoa, Curso de Derecho Penal Chileno, T.II, p.491), tesis que fue recogida en su momento por esta Corte, como aparece de los fallos de 31 de agosto de 1952, de 11 de junio de 1965 y de 25 de octubre de 1985, citados por el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas del Código de Procedimiento Penal, Tomo III, 2002, pag. 412, pero que no constituye su actual doctrina.”

28º) Que el delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en el artículo 233 N°3, del Código Penal, está sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 11 a 15 unidades tributarias mensuales. Conforme a la entidad de la pena y aquello que establece el artículo 94 del Código Penal el plazo requerido para declarar prescrita la acción penal es de 10 años contados desde el día en que se hubiere cometido el ilícito.

29º) Que es un hecho de la causa que la querrela deducida en autos, lo fue contra una persona distinta -Augusto Pinochet Ugarte y los que resulten responsables- de las acusadas en este caso, por varios delitos, dentro de los que se encuentra el de malversación de caudales públicos, la que carece de designación de personas respecto de las cuales pudo dirigirse la investigación desde un primer momento, salvo el citado Pinochet Ugarte.



30º) Que, en el caso de los acusados Ballerino Sandford y Castro Ivanovic, su participación en los hechos investigados se circunscribe a aquellas actuaciones realizadas en el período comprendido entre el año 1981 y 1985, esto es a 19 años de iniciada la presente investigación y 22 de la época en que fueron sometidos a proceso, por lo que, no obstante estar acreditada la existencia del delito y la participación que en el correspondió a los mencionados encartados, lo cierto es que la acción penal a su respecto se encuentra prescrita.

31º) Que, en cuanto al condenado Gabriel Mario Vergara Cifuentes, quien no recurrió en contra de la sentencia que se revisa, sin perjuicio de venir en consulta a su respecto la misma, es un hecho de la causa que con fecha 13 de diciembre de 1992, abre una cuenta a su nombre la que es cerrada el 25 de mayo de 1995, realizándose diversas transacciones, según detalle consignado en el peritaje evacuado por la Universidad de Chile de fecha 4 de junio de 2010, hasta diciembre de 1994, luego habiéndose dirigido la acción en su contra al momento de someterlo a proceso, el 4 de octubre de 2007, había transcurrido el plazo de 10 años requerido para que opere a su favor la prescripción de la acción penal, por lo que así será declarado en lo resolutivo.

32º) Que respecto del encausado Sergio Moreno Saravia su participación en los hechos denunciados se verificó entre los años 1989 y 1991, dictándose a su respecto auto de procesamiento el 4 de octubre de 2007, luego la acción penal a su respecto al momento de iniciarse la investigación de autos ya se encontraba prescrita.

33º) Que respecto del encartado Mac-Lean las actuaciones reprochadas a su respecto se verifican, desde el 27 de diciembre de 1994 y hasta el 14 de febrero de 1997, en que transfiere los fondos a la cuenta aperturada por Eugenio Castillo con la misma data, de lo que resulta que al haber sido dictado auto de procesamiento en su contra el 4 de octubre de 2007, también había transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal.

34º) Que situación diversa sucede con Eugenio Castillo Cádiz, quien no recurrió en contra del fallo en alzada, cuyas actuaciones se realizan entre el 14 de febrero de 1997 y mayo de 2004, por lo que a su respecto el plazo



requerido para que opere la prescripción de la acción penal, no había transcurrido.

35º) Que como corolario respecto de la prescripción de la acción penal, al 4 de octubre de 2007, ninguno de los actos procesales aludidos en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal había tenido lugar respecto de los acusados, ni existía tampoco alguna actuación que, atendidas las circunstancias del caso concreto, pudiera asimilársele.

V.-SOBRE APLICACIÓN DEL ARTICULO 103 DEL CODIGO PENAL:

36º) Que en cuanto a la aplicación de lo establecido en el artículo 103 del Código Penal respecto del encartado Castillo Cádiz, ello no es procedente, toda vez que el delito de malversación de caudales públicos cometido por él, se verificó entre diciembre de 1999 y 29 de abril del año 2004, por lo que a la dictación de la auto de procesamiento en su contra, esto es 4 de octubre de 2007, no se habían verificado los supuestos que al efecto establece la norma legal citada para su procedencia.

VI.-RESPECTO DE LA ALEGACION DE PROCEDENCIA DEL ARTICULO 684 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:

37º) Que la defensa del condenado Ballerino Sandford solicitó en su oportunidad la aplicación de la norma citada, puesto que en su concepto después de cometerse el delito que se le imputa, cayó en enajenación mental, la que se ha verificado durante la tramitación de esta causa, antes de dictarse sentencia definitiva.

Sobre el particular, y sin perjuicio de lo dicho sobre la prescripción de la acción penal que le favorece, cabe consignar que la ampliación del informe pericial practicado por el Servicio Médico Legal, de fecha 30 de enero de 2015, que rola a fojas 204.447, Tomo 392, realizado por el médico Dr. Raúl Molina Bravo, Médico Psiquiatra Forense del Área Salud Mental, refiere que Jorge Ballerino Sandfor fue examinado pericialmente en su domicilio el día 2 de diciembre de 2014, constatándose en esa oportunidad que la disminución de la memoria de largo plazo que presenta le impide recordar los acontecimientos vividos durante largo periodo de su vida pasada y le impide asimismo evocar datos cronológicos incluso los relativos a hechos cardinales de su biografía. Agrega que pese a que su



memoria reciente está algo menos dañada, dado que conoce los nombres de sus hijos y puede aventurar número de sus nietos, durante la exploración de esta se hace presente un fenómeno orgánico que es la Perseveración, esto es dar los nombres de sus hijos y prosigue la mención de personas emparentadas con aquellos.

Indica que la desorientación espacial y temporal que se constató se acompaña además con la llamada fabulación de perplejidad, entregándole el examinado datos o cronologías arbitrarias como si le fuera imperioso entregar una respuesta aún sin que ésta fuera adecuada.

Continúa señalando el informe, que ello asociado al falso reconocimiento que se hizo notorio al inicio de la entrevista cuando el examinado otorgó a su examinador el trato que se da a un familiar o un amigo muy cercano, constituyen el síndrome de Korsakov (desorientación, falso reconocimiento, fabulación de perplejidad) que sin ser específico pues acompaña a varios tipos de lesiones encefálicas, acompaña siempre a las demencias.

Refiere que presenta signos específicos para la demencia, tales como su falta de habilidad para desplazarse o para vestirse, esto es una incapacidad para ejecutar las secuencias de movimientos que llevan a la consecución de una tarea. Presenta una carencia de noción de enfermedad mental, además de una abolición de las capacidades necesarias para obtener nuevos conocimientos, para jerarquizar, para entender obtener conclusiones de hechos previos, para comparar, para preterir, para planificar y para priorizar. Todos estos déficits lo hacen dependiente de terceros, no sólo para las actividades de la vida diaria, dado que el examinado se encuentra postrado, sino para la ejecución de los tratamientos medicamentosos, kinésicos y de enfermería a la que se encuentra sometido.

La demencia que lo afecta lo priva de la eficacia de sus capacidades cognitivas, en especial de la de comprensión y por lo tanto, lo haría incapaz de entender una sentencia, cualesquiera que está fuera y lo hace incapaz de cumplir una sentencia condenatoria. Su frágil estado de salud física y la exigencia de precisión en las dosis y en los horarios de administración de sus fármacos, así como las ejecuciones de sus sesiones de kinesiterapia, no podrían ser alterados sin introducir riesgos significativos en su salud.



GWJFBQELXB

Finaliza señalando que la etiología de su demencia es de tipo involutivo y corresponde a una demencia fronto temporal, con un despoblamiento neuronal irreversible y no tratable, que debuta en los lóbulos frontales y temporales. No se ha hallado signos de organicidad focal en su cuadro clínico, no obstante en terrenos semiológicos que no afectan su psiquismo, son claros los daños que resultaron tanto del meningioma que presentó como de la exéresis, en el año 1993.

38º) Que, el problema suscitado respecto de una situación de eventual enajenación mental sobreviniente no es en rigor de imputabilidad, puesto que ésta, en tanto presupuesto indispensable de la culpabilidad, ha de concurrir al momento de ejecutarse la acción típica, resultando irrelevante si concurre al momento de verificarse el resultado.

Corresponde, luego, decidir si en el caso de autos el encausado Ballerino se encuentra en una situación de enajenación mental que haga aplicable las reglas que al efecto prevé el legislador en el párrafo 2, del Título III del Libro IV del Código de Procedimiento Penal.

39º) Que, del análisis de los informes médicos que obran en el proceso en relación al encartado y en especial a aquel al que se ha hecho referencia en este fallo en el fundamento 44º, lo cierto es que Jorge Ballerino Sandford efectivamente se encuentra en una situación de enajenación mental, pues presenta deterioro psicoorgánico y otras falencias que le impiden valerse por sí mismo, y por consiguiente, comprender el entorno que lo rodea y ejecutar las acciones que los seres humanos ordinariamente ejecutan.

No obstante lo dicho, la conclusión a que se ha arribado trae como consecuencia necesaria el sobreseimiento que su defensa ha solicitado se dicte a su respecto. En efecto de conformidad lo establecido en el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, si después de cometido el ilícito cae el imputado en enajenación mental, se continuará la instrucción del sumario hasta su terminación y si no procediere sobreseimiento de la causa o en su favor, el juez decidirá si continúa o no el procedimiento, teniendo presente para resolver, la naturaleza del delito y la de la enfermedad y el mismo procedimiento se aplicará cuando la enajenación mental sobrevenga en cualquier momento antes de dictarse la sentencia de terminó.



Pues bien de lo anterior se colige que, aún en el evento de haber caído el imputado en enajenación mental, como ha ocurrido en la especie, puede el tribunal decidir que continuó el procedimiento teniendo en consideración para resolver la naturaleza del delito y la de la enfermedad.

En dicho marco normativo, y sobre los parámetros que entrega el legislador esta disidente estima procedente que el procedimiento continúe y se emite pronunciamiento respecto de la responsabilidad que le ha correspondido al encausado en los hechos materia de la acusación, considerando para ello la naturaleza del delito que se le atribuye, el tiempo transcurrido desde su acaecimiento y las circunstancias en que se produjo.

40º) Que, conforme lo dicho y lo que prescribe el artículo 685 del Código de Procedimiento Penal, de resultar condenado en definitiva, deberá aplicarse lo previsto en el artículo 687 del mismo cuerpo normativo, y si debe cumplirse, hipotéticamente, una sanción restrictiva o privativa de libertad, debe analizarse si su libertad constituye riesgo o no, procediéndose en la forma indicada en dicha disposición.

VI.-SOBRE EL COMISO DE BIENES:

41º) Que, previo a decidir la cuestión planteada, estima esta disidente, resulta útil consignar algunos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales sobre la materia, adelantando desde ya que en nuestro país resulta estar, principalmente, contenido en leyes especiales como: Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Ley de Aduanas, Ley de Alcoholes, Ley de Control de Armas y Ley de Abusos de Publicidad, pero al que no se le ha dedicado mayor atención como en legislaciones foráneas.

42º) Que, nuestro ordenamiento jurídico le dedica poco esmero al comiso, existiendo insuficiencia de estudios dogmáticos referentes al tema y una escasa regulación que hace nuestra legislación penal sustantiva, reflejándose en que nuestro Código Penal se refiere escasamente a esta medida en sólo dos artículos.

Silvina Bacigalupo, en su libro “Ganancias Ilícitas y Derecho Penal”, señala que el comiso es la confiscación de una cosa que proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador para ser adjudicada al Estado, la mayoría de los códigos lo consideran una pena y, generalmente, una pena accesoria, excepcionalmente



se le ha considerado una medida de seguridad. (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid-España, 2002).

El Código Penal chileno se refiere al comiso en los artículos 21 y 31. El primero incluye al comiso, conjuntamente con la multa como una de las penas comunes a la pena de crimen, simple delitos y faltas y lo define escuetamente como la pérdida de los instrumentos o efectos del delito.

Por otra parte el artículo 31 nos enseña que toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero responsable del crimen o simple delito.

De un análisis armónico de las disposiciones legales citadas se puede concluir, en una primera aproximación, que el comiso corresponde a la pérdida de los efectos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que el mismo se ejecutó, impuesta a los responsables en la sentencia condenatoria que le pone término al juicio.

43º) Que sobre la materia se plantea un una cuestión relativa a la restricción del derecho de propiedad, como consecuencia de la aplicación de esta sanción.

Si se analizan las normas que contempla la Constitución Política de la República, artículo 19, N°24, que asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, en la medida en que haya sido adquirido en virtud de los modos que establece la ley, con las obligaciones que derivan de la función social de la propiedad, estableciendo eso sí, limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, en el caso de exigirlo así el interés general de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Por su parte el artículo 19, N°7, letra g), señala que no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes, pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas.

Enseguida, del análisis de la normativa citada, se colige que en nuestro ordenamiento jurídico se admite la privación del dominio, en beneficio del Estado, respecto de bienes que hayan sido adquiridos de



manera ilícita o que hayan sido utilizados o sea fruto de la comisión de un hecho ilícito.

44º) Que resulta necesario traer a colación, sobre la materia lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, celebrada en Nueva York en el año 2004, en la que Chile participó, la que fue motivada considerando que las prácticas de corrupción, como lo señala en su prefacio, “es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, motiva las violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”.

Refiere que este fenómeno se da en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres, siendo sus efectos devastadores en el mundo en desarrollo. Agrega que esta Convención introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. Se pretende por medio de este instrumento, evitar y descubrir la corrupción y devolver los beneficios obtenidos.

En el Capítulo V, relativo a la Recuperación de activos, se dispone en el artículo 51 como disposición general que la restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente convención y los estados partes se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

Ilustrativo es lo que contempla el artículo 54, referido a los mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso en que en el numeral primero señala que *“cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente convención relacionado con ese delito, de conformidad con su derecho interno: c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de sus bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda*



ser enjuiciado por motivo del fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.”.

45º) Que en el derecho comparado especialmente España, el comiso se encuentra reglado, incorporándose modificaciones en la regulación del mismo que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y la gestión económica de los mismos.

En la Propuesta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012, como en el Proyecto de Reforma del Código Penal español de 20 de septiembre de 2013, se incorpora la noción o las modalidades de decomiso o comiso: basado en condena o “comiso directo”; decomiso o comiso ampliado; decomiso o comiso no basado en condena; decomiso o comiso de terceros.

Lo novedoso de lo aquí planteado dice relación con el comiso no basado en condena el que se plantea en la Propuesta Directiva, indicando que *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al decomiso de productos e instrumentos sin que medie resolución penal condenatoria, tras un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio, cuando: a) el fallecimiento o enfermedad crónica del sospechoso acusado impida su procesamiento; o b) la enfermedad, incomparecencia del proceso o fuga de los sospechoso coacusados impida su procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable y suponga un riesgo grave de prescripción”*. (artículo 5).

Dicho instrumento jurídico, que incorpora esta novedad, esto es el comiso no basado en condena, responde a las demandas internacionales de previsión del mismo, con el fin de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y en particular, contra la corrupción. En concreto como sostiene la profesora Teresa Aguado Correa en su artículo “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, publicado en la Revista para el Análisis del Derecho INDRET, Barcelona, enero 2014, *“en concreto, responde a lo dispuesto en el artículo 54.1 c) de*



la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción por ahora, único instrumento que contiene una previsión específica del decomiso no basado en condena penal. La inclusión del decomiso sin condena en la propuesta de directiva, reflejaría, como reconoce la propia Comisión, no solo lo dispuesto en el artículo 54.1. c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, sino también las recomendaciones formuladas por organizaciones multilaterales”.

46º) Que los cuestionamientos realizados por quienes impugnan la sentencia en cuanto haber dispuesto ella el comiso de bienes, refieren que el inculpado Augusto Pinochet Ugarte, fue sobreseído definitivamente por muerte, quedando extinguida su responsabilidad y, simultáneamente, toda posibilidad de aplicarle una pena personal, entienden que tampoco podría aplicarse una pena pecuniaria, puesto que a su muerte no había recaído sentencia ejecutoriada. Luego, a partir del sobreseimiento definitivo, creen que se ha perdido toda jurisdicción respecto de dicho procesado, produciendo el desasimiento del tribunal a su respecto

Indican que la sentencia no puede afectar personalmente a Augusto Pinochet Ugarte, pues ha cesado su existencia legal, ni puede afectar, tampoco pecuniariamente a sus sucesores, quienes para todos los efectos legales sobrevivientes son los continuadores de su personalidad.

47º) Que la presente investigación se inició determinadamente en contra de Augusto Pinochet Ugarte, con el objeto de investigar los delitos de malversación de caudales públicos en perjuicio del Fisco, comenzando la misma con los cuestionamientos realizados sobre el origen de la fortuna que registraba el mencionado Pinochet Ugarte.

Durante el curso de la investigación se fueron allegando los antecedentes que arrojaron elementos de prueba que demostraron que hubo una utilización irregular de los fondos destinados a gastos reservados de la Presidencia de la República, resultando beneficiado con dichas acciones Augusto Pinochet Ugarte y su familia, como se infiere del peritaje evacuado por la Universidad de Chile, a que se ha aludido en esta sentencia.

En el fundamento tercero de la sentencia que se revisa se da cuenta de aquellas transacciones efectuadas y los destinos que los dineros tuvieron,



existiendo como denominador común que los únicos beneficiarios de ello resultaron ser Augusto Pinochet Ugarte y miembros de su familia.

Por otra parte de los mismos antecedentes aparece que fue el mismo Pinochet Ugarte, quien instruía a sus subalternos en el sentido de efectuar las transacciones que aparece cuestionada en la presente investigación.

48º) Que en su oportunidad, se investigó a Augusto Pinochet Ugarte, siendo desafortado, por la responsabilidad que le habría correspondido como autor del delito de malversación de caudales públicos, en perjuicio del fisco de Chile, sobreseyéndose la causa, a su respecto, con posterioridad, debido a su fallecimiento.

Del análisis completo de los antecedentes recabados en el proceso, se advierte meridianamente que de no haber mediado el fallecimiento, habría sido condenado al igual que los demás encausados, resultando en todo caso el único favorecido con el producto de los ilícitos cometidos.

Sin perjuicio de ello, el cuestionamiento fundamental que se efectúa dice relación con que no se le puede imponer una pena como el comiso cuando su responsabilidad se ha extinguido por muerte, no alcanzando, consecuentemente, a ser condenado en la presente causa.

49º) Que ha quedado sentado en el proceso que parte importante de la fortuna de Augusto Pinochet Ugarte, proviene de la distracción que se efectuó de fondos públicos, principalmente, de gastos reservados, los que por ley tienen un objeto y destino preciso y determinado, que en todo caso no puede ir a engrosar el patrimonio personal de una persona, constituyéndose, consecuentemente, los bienes embargados en esta causa en efectos del delito. El análisis pormenorizado de los instrumentos allegados al proceso que dicen relación con los ingresos de origen lícito que tuvo Augusto Pinochet Ugarte, no permite justificar de manera congruente el monto a que ascienden sus bienes, determinado por el informe pericial de la Universidad de Chile, ascendente a US\$21.363.761,30, como aquel que correspondería a su fortuna personal.

50º) Que en el caso de autos, los bienes adquiridos por Pinochet Ugarte son efecto del delito y en tal circunstancia la sustracción de caudales públicos no pueden considerarse ni eficaces ni legalmente adquiridos, puesto que el patrimonio del citado encartado nunca pudo ni siquiera



legítimamente integrarse con bienes fruto de un ilícito, puesto que los modos de adquirir están expresamente señalados en el estatuto civil, y en ninguna parte se considera que el producto de un ilícito pueda incrementar el patrimonio de un imputado de un delito ni menos que por el sólo ministerio de la ley sus herederos pudieran adquirir legalmente su dominio.

Que no sólo el legislador prohíbe ingresar al patrimonio efectos fruto del delito sino que incluso el propio constituyente en el artículo 19, N°24, constitucional, al establecer el derecho de propiedad limitó que “sólo una ley puede establecer el modo de adquirir una propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”.

Que del mismo modo, cabe concluir que en la especie no existe un modo lícito de adquirir el dominio sobre los citados bienes del encausado, y las circunstancias, de su sobreseimiento, no subsana ni convalida la adquisición ilícita de esos efectos del delito, puesto que dicha circunstancia purga con el principio de legalidad que establece el legislador en nuestro Código Civil y la Carta Fundamental en su artículo 1°, al establecer que el Estado tiene por finalidad promover el bien común, en concordancia con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, que prescribe el principio de juridicidad o legalidad, que impide dentro de los ámbitos de su competencia a esta Magistratura convalidar o subsanar un modo de adquirir no previsto por el legislador. Cualquier exceso al efecto configura un vicio que escapa al ámbito jurisdiccional de este órgano, siendo más propio que es una materia que está dentro de la esfera y competencia del órgano legislativo.

Finalmente, es del caso advertir que el Fiscal Judicial que informó en estos autos, fue de criterio de corroborar lo razonado por esta disidente, tal como se expresa en su informe de fojas 205.302.

51°) Que establecido el origen ilícito de los bienes de Augusto Pinochet Ugarte, sin perjuicio de que a su respecto no haya existido condena, lo cierto es que en autos si se ha podido establecer la responsabilidad que a los otros partícipes en los hechos motivo de esta investigación les correspondió, no obstante que respecto de cinco de ellos se encuentre prescrita la acción penal, que permite decretar la pena de comiso como ha sido dispuesta por el señor Ministro de Fuego.



En efecto, se ha establecido la existencia del delito de malversación de caudales públicos, siendo además determinada la responsabilidad que ha correspondido a cada uno de los encausados en este proceso, por lo que el producto que se ha obtenido de la malversación efectuada se enmarca dentro de lo que al efecto establece el artículo 31 del Código Penal y también, se apoya, en normativa internacional citada destinada a evitar la corrupción, persiguiendo a sus autores y decomisando los bienes producto de los ilícitos que se cometen.

52º) Que, además, la preceptiva internacional invocada, a modo ilustrativo desde que en la especie la norma contenida en el Código Penal respecto del comiso es suficiente para decretarlo al caso de marras, es perfectamente compatible con lo que viene razonando esta disidente, conforme a lo establecido en el inciso segundo, del artículo 5º de la Carta Fundamental, en la medida que dicha norma mandata que: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, no obstante que dicho instrumento haya sido recogido en nuestra legislación de manera posterior a los hechos que han motivado la presente causa, desde que los principios informadores que se recogen en dicha normativa internacional, constituyen elementos de racionalidad que han sido, en la actualidad sancionados legalmente.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos agregados.

Redacción de la Ministra señora Melo, salvo los fundamentos Octavo a Trigésimo Tercero, los que fueron elaborados de manera conjunta por los Ministros señor Balmaceda y señora Villadangos.

Criminal N° 999-2015.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por los Ministros señor Jaime Balmaceda Errázuriz y señora Maritza Villadangos Frankovich.



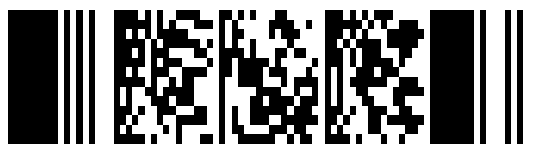
GWJFBQELXB



GWJFBQELXB

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Maria Soledad Melo L., Jaime Balmaceda E., Maritza Elena Villadangos F. Santiago, veintiuno de junio de dos mil diecisiete.

En Santiago, a veintiuno de junio de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



GWJFBQELXB

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
Durante el período del 14 de mayo de 2017 al 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y Antártica Chilena sumar 1 hora. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas.