

Santiago, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

Vistos:

En estos autos rol N° 1649-2004, por sentencia de siete de mayo dos mil quince dictada por el Ministro de Fiero, don Manuel Valderrama Rebolledo, escrita a fojas 204.466 y siguientes, se declaró:

En cuanto a la acción penal: a) se absuelve a **SERGIO MARCELO MORENO SARAVIA** de los cargos formulados en su contra como presunto autor del delito de estafa; b) 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**, 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, concediéndoles a todos el beneficio alternativo de la libertad vigilada, por el lapso de cinco años; y, c) se decreta el comiso de los bienes embargados indicados en el motivo Décimo Primero de dicha sentencia.

En cuanto a la acción civil, se rechaza la demanda deducida por el Consejo de Defensa del Estado, en todas sus partes, por haberse acogido la excepción de prescripción de la acción civil.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y de apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintiuno de junio de dos mil diecisiete, a fojas 205.621 y siguientes, declaró que: I.- Se rechazan los recursos de casación en la forma deducidos por las defensas de Jorge Juan Ballerino Sandford, de Sergio Marcelo Moreno Saravia y de Juan Ricardo Mac-Lean Vergara; II.- Se revoca, en su parte apelada y consultada, la



sentencia de siete de mayo de dos mil quince, 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 y de la acusación particular deducida por el Consejo de Defensa del Estado; 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; y, V.- Se aprueba el sobreseimiento parcial definitivo de veinte de diciembre de dos mil seis.

Contra el anterior pronunciamiento, el Consejo de Defensa del Estado, a fojas 205.659 y siguientes, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, mientras que la querellante, abogada doña Carmen Hertz Cádiz, interpuso sólo este último a fojas 205.710, los que se ordenó traer en relación por decreto de fojas 205.756.

Y considerando:

Primero: Que el recurso de **casación en la forma** impetrado por el **Consejo de Defensa del Estado** se asila en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los numerales cuarto y quinto del artículo 500 y al inciso final del artículo 544 del mismo texto.

Recordando que la sentencia impugnada no modifica sustancialmente los hechos fijados por el a quo, explica que aquélla, en primer término, señala que respecto de los procesados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, el delito debe calificarse como apropiación indebida del artículo 470, inciso



final, del Código Penal, y no como malversación de caudales públicos, ya que a los nombrados no se les confió los dineros apropiados en razón de su cargo. Por ello, la sentencia expresa que el plazo de prescripción es de cinco años y no de diez, contado desde la última actuación de cada uno de los encartados, esto es, el cierre de las cuentas corrientes que cada uno gestionó, lo que en relación a Castillo Cádiz sucedió el año 2004. Luego, explica el fallo que, dada esa época, podría estimarse que no están prescritos los hechos en lo atinente a Castillo Cádiz -pues la querrela se presenta el 1º de octubre de 2004-, refiriendo ahora, en oposición a sus consideraciones anteriores y a los hechos que tuvo por acreditados, que conforme al informe pericial que indica, no pudo determinarse la persona del depositante de los fondos mantenidos en esa cuenta y, por ende, si corresponden a caudales públicos o privados, absolviendo a Castillo Cádiz por no adquirir convicción que se configure el delito de apropiación indebida ante la imposibilidad de poder determinar el origen de los caudales.

Esgrime el recurso que se alcanza la conclusión anterior, pese a que Castillo Cádiz tenía un cargo semejante a Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara y que desplegó la misma conducta de sustracción o distracción de dineros públicos. Añade que el fallo mantiene motivos de la sentencia del a quo, que son contradictorios con sus propias conclusiones y contiene razonamientos opuestos entre sus mismas consideraciones.

Al concluir, pide invalidar la sentencia recurrida y que, en la de reemplazo, se condene a Castillo Cádiz por los hechos que le fueron atribuidos y se le imponga la pena establecida en el fallo de primera instancia.

Segundo: Que, asimismo, el **Consejo de Defensa del Estado** dedujo **recurso de casación en el fondo** basado en la causal segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 1, 3, 14, 15, 21, 25,



28, 31, 50, 64, 67, 93 N° 6, 94, 233, 238 y 470 N° 1 del Código Penal y 214 y 335 del Código de Justicia Militar, por recalificar la sentencia impugnada los hechos establecidos del delito de malversación de caudales público al de apropiación indebida, al estimar que los acusados Mac-Lean Vergara, Vergara Cifuentes y Castillo Cádiz no tenían caudales a su cargo.

Explica el arbitrio que en este caso a los acusados ya mencionados no se les imputa ser autores de propia mano del delito de malversación, ya que su participación es de coautores del N° 1 ó N° 3 del artículo 15 del Código Penal, que refiere a los que, teniendo a su cargo fondos públicos, los sustrajeron o facilitaron la sustracción por órdenes de Augusto Pinochet Ugarte o en concierto con él. Además, la sentencia no establece que los acusados hubieren representado a Pinochet Ugarte alguna de sus órdenes orientada a la sustracción de fondos públicos, conforme al artículo 214 del Código de Justicia Militar, sino que existe una relación de confianza y amistad. Por otro lado, el fallo reconoce los delitos de peculado cometidos por Pinochet Ugarte, aunque no pudo ser condenado por ellos.

Agrega que la muerte de aquél acaecida en el año 2006 no impide comunicar a los acusados las circunstancias especiales y objetivas del tipo penal que se presentan al momento de su perpetración y que, conforme al artículo 64 del Código Penal, debe comunicarse el título de imputación de malversación a los acusados, por su conocimiento de que Pinochet Ugarte era quien estaba a cargo de los caudales públicos cuya sustracción cometieron o facilitaron al desviarlos hacia las cuentas personales de éste o de sus familiares.

Al tratar la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo de los yerros referidos, expresa que, de calificarse los hechos como delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 N° 3 del Código Penal, el plazo de prescripción



de la acción penal es de diez años, tiempo que, contado desde el último acto de consumación delictiva correspondiente a cada acusado, impide declararla al haber sido interpuesta la querrela el 1° de octubre de 2004. Añade que, en consecuencia, debió decretarse el comiso de los efectos de los delitos acreditados.

Al finalizar solicita que se invalide la sentencia recurrida en la parte en que absuelve a Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz y que, en la de reemplazo, se confirme el fallo de primera instancia.

Tercero: Que, a su turno, el **recurso de casación en el fondo** formulado por doña **Carmen Hertz Cádiz** se afinca en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 433 N° 7 del Código de Procedimiento Penal y 15 N° 3 del Código Penal, por acoger la excepción de prescripción de la acción penal, y 5 de la Constitución Política de la República, en relación al 4° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 3 b) de la Convención Internacional sobre Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid, 6° de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, 3 e) de la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 5.1.b) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2.5.a) de la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 2.3.a) de la Convención Internacional sobre la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y 5.1.b) del Protocolo contra el Contrabando de Inmigrantes.

En lo referido al delito continuado, expone que la sentencia en estudio es errónea porque computa el plazo de prescripción desde que el inculcado deja de participar, desconociendo la ontología de la conducta del delito continuado, que



corresponde a una conducta completa, donde hay un designio común criminoso que unifica todos los hechos delictivos en un único gran delito general. Expresa que se infringe el artículo 15 N° 3 del Código Penal porque las conductas de los procesados no pueden ser consideradas aisladamente, sino que existió una división de funciones para el delito continuado.

En lo concerniente al comiso, refiere que los familiares beneficiarios del delito continuado no eran ignorantes del mismo sino cómplices por beneficio, y agrega que no se puede excluir a los actores civiles en procesos de justicia transicional, conforme a la normativa internacional que desarrolla.

Al concluir pide anular la sentencia impugnada y, en la de reemplazo, confirmar el fallo de primera instancia.

Cuarto: Que la sentencia impugnada, considerando las modificaciones que realiza a la de primer grado, tuvo por acreditados los siguientes hechos, los que se reproducen parcialmente, sólo en lo que interesa y resulta de utilidad para la resolución de los recursos interpuestos:

“1.- Que, es un hecho público y notorio que Augusto José Ramón Pinochet Ugarte desempeñó diversos cargos públicos, prestando servicios en el Ejército de Chile, asumiendo como su Comandante en Jefe el 23 de agosto de 1973; a partir del 11 de septiembre de 1973, se arroga el cargo de Presidente de la Junta de Gobierno, siendo nombrado Jefe Supremo de la Nación el 27 de junio de 1974 y, mediante la dictación del Decreto Ley N° 806 de 17 de diciembre de 1974, la Junta de Gobierno lo nombra Presidente de la República; cargo que ejecuta hasta el 11 de marzo de 1990, data ésta en que hace entrega del mismo pero continúa en la plaza de Comandante en Jefe del Ejército hasta el 10 de marzo de 1998, asumiendo como Senador vitalicio a partir del 11 del mismo mes y año, cargo que



desempeña hasta el 4 de julio de 2002, fecha en que presentó su renuncia al Honorable Senado.

2.- Que, todos los cargos referidos tenían la naturaleza o calidad de funcionario público, asignándosele, en razón de los mismos, salvo el de Senador, y en el ítem respectivo del presupuesto nacional, uno denominado “gastos reservados”, lo que significa que su destino o inversión no estaba sujeta a control y que eran justificados con un mero certificado de “Buena Inversión”, esto es, cualquiera que fuera su destino, quien disponía de ellos manifestaba que los había bien invertido, sin ningún otro control.

3.- Que, seguidamente don Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, en su calidad de Presidente de la República y Comandante en Jefe, contaba con funcionarios de su confianza, los que detentaban, también, cargos de importancia, como, por ejemplo, Jefes de la Casa Militar, Edecanes y Secretarios Privados.

4.- Que, es del caso, que los dineros provenientes de la Casa Militar se debían ocupar en gastos reservados de la Presidencia de la República.

5.- Que, asimismo, de los antecedentes de la causa, se constata que los Secretarios Privados contaban con una cuenta que estaba sólo destinada a gastos personales de Augusto Pinochet Ugarte.

6.- Que, de igual forma, se colige que con fecha 23 de noviembre de 1981, Jorge Ballerino Sandford, en ese entonces Jefe de la Casa Militar y Ramón Castro Ivanovic -Edecán de Augusto Pinochet- abrieron en conjunto la cuenta corriente N° 35041-3 en el Riggs Bank Miami, con dineros que correspondían a los gastos reservados asignados a la Casa Militar...

7.- El 11 de junio de 1984, con el nombre ficticio de “John Long”, Jorge Ballerino Sandford abre la cuenta corriente N° 45052-8 en el Riggs Bank Miami,



con los dineros que fueron girados de la cuenta N° 35.041-3, al mismo "John Long", por la cantidad de US\$ 287.381,80...

8.- Jorge Ballerino, con el seudónimo de "John Long", transfirió el saldo de la cuenta N° 45052-8 a Guillermo Garín Aguirre, girando el cheque N° 101 por US\$15.008,90.

9.- Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic, abrieron también en el Riggs Bank Miami, la cuenta N°35051-2 cuyo primer movimiento fue el 11 de enero de 1982, correspondiente a la compra de un certificado de depósito por US\$2.080.000,00, cuyos dineros correspondían a fondos de gastos reservados....

10.- Guillermo Garín Aguirre abre la cuenta N° 45087-4 en el Riggs Bank Miami, con el cheque girado por US\$507.146,55 (desde la cuenta N° 35051-2, de Jorge Ballerino y Ramón Castro Ivanovic, lo que había depositado el 22 de enero de 1985) y el referido N° 101 por US\$15.008,90 que John Long (Ballerino) le habría girado contra la cuenta N° 45052-8, el 21 de enero de 1985....

11.- Con el saldo de la cuenta N° 45087-4 por US\$43.715,00, el 4 de enero de 1988, se abre la cuenta N° 45138-5 a nombre de Gustavo Collao Mira, nuevo Jefe de la Casa Militar. El 27 de enero de 1988, se ingresó a esta cuenta la suma de US\$156.931,19, que corresponde al rescate del certificado de depósito que se había tomado el 27 de diciembre de 1987 a través de la misma cuenta N° 45087-4, que pertenecía a Guillermo Garín Aguirre....

12.- El saldo de US\$116.868,73 de la cuenta 45.138-5, fue utilizado por Gustavo Collao Mira para abrir la cuenta N° 45166-6 en el Riggs Bank Miami, a nombre del Secretario Privado de Augusto Pinochet, José Miguel Latorre Pinochet, a la cual también se incorporaron los US\$47.000,00 antes señalados. Todo lo anterior por expresa petición de Augusto Pinochet Ugarte....



13.- Seguidamente, Gabriel Vergara Cifuentes, en su calidad de Secretario Privado de Pinochet Ugarte, el 13 de diciembre de 1991, abrió la cuenta N° 70934-5 en el Riggs Bank Miami, con una transferencia de US\$55.000,00 desde la cuenta N° 45166-6, que mantenía José Miguel Latorre...

14.- Acto continuo, Juan Mac-Lean Vergara apertura el 27 de diciembre de 1994 la cuenta N° 71046-7 del Riggs Bank Miami, con el cheque N° 131 por US\$45.000, 00 proveniente de la cuenta mantenida por Gabriel Vergara en ese banco N° 70934-5....

15.- Posteriormente, el 14 de febrero de 1997, se abre en el Riggs Bank Miami, la cuenta N° 71176-2 a nombre de Eugenio Castillo Cádiz, con una transferencia de US\$41.667,70, la que proviene de la cuenta mantenida por el anterior Secretario Privado, Juan Mac-Lean Vergara. Esta cuenta registra depósitos por:

- US\$9.367,70, provenientes de cuentas de Augusto Pinochet Ugarte, siendo el último el 13 de diciembre de 1999.

- Hay una transferencia por US\$ 7.500, 00 desde la cuenta N° 115-391-494 mantenida por "A.P.Ugarte" en el Espirito Santo Bank Miami. De acuerdo a lo señalado por Castillo Cádiz, pagó en Madrid, España, todas las cuentas que tenía pendientes por compras de libros con dineros de la referida cuenta.

Los flujos de salida de esta cuenta, corresponden casi en su totalidad a la familia de Augusto Pinochet Ugarte, exceptuando las transferencias hechas al propio Eugenio Castillo Cádiz....

El 19 de julio de 1991 se designó apoderado general a Oscar Custodio Aitken Lavanchy. Asimismo, se emitió poderes generales en favor de Sergio Moreno Saravia, Daniel Frías Fernández y Javier Patricio Camilo Henríquez Japke.



Poderes bancarios fueron extendidos a Héctor Guillermo Letelier Skinner o Sergio Marcelo Moreno Saravia, para que cualquiera de ellos, actuando individualmente, operara los fondos depositados en el Barclays Bank...

16.- Asimismo, cabe mencionar que Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, abrió diversas cuentas en el extranjero con nombres supuestos, a saber:...

B.- Cuenta N° 70754-7, que se abre el 04 de abril de 1990, en el Riggs Bank Miami a nombre de “Augusto P. Ugarte”, cuyos titulares eran: “P.Ugarte” o “Lucía Hiriart R”, “María Verónica Pinochet M”, “María José Martínez P” y “Lucía Amunátegui P”, con un depósito de US\$410.000,00 efectuado con un cheque N° 107 de la cuenta N° 76-077-573 del Riggs Bank Washington a nombre de “Daniel López” –el cual también es un nombre ficticio de Augusto Pinochet Ugarte – en el que se indica que toda comunicación debía ser por vía de José Miguel Latorre Pinochet, teléfono 6973052.

En esta cuenta destacan los siguientes ingresos:...

-US\$23.721,00 depositados el 17 de octubre de 1990 mediante cheque girado el 13 de ese mes contra la cuenta N° 76488-014 mantenida en el Riggs Bank Washington por “Sergio M. Moreno”, quien a ese entonces se desempeñaba como Secretario General del Ejército de Chile, encargado de los gastos reservados asignados a la Comandancia en Jefe....

23.- El 6 de agosto de 1991, fue constituida en Chile la sociedad de Inversiones Belview Internacional S.A., por Oscar Custodio Aitken, siendo sus socios Belview International Inc., con un 99%, y Axel Buchheister Rosas, con un 1%.

El capital inicial suscrito ascendió a la suma de \$104.100.000 y el capital pagado a \$35.394.000, mediante un cheque del Barclays Bank por US\$100.000



cuyo saldo se canceló en el mes de diciembre de 1994. Su domicilio comercial se estableció en calle General Gorostiaga N° 509, Depto N° 202, Ñuñoa.

Los dólares del capital inicial de la chilena Inversiones Belview International S.A. fueron depositados en el Barclays Bank por Sergio Marcelo Moreno Saravia, en 1991, Secretario General del Ejército de Chile, quien los recibió de José Miguel Latorre Pinochet, a la sazón Secretario personal de Pinochet Ugarte, por expreso encargo de éste...

46.- Que, el patrimonio total de Augusto Pinochet Ugarte asciende a US\$21.363.761,30, de los cuales US\$1.427.588,55 correspondientes a ingresos junto con US\$2.069.849,75 correspondientes intereses, se encuentran justificados. De la operatoria anterior, se puede señalar entonces que sus ingresos sin justificación ascienden a la suma de US\$17.866.323,20.

47.- Que, el origen de US\$ 17.866.323,20, de acuerdo a lo investigado en estos autos, se encuentra en los fondos de gastos reservados asignados a la Presidencia de la República, a la Casa Militar y a la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile.

48.- Que, los ingresos declarados anuales de Augusto Pinochet Ugarte entre 1973 y 2003, ascienden a un total de US\$ 1.427.588,35, los cuales corresponden a su patrimonio justificado.

49.- Que, las bajas contra esos ingresos están constituidas por inversiones, dividendos de préstamos solicitados por Pinochet Ugarte e Inés Lucía Hiriart Rodríguez, impuestos, contribuciones, compra de bienes raíces, obtención de vehículos, adquisición de acciones, depósitos a plazo, fondos mutuos, mercado de capitales, construcción de inmuebles, aportes a sociedades, transferencias a cuentas en bancos extranjeros y otras menores.



50.- Que la diferencia fue solventada con los dineros de los gastos reservados asignados a la Presidencia de la República, a la Casa Militar y a la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile, los que fueron sacados del país y luego reingresados de las maneras que se ha dejado explicadas.

51.- Que, los fondos destinados a gastos reservados de la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile eran anualmente determinados por el escalafón Presupuesto de la Comandancia en Jefe del Ejército y ascendían aproximadamente a US\$ 1.320.000,00 en 1999.

Determinado el respectivo ítem de la Ley de Presupuesto de la Nación y con la venia del Ministerio de Hacienda, la Dirección de Finanzas del Ejército de Chile efectuaba la asignación presupuestaria, aprobando lo solicitado por cada unidad.

El duodécimo mensual para los gastos reservados de que aquí se trata alcanzaba US\$ 110.000,00 que eran girados por Tesorería General de la República y depositados en la cuenta N° 13073 "Recursos Presupuestarios" del Banco del Estado de Chile.

Desde allí se los transfería a la Misión Militar de Chile en USA, en conjunto con los gastos de operaciones de ésta.

Luego, entre 1980 y 1994 estos gastos reservados eran guardados en la cuenta N° 31-15 del Banco Scotia Ontario, Canadá.

Entre 1994 y 1998, eran guardados en la cuenta N° 17194438 del Riggs Bank Washington.

Hasta el año 1992, se giraba contra estos gastos reservados con un mero certificado de "Buena Inversión" emanado de la Secretaría General del Ejército de Chile, siendo el correspondiente cheque cobrado en el país. De ello se ocupaban el jefe de la sección moneda extranjera y el jefe del departamento de finanzas,



ambos de directa dependencia del Secretario General que, a su turno, era de exclusiva confianza y mantenía permanente contacto personal y directo con el Comandante en Jefe.

Del Secretario General dependían tales gastos reservados, habiéndose desempeñado como tales entre 1981 y 1997 Ramón Castro Ivanovic, Sergio Marcelo Moreno Saravia y Jaime Enrique Lepe Orellana.

Desde el año siguiente se alteró levemente la modalidad, enviándose mensualmente al país una provisión del orden de los US\$ 110.000,00 a la orden del mencionado Jefe del Departamento de Finanzas de la Comandancia en Jefe o de la persona que él dispusiera. A partir de 1998, el egreso de gastos reservados se efectuaba directamente desde la antedicha cuenta N° 13073.

Así, como se ha venido detallando, los Secretarios Generales cursaron numerosas y permanentes órdenes de entrega de dineros de esta naturaleza, a petición directa de Pinochet Ugarte, de sus secretarios privados, de Mónica Ananías Kuncar y del ayudante Mortimer Humberto Jofré Azuaga, las que se convirtieron en propiedades, construcciones, pagos de salarios a obreros y operarios por labores de índole privada de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y su entorno, explotación agrícola, sustento de parientes y cercanos, aportes a CEMA Chile, libros, estatuas o bustos de Napoleón Bonaparte, sastrería, arriendo de cabañas turísticas, audífonos, vestuario, relojes, calzado, gastos médicos, kinesiología, zapatillas de gimnasia, atlas, repuestos de lapiceras, buzos deportivos y variados otros destinos de naturaleza personal, sin contar, conforme dicho, con lo conservado en el extranjero.

Algunos de los pedidos eran ejecutados por los Oficiales del Ejército de Chile que oficiaban como agregados en las misiones en Washington y Madrid o en las diversas agregadurías.



Estos insumos no quedaban respaldados.

Secretarios Privados de Pinochet lo fueron en la época, Gabriel Vergara Cifuentes, Juan Ricardo Mac-Lean Vergara, Eduardo Fernando Castillo Cádiz, y el fallecido José Miguel Latorre Pinochet;

52.- Que, de todo lo anterior se desprende lo siguiente:

i. A la fecha de apertura de la cuenta N° 35041-3 el 23 de noviembre de 1981, los titulares Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic ostentaban los cargos de Jefe de la Casa Militar y Edecán del Presidente, respectivamente;

ii. A la fecha de apertura de la cuenta N° 35051-2 el 11 de enero de 1982, los titulares Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic ostentaban los cargos de Jefe de la Casa Militar y Secretario General del Ejército respectivamente;

iii. A la fecha de apertura de la cuenta N° 45052-2 el 01 de junio de 1984, el titular "John Long" (Jorge Ballerino Sandford) ostentaba el cargo de Jefe de la Casa Militar;

iv. 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;

v. A la fecha de apertura de la cuenta N° 71046-7 el 27 de diciembre de 1994, el titular Juan Mac-Lean Vergara ostentaba el cargo de Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército;

vi. 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;

vii. Que, en cuanto a Sergio Moreno Saravia en el momento que realiza el depósito en el Barclays Bank, correspondiente a la suma de US\$100.000,00 y cuando sustrae la suma de US\$23.721,00 en beneficio de Augusto Pinochet



Ugarte depositadas en su cuenta corriente personal del Banco Riggs Miami ostentaba el cargo de Jefe de la Casa Militar de la Presidencia de la República. - Que, del informe pericial contable emitido por la Universidad de Chile de fecha 04 de junio de 2010 a fojas 199.977, se desprende que los montos de dinero que alguna vez se hallaron depositados en las cuentas bancarias de los procesados corresponden a los siguientes:

a) Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic, cuenta número 35041-3, la suma de US\$620.968,96;

b) Jorge Ballerino Sandford y Ramón Castro Ivanovic, cuenta número 35051-2, la suma de US\$2.978.595,07;

c) "John Long" (Jorge Ballerino Sandford) cuenta número 45052-2, la suma de US\$1.112.567,19;

d) Gabriel Vergara Cifuentes, cuenta número 70934-5, la suma de US\$671.075,56;

e) Juan Mac-Lean Vergara, cuenta número 71046-7, la suma de US\$880.417,31;

f) Eugenio Castillo Cádiz, cuenta número 71176-2, la suma de US\$70.061,59;

g) Sergio Marcelo Moreno Saravia, por la sustracción de la suma de US\$23.721,00."

Quinto: Que el **recurso de casación en la forma** planteado por el **Consejo de Defensa del Estado** se sustenta en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los numerales cuarto y quinto del artículo 500 y al inciso final del artículo 544 del mismo texto, por observar razonamientos contradictorios que, por ende, se restan entre sí y conducen a la



ausencia de fundamentos de la decisión que absuelve a Castillo Cádiz por el delito de apropiación indebida.

Sexto: Que la ley exige respecto del examen de fundamentación que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que los sustentan. La motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocer a todos los partícipes en el proceso criminal la justicia de la decisión judicial, como asimismo, facilita la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto. Todo esto supone exponer razones que puedan ser entendidas por las partes, hacer interpretaciones y explicitar la posición adoptada por el tribunal ante las diversas teorías sustentadas por ellos en el juicio en una forma que no deje lugar a dudas respecto de las motivaciones de los juzgadores, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada.

Asimismo, la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues obliga a los jueces a expresar los motivos que sustentan la resolución, lo que conlleva la obligación de estudiar razonadamente las cuestiones jurídicas sometidas a su conocimiento en términos que resulte entendible la decisión relativa a los hechos acreditados, la aceptación o rechazo de las pruebas rendidas y a las alegaciones y defensas planteadas, por lo que incumbe a los sentenciadores del fondo razonar en términos que puedan ser comprendidos todos sus fundamentos, las motivaciones, o, como lo ha entendido la jurisprudencia extranjera, haga posible *“permitir conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada”* (Tribunal Supremo Español, sentencia de 19 de febrero de 1990, 25/1990). Así lo ha venido recogiendo esta Corte en las causas Rol N° 7089-2009 de 4 de agosto de 2010, Rol N° 6473-2010 de 3 de septiembre de



2012, Rol N° 12.553-2011 de 30 de abril de 2013 y Rol N° 317-2014 de 20 de mayo de 2014.

Lo anotado corresponde a la concreción de un deber fundamental del órgano jurisdiccional que no es más que una reiteración de la obligación de los tribunales de la carga inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan -artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales-. Así las cosas, la ley ha establecido exigencias formales ineludibles a la sentencias, al tiempo que ha previsto la nulidad como sanción del incumplimiento (SCS Rol N° 317-2014 de 20 de mayo de 2014).

Séptimo: Que, ahora, sobre la causal específica de invalidación deducida, esta Corte ha señalado reiteradamente que *“la existencia de consideraciones contradictorias conlleva que ellas se anulen entre sí y dejen el fallo desprovisto de fundamentos, lo que constituye la causal de invalidación del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 500 N°s 4 y 5 de ese mismo cuerpo normativo”* (SCS Rol N° 10.677-2014 de 12 de agosto de 2014 y Rol N° 9341-2015 de 30 de marzo de 2016). En la misma línea, ha dicho que se incurre en el vicio de casación en la forma denunciado, esto es, no haber sido extendida en la forma prescrita por la ley, desde que, *“a causa de las evidentes inconsistencias en sus razonamientos, carece de consideraciones que permitan dan por probados o no probados los hechos que le son atribuidos al acusado ..., de conformidad con lo prevenido por el artículo 541 N° 9, en relación con el numeral cuarto del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal”* (SCS Rol N° 317-2014 de 20 de mayo de 2014).

Octavo: Que, en el caso de marras, en el considerando 8° de la sentencia impugnada, se adelanta que las conductas de cada uno de los acusados -incluido Castillo Cádiz- deben ser calificadas como delito, según se precisará más



adelante, de malversación de caudales públicos o apropiación indebida, al señalar *“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”*.

Lo anterior se reitera al definir el delito continuado, que supone, como la sentencia reconoce, que se trata de *“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”*, descartando después que se trate de esta categoría, no porque las conductas ejecutadas en tiempos diversos, como la de Castillo Cádiz, no cumplan las exigencias de los tipos delictivos en cuestión, sino porque, en lo que interesa al referido encartado, como lo explica en su fundamento 11°, el 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”*. De esa manera, la sentencia admite que Castillo Cádiz ejecutó conductas subsumibles en un tipo penal, sin embargo, concluye, como lo refiere al final del mismo basamento, que dicha conducta en conjunto con la de los demás acusados no conforma un delito continuado sino sólo una reiteración de delitos -al señalar *“apreciando más bien una simple situación de reiteración de delitos”*-, lo que no viene sino a confirmar que se trata de una conducta que satisface los extremos de un tipo penal.

Es más, agrega luego que *“si de alguien en este proceso puede afirmarse que incurrió en delito continuado ... 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”*, con lo cual, nuevamente reitera que *“cada uno de los actos”*, uno de los cuales fue ejecutado



por Castillo Cádiz como se detalla en el motivo 10°, constituye “*defraudación al erario nacional*” y, de ese modo, participó en cada uno de esos delitos, como autor mediato, Augusto Pinochet Ugarte.

Noveno: Que, por otra parte, las reflexiones desarrolladas en los basamentos 10° a 12° llevaron a concluir que la eventual responsabilidad penal de los acusados Ballerino Sandford, Castro Ivanovic y Moreno Saravia se encuentra extinguida por la prescripción de la acción penal, desde que sólo puede atribuírseles responsabilidad por los hechos acontecidos, en el mejor de los casos, hasta 1985 a los dos primeros y al último por sucesos ocurridos hasta 1991, de tal forma que al 1° de octubre de 2004, fecha en que se dedujo querrela, había transcurrido el término de prescripción de la acción penal que se contempla en el artículo 94 del Código Penal, para el delito de malversación de caudales público.

A continuación el fallo, en su razonamiento 13°, repara que respecto de los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz es necesario efectuar consideraciones especiales, pues 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 y, 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 una pena de crimen, no resultaría aplicable, a su respecto, lo sostenido antes sobre la prescripción, al corresponder el término en ese caso a diez años.

Décimo: Que, por lo anterior, la sentencia se aboca a examinar si “*el delito cometido por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz es efectivamente el del artículo 233 del Código Penal*”, con lo que reconoce la comisión de un delito por el último mencionado, sólo expresando que debe



revisarse su correcta calificación. En tal labor, en su considerando 15° expresa que, dado que se asentó 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”* y que este cargo, como los de Vergara y Mac-Lean, *“no conllevaban la custodia ni la administración de caudales públicos y, mucho menos, de fondos calificados como reservados en el presupuesto nacional”* -extremo sin el cual como había ya expresado en su motivo 14°, no puede configurarse el delito de malversación de caudales públicos-, concluye en el basamento 16° 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”*, pero, inmediatamente a continuación recalca el fallo, que *“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”*, con lo que otra vez reafirma la tipicidad de la conducta imputada a Castillo Cádiz, sólo distanciándose de la calificación efectuada por el a quo. Es más, en el mismo considerando 16° precisa que el autor mediato de estos hechos, Augusto Pinochet Ugarte, se sirvió de *“autores ejecutores dolosos -Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz-”*, es decir, admite que Castillo Cádiz ejecutó la conducta típica del delito de malversación de caudales públicos, incluso de manera dolosa, pero advierte que no puede sancionársele por ese título de imputación porque la condición del sujeto activo calificado -empleado público que tiene a su cargo caudales o efectos públicos- *“no se comunica respecto de quienes no concurre esa cualificación”* y, en razón de todo lo dicho, concluye que *“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”, con lo que, con claridad meridiana, la sentencia insiste en que la conducta ejecutada “dolosamente” por Castillo Cádiz se encuadra en el delito de apropiación indebida, afirmación sobre la que ahonda en los motivos 17° a 19°, expresando en este último que “ 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”. Así, la sentencia mantiene y complementa lo que venía declarando antes, indicando que Castillo Cádiz recibió dineros correspondientes a “gasto reservado” y que, en vez de ocuparlo en satisfacer necesidades públicas, lo destinó “al patrimonio personal de un sujeto [Augusto Pinochet Ugarte] o al de sus familiares”, todo ello, como precisó en el razonamiento 16°, actuando “dolosamente”, todo lo cual, hasta aquí guardaba correspondencia con lo que venía postulando, esto es, que la conducta de Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz configura el delito de apropiación indebida, dada la ausencia de la calificación necesaria para subsumir sus actuaciones en el delito de malversación de caudales públicos.

Décimo primero: Que, derivado de lo antes observado, el fallo refiere en su razonamiento 19° que debe considerarse como plazo de prescripción de la acción penal el de cinco años, en virtud de lo cual, como expresa en el motivo 20°, la responsabilidad penal de Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara se encuentra extinguida por dicho modo de extinguir la responsabilidad penal, al realizar sus



últimas intervenciones en los años 1995 y 1997, respectivamente, y haberse suspendido dicho término en el año 2004, época en que se deduce la querrela. Sin embargo, en vez de extender estas disquisiciones a Castillo Cádiz para concluir, como resultaba necesario de lo que se venía razonando, que respecto de este último, la acción penal no se hallaba extinta al atribuírsele participación con motivo de la apertura de la cuenta N° 71176-2, que se cierra el 29 de abril de 2004, mismo año de interposición de la querrela, la sentencia, luego de haber reiteradamente discurrido, afirmado y fundado que la conducta de Castillo Cádiz se subsume en el delito de apropiación indebida, ahondando en los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, ahora se aboca a estudiar la prueba documental y pericial en el motivo 22° para inferir en el 23° que *“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”*, lo que lleva a los sentenciadores a absolver por este motivo al acusado Castillo Cádiz.

Décimo segundo: Que, como resulta patente, el fallo en estudio incurre en contradicciones notorias, pues primero afirma que Castillo Cádiz recibió gastos reservados y los destinó al patrimonio personal de Pinochet Ugarte o de sus familiares (considerando 19°), actuando dolosamente (considerando 16°) y, respecto de tales conductas, descarta su atipicidad (considerando 16°) pues constituyen alguna figura de defraudación tipificada en la ley (considerando 8°), que junto a las atribuidas a los demás acusados corresponde a un delito reiterado (considerando 11°), la que debe *“subsumirse en la figura del N° 1 del artículo 470 del Código Penal, esto es, del delito de apropiación indebida”* (considerando 16°), para después, únicamente al momento de percatarse que lo extensa y



reiteradamente sostenido previamente no permite declarar la prescripción de la acción penal en lo atinente a Castillo Cádiz, como sí lo permite respecto de los otros acusados, entonces asevera que algunos de los elementos típicos del delito de apropiación indebida, sólo en relación al referido Castillo Cádiz, no están probados según el estándar que demanda la ley para una sentencia condenatoria, en particular que los dineros distraídos correspondían a caudales públicos (considerando 22°).

Décimo tercero: Que, todavía más, específicamente en relación al motivo de la absolución decidida por la sentencia impugnada respecto de Castillo Cádiz, esto es, por no probarse que los dineros distraídos correspondían a caudales públicos, cabe notar que en el motivo 4° del fallo de primer grado -reproducido en lo que aquí se apunta, en alzada-, se expresa que los hechos determinados y descritos en el basamento precedente, que incluye la actuación de Castillo Cádiz, “*se subsumen en el delito de Malversación de Caudales Públicos, figura penal descrita y sancionada en el artículo 233 y siguientes del Código Penal*”, es decir, que los hechos que se han tenido por ciertos satisfacen todos los elementos típicos del referido delito, sin perjuicio de luego precisarse en los considerandos 14° y 15° de la sentencia impugnada que, respecto de Castillo Cádiz, así como de Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara, está ausente la calificación que requiere el delito especial impropio aludido, esto es, que los caudales o efectos públicos les hayan sido confiados, “*en razón de su función*”, motivo por el cual los actos atribuidos deben sancionarse como delito de apropiación indebida ante la imposibilidad de comunicarles esa condición. De esa manera, la sentencia reconoce que se cumplen los demás extremos de aquel tipo penal, en lo que interesa, que Castillo Cádiz tuvo a su cargo “*caudales o efectos públicos*”, faltando únicamente que se le hayan confiado en razón de su función.



Sobre este mismo aspecto, a saber, que Castillo Cádiz haya tenido a su cargo “fondos públicos”, en el acápite signado con la letra e) del considerando 4° del fallo de primer grado -conservado por la sentencia de alzada-, se expresa que *“Es así como las cuentas en el Banco Riggs se van aperturando 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”*, cuentas entre las que se incluye, como expresamente luego indica, la abierta por Castillo Cádiz. Por su parte, la sentencia impugnada en el motivo 16° señala que *“los nombrados”, esto es, “Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz”* -como los había enunciado previamente en el mismo considerando-, no tenían a su cargo, en razón de su función, *“los caudales o efectos públicos que malversaron”*, lo que se reitera en el razonamiento 19° que expresa que *“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”*, aceptando entonces, que Castillo Cádiz sí recibió dineros correspondientes a gastos reservados, los tuvo a su cargo -pero no en razón de su función- y los destinó al patrimonio personal de Pinochet Ugarte y de sus familiares, todo lo que justificaba y era consistente con lo que venía sosteniendo la sentencia, esto es, que se configura a su respecto el delito de apropiación indebida de fondos públicos.



Lo que se ha relatado se opone a lo concluido después por la sentencia en estudio en sus motivos 22° y 23°, cuando señala que respecto de los dineros que se depositan en la cuenta N° 71176-2 abierta por Castillo Cádiz, no puede determinarse su origen, si corresponden o no a caudales públicos, ni tampoco si tienen destinos públicos o privados y que, por consiguiente, no puede configurarse el delito de apropiación indebida.

Décimo cuarto: Que los graves defectos antes reseñados privan de fundamento a la decisión recurrida, desde que afirma y luego niega la acreditación del objeto del delito y, por consiguiente, primero acepta y luego desestima que la conducta probada se subsuma en la figura de apropiación indebida, con lo cual tales opuestos razonamientos no pueden servir de base al dictamen absolutorio, desde que lo discernido debe conducir de manera lógica a lo decidido, pues esto último debe ser resultado de las disquisiciones que le preceden, como manifestación y materialización del derecho a una sentencia fundada, integrante del debido proceso, garantía que favorece no sólo al sometido a enjuiciamiento sino también al ofendido y a quien comparece en su representación.

Décimo quinto: Que, conforme con lo que se ha venido reflexionando, aparece con nitidez la existencia de un vicio en la sentencia de segunda instancia, puesto que revocó la decisión condenatoria del tribunal de primer grado respecto de Castillo Cádiz, absolviéndolo en su lugar, sin revestir de fundamento tal resolución, incurriendo por tanto en el vicio contemplado en el N° 9 del artículo 541 del Código Procedimiento Penal, esto es, por no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, al no contener las consideraciones en cuya virtud se dan por no probados los hechos atribuidos al procesado Castillo Cádiz, ni las razones legales o doctrinales que sirven para no calificar esos hechos como delito, extremos demandados por los N°s. 4 y 5 del artículo 500 del Código



Procedimiento Penal. De tal suerte que deberá ser acogida la pretensión de nulidad formal en examen, como se dirá en lo resolutivo.

Décimo sexto: Que, en razón de lo decidido, y de conformidad con lo prevenido por el inciso segundo del artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo impetrados por el Consejo de Defensa del Estado y por la querellante Carmen Hertz Cádiz.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 535, 541 N° 9 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 808 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge el recurso de casación en la forma** deducido en lo principal de fojas 205.659 por el Consejo de Defensa del Estado, contra la sentencia de veintiuno de junio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 205.621 y siguientes, la que en consecuencia **se anula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Ténganse por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos en el primer otrosí de fojas 205.659 y en lo principal de fojas 205.710.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 38.490-17

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Lamberto Cisternas R., Sras. Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y Sr. Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones.

LAMBERTO ANTONIO CISTERNAS
ROCHA
MINISTRO
Fecha: 24/08/2018 08:28:37

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 24/08/2018 12:25:06



ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 24/08/2018 10:38:24

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 24/08/2018 08:18:10



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 24/08/2018 12:43:00

En Santiago, a veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 24/08/2018 12:43:02



SENTENCIA DE REEMPLAZO.

Santiago, veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 786 del Código de Procedimiento Civil y 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a) en el párrafo consignado con el N° 1 del considerando 3°, se sustituye la frase “*Decreto Ley N° 807 de 17 de diciembre de 1973*” por “*Decreto Ley N° 806 de 17 de diciembre de 1974*”.

b) en el fundamento 4° se excluyen los acápites signados con las letras j), k), l), m), n) y ñ).

c) en el considerando 5°, párrafo d), se descarta la frase que se inicia con la afirmación “*el será absuelto*”, hasta la voz “*se señala que*”.

d) del motivo 10° se elimina el párrafo consignado con el N° 1) y, en el N° 6), letra b), se sustituye la oración “*serán acogidas las atenuantes del 11 número 8 y 9 ya que no consta en autos que los acusados hayan podido eludir la acción de la justicia ni tampoco consta una colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos*” por “*será acogida la atenuante del 11 número 8 ya que no consta en autos que los acusados hayan podido eludir la acción de la justicia*”. En el apartado c) del N° 6) se suprimen los guarismos “195.705,”, “180.533,” y “198.497,”, y las expresiones “*Ballerino, Castro,*” y “*Moreno,*”. También se elimina el párrafo signado con la d) del N° 6.

e) se elimina el motivo 12°.



De la sentencia casada, se reproducen sus considerandos 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 18°, primer párrafo del 19°, 25°, 27° salvo el vocablo “*eliminado*” de su primer párrafo, 32° y 33°.

Y se tiene en su lugar, además, presente:

Primero: Que el artículo 233 del Código Penal sanciona al “*empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga*”.

Segundo: Que respecto de la conducta típica, esto es, sustraer o consentir que otro sustraiga, la primera, que aquí interesa, consiste en una acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular. Dado que no se habla de “apropiación” sino de “sustracción”, no se exige especialmente el ánimo de comportarse como señor y dueño. Además, como en estos casos los fondos sustraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del hechor, no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona. Por otra parte, no se trata propiamente de un delito comisivo similar al hurto, sino de uno de carácter omisivo, similar a la apropiación indebida, que exige, además de la sustracción propiamente tal, que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta respectiva, no reintegre los caudales o efectos que pudieren faltar en ella. Generalmente el delito va a suponer algún tipo de maniobra para traspasar los fondos al ámbito de disponibilidad personal del funcionario o, fundamentalmente, para ocultar su existencia, pero lo verdaderamente determinante es que no sean reintegrados (Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María M. Delitos contra la Función Pública, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 2da. ed., pp. 389 y 390)



Tercero: Que, en el caso sub lite, como establece el fallo de primer grado en los acápites N°s. 1 y 2 de su razonamiento 3°, Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, en razón de los cargos públicos que desempeñó como Comandante en Jefe del Ejército de Chile (desde el 23 de agosto de 1973), Presidente de la Junta de Gobierno (a partir del 11 de septiembre de 1973), Jefe Supremo de la Nación (desde el 27 de junio de 1974), Presidente de la República (a contar del 17 de diciembre de 1974) y Comandante en Jefe del Ejército (desde el 11 de marzo de 1990 hasta el 10 de marzo de 1998), se le asignó, en el ítem respectivo del presupuesto nacional, uno denominado “gastos reservados”, lo que significa que su destino o inversión no estaba sujeta a control y que eran justificados con un mero certificado de “Buena Inversión”, esto es, cualquiera que fuera su destino, quien disponía de ellos manifestaba que los había bien invertido, sin ningún otro control.

Cuarto: Que en los apartados N°s. 3 a 5 y 13 a 15, del mismo considerando 3°, se establece que Pinochet Ugarte, en su calidad de Presidente de la República y Comandante en Jefe, contaba con funcionarios de su confianza, entre los que se incluyen quienes se desempeñaron, sucesivamente, como su Secretario Privado, esto es, Gabriel Vergara Cifuentes, Juan Mac-Lean Vergara y Eugenio Castillo Cádiz, los que contaban con una cuenta que estaba sólo destinada a gastos personales de Augusto Pinochet Ugarte. Así, Vergara Cifuentes, en su calidad de Secretario Privado de Pinochet Ugarte, el 13 de diciembre de 1991, abrió la cuenta N° 70934-5 en el Riggs Bank Miami, con una transferencia de US\$55.000,00 desde la cuenta N° 45166-6, que mantenía José Miguel Latorre. Acto continuo, Juan Mac-Lean Vergara abre el 27 de diciembre de 1994 la cuenta N° 71046-7 del Riggs Bank Miami, con el cheque N° 131 por US\$45.000,00 proveniente de la cuenta



mantenida por Gabriel Vergara en ese banco N° 70934-5. Posteriormente, el 14 de febrero de 1997, se abre en el Riggs Bank Miami, la cuenta N° 71176-2 a nombre de Eugenio Castillo Cádiz, con una transferencia de US\$41.667,70, la que proviene de la cuenta mantenida por el anterior Secretario Privado, Juan Mac-Lean Vergara.

Quinto: Que en las referidas cuentas, como luego se explicará al tratar el objeto material del delito de malversación, por instrucción directa de Pinochet Ugarte, autoridad competente a la época para ordenarlo, se depositaron dineros correspondientes a gastos reservados, los que se traspasan desde las cuentas antes abiertas por quienes previamente desempeñaron el cargo de Secretario Privado o desde otras abiertas en otros bancos a nombre de distintos titulares. Mediante este mecanismo, esos dineros provenientes de los Gastos Reservados de la Casa Militar, se pusieron a cargo de los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, asumiendo la obligación de su conservación, los que al destinarlos, posteriormente, al patrimonio personal de Pinochet Ugarte o al de sus familiares, según las instrucciones de éste, como lo establece la sentencia casada en su motivo 19° -reproducido aquí-, permitieron la sustracción definitiva de esos montos.

Sexto: Que en lo concerniente al sujeto activo, debe ser un empleado público, al tratarse el delito en estudio de uno especial impropio en el que el círculo de posibles autores se delimita por esa condición de funcionario público y, también, por encontrarse a cargo de los caudales.

Séptimo Que, en el caso de marras, como se sienta en el acápite N° 52 del motivo 3° del fallo de primer grado, 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 Mac-Lean Vergara ostentaba el cargo de Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército; y, 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. Con lo anterior, 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.

Octavo: Que el elemento normativo del tipo penal consistente en que los caudales o efectos públicos sustraídos estén a cargo del funcionario público, requiere que estén a su cuidado, disposición o responsabilidad.

Al respecto, esta Corte no comparte la exigencia propuesta en doctrina -y hecha suya por la sentencia casada-, de que los bienes públicos o privados estén vinculados al funcionario por una especial relación de custodia determinada por disposiciones legales o reglamentarias del Derecho Administrativo. En opinión de esta Corte, el artículo 233 del Código Penal sólo hace referencia al funcionario que tiene fondos “a su cargo”, es decir, que estén bajo su protección y resguardo y, así, ha señalado que se configura el delito si el acusado tenía los fondos “*a su orden y disposición; pero a título de mera tenencia, y por tanto, son de su cargo*” (Sentencia de Corte Suprema de 7 de mayo de 1954 en Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales, Enero a Diciembre de 1954, N°s. 1 y 10, p. 55). En otra oportunidad se explicó que ni el artículo 233 del Código Penal ni precepto legal alguno exigen que la custodia requerida por esa disposición derive de un precepto expreso de la ley o reglamento (Sentencias de Corte Suprema de 13 de agosto de 1965, en Fallos del Mes, N° 81, p. 189, y 18 de diciembre de 1996, en Gaceta Jurídica, N° 199, p. 89).



Asimismo, ha explicado esta Corte *“Que el artículo 233 del Código Penal fue tomado del artículo 318 del Código Español de 1850 que tenía la misma redacción, y que únicamente exigía que el empleado público tuviera a su cargo caudales públicos o de particulares por un título de mera tenencia, sin requerir que los tuviera por razón de sus funciones; posteriormente el Código Español de 1870 cambió su redacción y exigió, además, que el funcionario los tuviera por razón de sus funciones y por este motivo los comentaristas de dicho Código, como Cuello Colón y Federico Puig Peña manifestaban que debido a la nueva redacción es ahora menester que la ley haya otorgado al funcionario la administración de esos fondos, pero conforme al texto antiguo se estimaba, según expresa Groizard, que bastaba que los tuviera a su cargo, y como nuestro Código ha mantenido la redacción primitiva del Código Penal Español, basta que el funcionario tenga esos fondos a su cargo, para que sea culpable del delito de malversación”* (Sentencia de Corte Suprema de 1° de julio de 1967, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 64, 2ª parte, secc. 4ta., p. 129).

En la misma línea la doctrina ha enseñado que la norma en examen fue tomada del Código Penal español, que tampoco exigía nada más, sólo posteriormente en ese país se agregó la exigencia de que estuviese a su cargo “por razón de sus funciones”, reforma que nunca fue adoptada en Chile (Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 394), manteniéndose en España quienes defienden una apertura típica (Olesa, Zabalegui y, sobre manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo), sobre la base de una extensión de la relación funcional con los caudales o efectos públicos, consideran suficiente que el funcionario disponga de ellos “con ocasión” de sus funciones (Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar, Capítulo VII De la malversación, en:



Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín. Comentarios al Nuevo Código Penal, Editorial Aranzadi, España, 2ª ed., 2001. pp. 1966 y 1967).

Noveno: Que, en el caso sub iudice se presenta la custodia a cargo de los acusados, como ya fue dicho. Nada más para corroborar, cabe atender que la sentencia casada, al señalar en su motivo 19º que los acusados recibieron los fondos con el deber de darles un fin público -satisfacer necesidades públicas, como ahí se indica-, reconoce que, entonces, en su calidad de funcionarios públicos estaban “a cargo” de esos fondos y de darle ese fin, pues si se tratara al momento de su intervención sólo de efectos de un delito cometido antes por un tercero, en el que no participan, desde luego no recaería sobre ellos el referido deber en relación a esos fondos ya sustraídos. Lo mismo se desprende al estimar la sentencia casada que los hechos cometidos por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz deben calificarse como delito de apropiación indebida, pues esta figura, *“esencialmente, es un delito que consiste en quedarse con las cosas ajenas, violando el deber jurídico de entregarlas o devolverlas”* (Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, 3a ed., 2004, T. III, p. 424), deber que sólo puede existir, en el caso sub lite, si los acusados estuvieron a cargo, en su calidad de funcionarios públicos, de esos fondos.

Décimo: Que, a mayor abundamiento, si bien Guzmán Dálbora expresa que *“el sujeto debe tener las cosas ‘precisamente en razón de sus funciones’, de modo que no son suficientes una relación adventicia, ocasional”*, precisa que la tenencia puede cimentarse no sólo en la ley o reglamento, sino también en *“la costumbre administrativa”* o mediante *“una orden o instrucción legítimos del superior”* (Guzmán Dálbora, José L., Estudios y Defensas Penales, Legal Publishing Chile, 3a ed., 2009, pp. 351 y 352), pudiendo ocurrir lo primero,



“cuando la práctica administrativa, ante el vacío reglamentario, otorga funciones de administración, percepción o custodia a funcionarios cuya particular competencia no les comprende” (Creus, citado por Guzmán, op. cit., p. 330).

Pues bien, de los antecedentes recopilados se desprende que era la usanza administrativa a la época de estos hechos, que quien desempeñara las funciones de Secretario Privado de Pinochet Ugarte abriera una cuenta corriente en el extranjero para conservar los fondos que éste dispusiera allí se depositaran, el que, encontrándose al mando del Poder Ejecutivo en este país, y siendo a la vez Comandante en Jefe del Ejército, conformaba lo que, en ese entonces, debía tomarse como el proceder aceptado de la Administración, sobretodo en atención a la naturaleza de los fondos custodiados -gastos reservados- y a las circunstancias en que operó el gobierno de la época, lo que, como se explicará más adelante, conllevó un escaso -o inexistente- control sobre el manejo de dichos fondos.

Décimo primero: Que la interpretación seguida por esta Corte permite, además, abarcar y sancionar proporcionalmente el mayor injusto de casos como el de marras, donde funcionarios públicos se valen del, y burlan, el escaso y falible régimen de control y rendición sobre gastos reservados puestos a su cargo, para apropiarse de los mismos, pues, de otro modo, precisamente esa falta de regulación legal y administrativa sobre la conservación, operación y disposición de esos fondos de que se sirven los acusados y Pinochet Ugarte para llevar a cabo la sustracción, constituiría igualmente un factor de aminoración de pena para los responsables.

En ese orden, debe considerarse que, como se explica en el motivo 18° de la sentencia casada -reproducido aquí-, los gastos reservados corresponden



a dineros que la Ley de Presupuesto coloca a disposición de determinadas autoridades del Estado con el objeto de que los utilicen, de acuerdo a las facultades que las propias leyes les entregan, empleándose de forma discrecional y rindiendo cuenta de su manejo a la Contraloría General de la República, pero no en detalle, sino en forma global, presumiéndose su buena inversión. Entonces, la naturaleza y finalidad de la institución de los gastos reservados se opone a una reglamentación detallada sobre la conservación, operación y disposición de dichos fondos, ya sea vía legal o reglamentaria, dado los múltiples fines lícitos, a través de diversos medios igualmente legítimos, que la autoridad podría darle, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes los apliquen a fines que no corresponden a objetivos propios de la administración del Estado, o prohibidos por la ley.

Por otra parte y de la mano de la idea anterior, también debe tenerse presente que el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia en Jefe del Ejército de 1987 -aludido por la sentencia casada-, que no contempla que los cargos de Secretario Privado de Pinochet Ugarte, Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército y Ayudante Militar -cargos de Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, respectivamente- conlleven la custodia o administración de caudales públicos o de fondos calificados como reservados en el presupuesto nacional, fue aprobado por "Orden de Comando N° 6415/278", de 8 de enero de 1988, es decir, por Pinochet Ugarte, quien, a la sazón, como Presidente de la República, dirigía el Poder Ejecutivo en el país y, por ende, poseía la potestad para reglamentar esa materia de tal modo (artículo 32 N° 8 de la Constitución Política de la República de 1980), ejerciéndose, por su parte, el poder legislativo por la Junta de Gobierno (disposición 18° transitoria de la



Constitución), integrada por el Oficial General de Armas del Ejército que siga en antigüedad al Comandante en Jefe del Ejército -asimismo, Presidente de la República-, quien podía ser reemplazado en cualquier momento por el Presidente (disposición 14° transitoria de la Constitución), este último, que igualmente se encarga de la promulgación de las leyes (disposición 19° transitoria de la Constitución). En virtud de lo dicho, mal podía esperarse que Pinochet Ugarte reglara, o hubiera instado para que se legislara, sobre la custodia, resguardo y control de los gastos reservados que puso a cargo de sus Secretarios Privados, modificando de ese modo el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Comandancia en Jefe del Ejército o el Decreto Ley N° 406, del Ministerio del Interior, publicado el 20 de agosto de 1932 -que básicamente indicaba que se consideraría como suficiente rendición de cuentas de la inversión de los gastos reservados, los recibos globales que se presentaran-, pues precisamente el depósito en las cuentas operadas por tales funcionarios y su gestión en distintas inversiones y gastos, fue el método mediante el que se concretó la sustracción de esos caudales públicos, aprovechando que durante aquel período 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.

Décimo segundo: Que, así las cosas, la conservación de los caudales o efectos públicos correspondientes a gastos reservados queda a cargo de Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, una vez que abren sendas cuentas en el Riggs Bank Miami, luego de lo cual, por instrucciones de Pinochet Ugarte, tales caudales o efectos se destinan a su propio



enriquecimiento, momento en que se hace imposible el reintegro al erario nacional por la sustracción y, por consiguiente, la sustracción se hace permanente.

Décimo tercero: Que, en lo atinente al objeto material, en el delito en examen está integrado por caudales o efectos, esto es, bienes o valores susceptibles de apreciación económica, excluyendo únicamente los bienes inmuebles. Además, ha de tratarse de caudales o efectos públicos, pertenecientes al Fisco (Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 392).

En relación a las sumas mantenidas en las cuentas operadas por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz en el Riggs Bank Miami, correspondían a caudales o efectos públicos, específicamente a gastos reservados, y no a dineros particulares de Pinochet Ugarte ni de los propios encartados.

Décimo cuarto: Que, a la conclusión anterior, no obsta que se hayan confundido esos montos con otros de distintas cuentas de Pinochet Ugarte, que también se ingresaron en las operadas por los acusados, circunstancia que se tuvo por cierta en el acápite N° 12 del considerando 3° del fallo del a quo, por cuanto, en tales otras cuentas, abiertas a nombre de familiares de Pinochet Ugarte, de sociedades de las cuales era dueño o socio mayoritario, o por el mismo Pinochet Ugarte pero bajo seudónimos, desde donde provienen las transferencias o depósitos que se hacen a las manejadas por los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, se mantienen sumas que *“no pueden sino provenir de gastos reservados, que reciben durante el tiempo que se mantienen abiertas”*, como establece expresamente el apartado de la letra e) del motivo 4° del fallo del a quo, que precisa en el acápite 47° de su motivo 3° que el origen de US\$17.866.323,20 del patrimonio de Pinochet



Ugarte que no se halla justificado con sus ingresos lícitos conocidos, “se encuentra en los fondos de gastos reservados asignados a la Presidencia de la República, a la Casa Militar y a la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile”.

Décimo quinto: Que, en lo tocante al aspecto subjetivo, la conducta del delito en comento debe ejecutarse con dolo directo, elemento que se presenta en la especie, como se desprende de las circunstancias que componen los hechos que se tuvieron por acreditados y de los que tomaron parte los acusados, donde se los pone a cargo del manejo y gestión, bajo instrucciones de Pinochet Ugarte, de importantes sumas de divisas que, a todas luces, no provenían de las fuentes lícitas de ingresos de este último, lo que descarta la existencia de un error de tipo que determine la ausencia del dolo requerido.

Décimo sexto: Que, en síntesis, está demostrado que los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, actuando como funcionarios públicos, se hicieron cargo de la custodia de fondos correspondientes a gastos reservados y, luego, tomaron parte en su sustracción en favor de Pinochet Ugarte o sus familiares, en perjuicio del erario nacional, configurándose de ese modo el delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 del Código Penal.

Décimo séptimo: Que la participación de los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz es la de coautores del N° 1 del artículo 15 del Código Penal, desde que tomaron parte en la ejecución del delito de malversación de caudales públicos, de manera inmediata y directa, al abrir las cuentas bancarias y quedar a cargo del manejo de los fondos correspondientes a gastos reservados que en ellas se depositaron, gestionando dichos caudales según las instrucciones de Pinochet Ugarte, procediéndose de esa manera a su sustracción. No se opone a lo anterior que



se haya considerado que Pinochet Ugarte igualmente estaba a cargo de tales fondos, pues en el delito en estudio, además de la autoría directa, es concebible la coautoría, que involucra la custodia compartida de los caudales (Guzmán, op. cit., p. 365. Mañalich sostiene que el autor de peculado puede tener la custodia, de manera exclusiva o eventualmente compartida con otro u otros funcionarios, Mañalich, Juan P., La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, Polít. crim. Vol. 7, N° 14, Dic. 2012, Art. 4, p. 369), como sucede en el caso sub lite.

Décimo octavo: Que de los tres acusados antes mencionados, sólo apeló de la sentencia condenatoria la defensa de Mac-Lean Vergara, solicitando que se le absuelva, remitiendo sus argumentaciones a aquellas vertidas al momento de deducir recurso de casación en la forma en contra de la misma resolución, que ya fue desestimado, y en el que se plantea, en síntesis, que la intervención del encausado a lo sumo puede estimarse constitutiva de encubrimiento del artículo 17 N°1 del Código Penal, alegación que deberá ser desestimada porque resulta incompatible con los hechos que se han dado por ciertos así como con lo antes reflexionado sobre su participación inmediata y directa en la ejecución del delito de malversación.

Décimo noveno: Que, ahora, en relación a la prescripción de la acción penal surgida del delito que se ha tenido por establecido, cabe asentar que la participación de los acusados sólo cesa con el cierre de las cuentas bancarias operadas por cada uno, pues sólo entonces dejan de estar a cargo de la conservación del dinero correspondiente a gastos reservados que en ellas se ingresa.

Así, dados los montos manejados por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, el delito de malversación de caudales públicos



perpetrado está sancionado con una pena de crimen, según lo dispuesto en los artículos 233 N° 3 y 238, inciso 2°, del Código Penal, por lo que la acción penal prescribe en diez años como señala el artículo 96 del mismo código, lapso que deberá contarse desde el cierre de las cuentas por ellas operados, esto es, en el caso de Vergara Cifuentes el 25 de mayo de 1995, respecto de Mac-Lean Vergara el 14 de febrero de 1997, y en relación a Castillo Cádiz, el 29 de abril de 2004.

Vigésimo: Que, atendido que a la época en que el procedimiento se dirige contra los acusados, esto es, a la fecha de la interposición de la querrela de fojas 1452, de 1 de octubre de 2004, y en que, por ende, de conformidad al artículo 96 del Código Penal, se suspende la prescripción, no habían transcurrido aún diez años desde el cierre de las cuentas operadas por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, no puede declararse extinguida la responsabilidad penal por la prescripción.

Vigésimo primero: Que en lo tocante a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, concurre en favor de los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz dos circunstancias minorantes, esto es, la de los N°s. 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, la primera, puesto que sus extractos de filiación dan cuenta que no tienen condenas pretéritas, ni tienen anotaciones vigentes y, la segunda, por cuanto en sus declaraciones, si bien desconocen haber tenido conciencia del origen de los fondos que gestionaron, reconocen haber operado las cuentas y entregan información útil sobre el manejo y destino de los fondos que tuvieron a cargo.

Vigésimo segundo: Que, en relación a la determinación de la pena, se considerará que, como se adelantó, atendidos los montos en cuya sustracción



toman parte, corresponde aplicar a los acusados la pena de presidio mayor en su grado medio, prevista en el N° 3 del artículo 233 del Código Penal en relación al inciso segundo del artículo 238 del mismo código, texto este último incorporado por la Ley N° 13.303, de 31 de marzo de 1959 y, respecto de MacLean y Castillo Cádiz, además debe aplicarse la pena de multa, al incorporarse esta sanción pecuniaria al citado artículo 233 mediante la Ley N° 19.450, de 18 de marzo de 1996, (modificada por la Ley N° 19.501 de 15 de mayo de 1997), esto es, durante, y antes, respectivamente, de la intervención que les cupo en el delito objeto de sanción.

Respecto a la pena privativa de libertad, de conformidad al inciso cuarto del artículo 67 del Código Penal, concurriendo dos circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, se impondrá la pena inferior en dos grados, atendido el número y entidad de dichas circunstancias.

En cuanto a la pena de multa, por las razones ya dichas, deberá recaer sólo en los acusados Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, dentro de los márgenes dispuestos por la Ley N° 19.501, de 15 de mayo de 1997, por ser más favorable en lo referido al monto de la multa asignado al N° 3 del artículo 233 del Código Penal, que la anterior Ley N° 19.450, de 18 de marzo de 1996, todo ello conforme al artículo 18, inciso 2°, del mismo código y 19 N° 3, inciso octavo, de la Carta Fundamental. Dentro de los límites que establece el citado artículo 233 para la pena de multa, se fijará conforme a los parámetros del artículo 70 del Código Penal, en su mínima cuantía, considerando que, como lo mencionó la sentencia del a quo, el dinero sustraído no tuvo por finalidad el beneficio de los acusados, por consiguiente no se han enriquecido con el producto de la defraudación, sino que fue otro, Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, quien disfrutó de las ventajas económicas mal habidas.



Vigésimo tercero: Que sobre la pena de comiso, en el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia en alzada en representación de María Lucía Hiriart Rodríguez, se solicita que se revoque en la parte que dispone el comiso de los bienes embargados y, en su lugar, se declare expresamente que los bienes de Augusto Pinochet Ugarte no son objeto de comiso, 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, con expresa condenación en costas.

Sostienen al efecto que 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 pecuniaria, puesto que a su muerte no había recaído sentencia ejecutoriada, y 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 halla amparado por el principio de inocencia, toda vez que ninguna sentencia podría afectarlo por razones obvias

Agrega que, la resolución que sobresee definitivamente a Pinochet Ugarte tiene el carácter de sentencia definitiva en el proceso, produciendo el desasimiento del tribunal a su respecto, en consecuencia el fallo no puede afectarle personalmente ni 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 del 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, toda vez que la sentencia no se funda en un proceso previo legalmente tramitado en relación a Pinochet Ugarte, 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 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 Pinochet Ugarte, 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.

Vigésimo cuarto: Que el artículo 31 del Código Penal reza “*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 quinto: Que, respecto del alcance que debe darse al término “efectos” del citado artículo 31, esta Corte estima que no sólo cubren aquellos bienes originados en el delito, sino que debe dársele una interpretación amplia, cubriendo tanto a aquéllos, como también al objeto de la acción y a las ganancias obtenidas del delito (en el mismo sentido, Ananías Z., Ignacio. El comiso de Ganancias, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 21, Año 2014), por cuanto, es la concepción más fiel a la interpretación teleológica del artículo 31 del Código Penal, la cual no puede ser otra que la privación al delincuente de cualquier ventaja obtenida del delito, exégesis que, además, viene impuesta por el principio “general” del derecho consistente en que “*el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique*” (Peñailillo Arévalo, Daniel, El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 200, año LXIV, Jul-Dic 1996, p. 9) y, precisamente, dado que en este caso las ganancias provienen de un delito, carecen de causa legítima o aceptable en Derecho, lo que implica que el enriquecimiento que generan es injusto y, por tanto, repudiado por el conjunto de nuestro ordenamiento, y no sólo en el ámbito civil.

Esta interpretación encuentra respaldo en la doctrina comparada y, así, Puig Peña, comentando el texto del Código Penal español de 1944, similar en



esta parte a nuestro artículo 31, ha señalado que los *producta sceleris*, por regla general, se integran por todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción. Y todo esto, bien en el caso de que el aumento del patrimonio del sujeto activo se verifique por la entrada de la misma cosa o efectos del delito, *“que por la entrada de aquellas otras que ha conseguido el culpable por permuta o con dinero procedente de la infracción”*. A la misma tesis adhieren Groizard y Ferrer, comentando los códigos españoles de 1870 -cuyo artículo 63 es igualmente similar a nuestro artículo 31- y 1944, respectivamente, al explicar que están comprendidos dentro del concepto de efectos los objetos que forman parte del delito y *“los producidos por el mismo”*, siendo apartados de esta categoría sólo aquellos que pertenezcan a un tercero irresponsable (citados por Ananías, ob. cit., pp. 189 y 159).

Así, por lo demás, lo ha declarado expresamente esta Corte en la causa Rol N° 7840-2010, por sentencia de 25 de junio de 2012, al indicar que los bienes raíces; los bienes muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en la Ley N° 19.366; los efectos que de ellos provinieren y *“las utilidades que hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”* -a que alude el artículo 27 de la Ley N° 19.366-, constituyen precisamente los instrumentos o efectos del delito *“o las ganancias que de él derivan”* ya comprendidos por el régimen general



relativo al comiso consagrado en el artículo 31 del Código Penal, los que resultan *“siempre decomisables de acuerdo a las reglas generales del estatuto punitivo”*.

En esa línea, que el artículo 31 no incluya en forma expresa el comiso de ganancias, no constituye impedimento para comprenderlo dentro de los alcances del concepto de “efecto” del delito ante la falta de definición del legislador, como tampoco lo fue, por ejemplo, para los tribunales españoles para decretarlo en forma sistemática antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995 que incluyó en forma expresa la regulación genérica del comiso de ganancias (sobre el último antecedente, Ananías, ob. cit., p. 164).

Vigésimo sexto: Que, ahora bien, para determinar qué bienes de aquellos sobre los que recaen las medidas cautelares enunciadas más arriba, serán objeto de la pena de comiso, cabe considerar que el monto ingresado a las cuentas del Riggs Bank Miami gestionadas por Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, esto es, las N°s. 70934-5, 71046-7 y 71176-2 asciende a US\$1.621.554.46, como se establece en el apartado N° 52 del motivo 3° del fallo del a quo. Dicha suma corresponde al objeto del delito en el que toman parte los acusados mencionados, es decir, a los montos sustraídos de arcas fiscales correspondientes a gastos reservados que se destinan a fines distintos de aquellos públicos para los que fueron asignados.

Dado que tales montos no se encuentran hoy en las referidas cuentas, las que fueron cerradas, la cuenta 70934-5 a nombre de Vergara Cifuentes el 25 de mayo de 1995, la cuenta 71046-7 a nombre de Mac-Lean Vergara el 14 de febrero de 1997 y la cuenta 71176-2 a nombre de Castillo Cádiz el 29 de abril de 2004, esto es, antes del inicio de este proceso penal y, como ya ha sido explicado, toda vez que la voz “efectos” del delito comprende no sólo el



objeto material del delito y su producto directo, sino sus sucesivas transformaciones en términos de ganancias para el autor, deben caer bajo comiso los bienes y dineros objeto de las medidas cautelares dictadas en esta causa como efectos del delito en la medida en que provienen directamente o fueron adquiridos con dichos montos -US\$1.621.554.46-, lo que resulta de claridad meridiana, si se considera que se tuvo por cierto que incluso una cifra muy superior del patrimonio de Pinochet Ugarte, esto es, US\$17.866.323,20 no se encuentra justificada con sus fuentes lícitas de ingreso, según se dictaminó en el referido informe emitido por la Universidad de Chile de 4 de junio de 2010 de fojas 199.977 y, por ende, sólo puede provenir de los gastos reservados, como se concluyó también en el apartado N° 47 del considerando 3° de la sentencia en alzada, al señalar que *“el origen de US\$ 17.866.323,20, de acuerdo a lo investigado en estos autos, se encuentra en los fondos de gastos reservados asignados a la Presidencia de la República, a la Casa Militar y a la Comandancia en Jefe del Ejército de Chile”*. Conviene insistir en que para el comiso no es necesario un ligamen absoluto entre la cosa y el hecho, siendo suficiente uno entre el provecho y el hecho, con lo que pasa a ser irrelevante, por tanto, el objeto particular decomisado, ya que la imposición del comiso de ganancias no obedece a la peligrosidad de la cosa, sino que al enriquecimiento injustamente adquirido, el cual sí es consecuencia directa de la comisión del ilícito (Ananías, ob. cit., p. 165).

Vigésimo séptimo: Que si bien los dineros, efectos y bienes sobre los que recaerá la pena de comiso pertenecieron a Pinochet Ugarte, en favor de quien, debido a su fallecimiento en diciembre del año 2006, se dictó sobreseimiento definitivo por el a quo el 20 de diciembre de 2006 a fojas 172.727, antes de dictarse acusación en su contra, debe aclararse que, en el



caso *sub lite*, la sanción de comiso se impondrá a los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz de manera accesoria a la pena principal de presidio con que se les ha castigado por haber cometido el crimen, y no a Pinochet Ugarte, sin perjuicio que, como se explicará luego, la pena en estudio afectará a los herederos de éste.

Tal conclusión se justifica porque, aun cuando, como se desprende de su relación con lo prescrito en el artículo 21 del Código Penal, que lo trata como una pena común a los crímenes, simples delitos y faltas, el comiso constituye una sanción “penal” y, por ende, requiere para su imposición que una sentencia establezca la responsabilidad culpable de una persona determinada en un específico delito, no puede dejarse de lado la especial naturaleza de la pena en estudio así como los fines que con ella se persiguen. En efecto, con el comiso no se pretende colmar los fines tradicionalmente atribuidos a la pena criminal, de manera que con ella no se busca reafirmar la vigencia de la norma infringida por acción u omisión, ni disuadir a terceros de la comisión del mismo delito, ni rehabilitar al culpable, fines todos que deben intentarse a través de las penas principales a las que accede el comiso. Así, se ha enseñado que el comiso no se prevé como amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito, así como tampoco busca prevenir otros hechos del sujeto peligroso (Mir y García-Pablos, citados por Ananías, ob. cit., p. 157). Prueba de lo anterior, es que la determinación de los bienes que caen bajo comiso no depende ni es proporcional a la culpabilidad del autor, ni atiende a la necesidad de pena para alcanzar los fines antes señalados -la disuasión o rehabilitación-, sino que se fija únicamente según si el objeto en examen puede o no calificarse como efecto del crimen o simple delito.



Lo dicho importa que, no obstante su naturaleza de “pena”, el comiso, por los motivos ya indicados, no se sujeta al principio de proporcionalidad, en cuanto la intensidad de la culpabilidad del autor condenado no constituye un “parámetro” para la fijación de su alcance; ni al de personalidad, desde que puede afectar con la pérdida a terceros.

Vigésimo octavo: Que, de esa manera, tras la pena de comiso, cuando recae sobre las ganancias, como en el caso de marras, radica el interés de evitar un enriquecimiento injusto emanado del delito y privar a quien lo ha cometido de los beneficios obtenidos de forma ilícita (Mapelli y Fernández Pantoja, respectivamente, citados por Ananías, ob. cit., pp. 158 y 159, quien además destaca que en derecho comparado es tradicional la afirmación de que el comiso de ganancias tiene su fundamento en el enriquecimiento injusto, p. 188), sea por el autor, partícipes o incluso por terceros, en este caso, sea por parte de Pinochet Ugarte -si no hubiese fallecido- o de sus herederos, por lo que para su imposición se atiende al hecho punible y no al delincuente, sin perjuicio que, por las razones antes señaladas, para decretarlo se requiere previamente asentar la responsabilidad penal de este último y que se le sancione con una de las penas principales que prevé el artículo 21 del Código Penal, porque supone, entonces, necesariamente, que se verificó la realización del supuesto de una norma de sanción por una sentencia de un órgano jurisdiccional, presupuesto legal satisfecho en la especie.

Vigésimo noveno: Que, engarzado a las reflexiones anteriores, que los dineros, efectos y bienes sobre los que recayeron las medidas cautelares decretadas en esta causa, conformen hoy el acervo hereditario resultante al fallecimiento de Pinochet Ugarte, sobre el cual tienen un derecho real su



cónyuge e hijos, tampoco constituye impedimento, en el caso de autos, para decretar el comiso.

Sobre este punto, conviene aclarar que, si bien el comiso se decreta como pena contra un acusado, puede afectar a terceros y, de hecho, así lo contempla expresamente el artículo 31 del Código Penal, al señalar que el comiso conlleva la pérdida de los efectos que provengan del delito a menos que pertenezcan a un “*tercero no responsable del crimen o simple delito*”. De esa manera, el comiso puede afectar a terceros, distinguiendo si son o no responsables del delito, pero esos “terceros” son, como es de perogrullo, distintos del condenado pues no podría haber un condenado no responsable del delito. Así, en la dogmática española existe concierto que la locución “*tercero no responsable*” se realiza en oposición a los conceptos de autor y partícipe (Ananías, ob. cit., p. 167).

En ese orden, el artículo 31 en estudio excluye de la pérdida de los efectos sólo al “*tercero no responsable*” del delito, no al “*tercero no condenado*”, reafirmando que lo que define que el tercero adquirente del efecto del delito no se vea afectado por el comiso no es la falta de condena en su contra, sino la falta de responsabilidad, por lo que, conforme al estricto tenor del precepto en comento, puede haber un tercero no condenado pero sí responsable que, en virtud de esa responsabilidad, pierda los efectos que provengan del delito. Por ello, es que, por ejemplo, de haber sido sobreseído Pinochet Ugarte en esta causa por una causal distinta a la de muerte, como se pronunció en la causa Rol N° 28.075-2001, por sentencia de 9 de julio de 2001 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en que se sobresee parcial y temporalmente el proceso de conformidad al artículo 10 del Código Procesal Penal -por no encontrarse Pinochet Ugarte “*en un estado de capacidad mental*



que le permita ejercer con eficacia los derechos que le otorgan las garantías judiciales de las que debe gozar en todas las etapas del procedimiento en relación al debido proceso”-, podría haber perdido él, en vida, los bienes embargados en este proceso, desde que contra otros inculpados sí se impuso una pena por un delito y, como expresa la sentencia casada en su considerando 27° -reproducido aquí en esa parte-, respecto de Pinochet Ugarte *“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”*.

Trigésimo: Que, ahora bien, en este caso, al haber fallecido Pinochet Ugarte antes de dictarse sentencia condenatoria, cabe examinar la situación de sus herederos que adquirieron derechos sobre los bienes embargados por integrar su acervo hereditario. En ese orden, por sobre dilucidar si son terceros responsables o no, debemos centrarnos en la limitación a la exclusión del comiso sobre los bienes pertenecientes a terceros no responsables que viene dada por la interpretación teleológica antes asumida por esta Corte, esto es, que el comiso de ganancias busca evitar un enriquecimiento “injusto” emanado del delito, que precisamente se presentaría si la adquisición por ese tercero no responsable del delito se hace de mala fe, esto es, conociendo su origen ilícito. De ese modo, para que este tercero no responsable del delito por el cual se ha impuesto una pena al condenado, no se vea afectado por la pérdida de los efectos del delito que adquirió, se requiere, necesariamente, que haya actuado



de buena fe al momento de hacerse dueño de los mismos, esto es, ignorando que se trata de efectos de un ilícito.

Sobre la exigencia que se viene proponiendo, Quintero Olivares, ante la dificultad de probar la ausencia de buena fe en caso de que el bien conste a nombre de un tercero, propone que no se está de buena fe cuando se trate de bienes en poder de personas jurídicas que el responsable controle “o de *parientes o amigos suyos*”. Por su parte, Gracia Martín, considera inexistente la buena fe no sólo cuando el tercero obtuvo las ganancias con conocimiento de su origen delictivo, sino que también cuando “*previó o debía haber previsto la posibilidad del origen delictivo*”. Aguado, en cambio, niega la buena fe cuando quien adquiere la cosa no tiene la “*necesaria creencia*” de que quien transfiere es el dueño, “*conociendo su origen ilícito y su carácter decomisible*”. Finalmente, Mapelli, estima que no concurre buena fe sólo cuando el sujeto conoce directamente que la cosa ha sido instrumento, efecto o ganancia del delito (citados por Ananías, ob. cit., pp. 162, 163 y 167).

Trigésimo primero: Que, pues bien, la excepción a la pérdida de los efectos que se viene comentando, esto es, la adquisición, obrando de buena fe, de efectos del delito por parte de un tercero no responsable del delito por el cual se ha impuesto una pena, es del todo incompatible con su adquisición una vez que el proceso penal se ha iniciado y, menos aún, si a la sazón los bienes ya habían sido objeto de alguna medida cautelar durante dicho proceso, siendo irrelevante para estos efectos el modo de adquirir mediante el cual se hayan hecho dueños, sea un acto entre vivos o por causa de muerte.

Trigésimo segundo: Que, en el caso de marras, el proceso penal se inició el 20 de julio de 2004, fecha en que se formulan denuncias contra Augusto Pinochet Ugarte por estos hechos, agregadas a fojas 3715 y 3724,



decretándose con posterioridad, las siguientes medidas cautelares (todas ellas recogidas en el Tomo 381): a) con fecha 5 de agosto de 2004 se dispone la prohibición de enajenar o de transferir a cualquier título dineros de los fondos fiduciarios tomados en el Banco Chile Nueva York, como sus ganancias o intereses, ordenándose su transferencia al Banco de Chile en nuestro país, debiendo tomarse un depósito en dólares estadounidenses a nombre del tribunal; b) con fecha 9 de agosto de 2004 se decreta la prohibición de gravar y enajenar los inmuebles pertenecientes a Belview S.A. Chile; c) con fecha 5 de octubre de 2004 se dispone que se tomen depósitos a nombre del tribunal en el Banco de Chile de Santiago con los dineros correspondientes a las sociedades Belview International INC y GLP; d) con fecha 12 de noviembre de 2004 se decretó el embargo por la suma de \$2.476.531.174, equivalente a US\$4.093.439, respecto de bienes de propiedad de los querellados -el 1 de octubre de 2004 se dedujo querrela por los mismos hechos contra Pinochet Ugarte-; e) con fecha 16 de noviembre de 2004 se dispone el embargo de los bienes muebles e inmuebles que se singularizan, de propiedad de Pinochet Ugarte y de las sociedades en las que tiene la propiedad mayoritaria; f) con fecha 24 de noviembre de 2004 se dispuso la paralización de toda operación de pago, liquidación o transferencia de dineros relativos a los depósitos a plazo o vale vista que Pinochet Ugarte tiene en el Bank Boston; g) igualmente se decretan diversas otras medidas cautelares con posterioridad con fechas 11 de agosto de 2005 a fojas 186.045, 17 de febrero de 2006 a fojas 106.706, 7 de marzo de 2006 a fojas 128.861 y 26 de octubre de 2006 a fojas 171.448.

Trigésimo tercero: Que, de ese modo, al abrirse la sucesión de Pinochet Ugarte, que comprende los bienes antes enunciados, el 10 de diciembre de 2006, por su fallecimiento, su cónyuge sobreviviente y los demás



herederos no pueden considerarse, en caso alguno, terceros adquirentes de buena fe, desde que la mala o buena fe del tercero, no se dirime en base a la mostrada en el acto o título por el que o con el que se hace dueño, sino en base al conocimiento que a la sazón tenía del origen ilícito de los bienes de que se hace propietario, conocimiento que, en el caso sub judice, sin lugar a dudas existía, toda vez que a la época el procedimiento penal ya se había iniciado y se habían decretado medidas cautelares sobre los bienes disputados, incluso María Lucía Hiriart Rodríguez, a través de sus apoderados letrados, pidió el alzamiento de esas medidas cautelares antes del fallecimiento de Pinochet Ugarte, con fecha 2 de diciembre de 2004 (como consta en el aludido Tomo 381). Todavía más, la investigación por los hechos de marras se dirigió contra María Lucía Hiriart Rodríguez, Marco Antonio, María Verónica, Jacqueline Marie, Inés Lucía y Augusto Osvaldo, Pinochet Hiriart, viuda e hijos de Pinochet Ugarte, a quienes se tomó declaración indagatoria con anterioridad a su muerte, como se consigna y resume en el punto N° 4 de la resolución de fojas 179.882, dictada el 4 de octubre de 2007, que los somete a proceso como autores del delito de malversación de caudales públicos, con posterioridad al fallecimiento de Pinochet Ugarte, y después revocada, con fechas 26 de octubre de 2007, a fojas 180.049, y 27 de mayo de 2008, a fojas 181.333, al acogerse un recurso de amparo y darse lugar a la apelación deducida contra el procesamiento, respectivamente, porque, en relación a todos los mencionados, salvo Augusto Pinochet Hiriart, *“a la época de los hechos investigados (que es lo que interesa) no revestían la calidad de funcionarios públicos que exige el injusto de malversación”* (texto de la primera resolución) y, dado que, *“en lo que atañe a [Augusto] Pinochet Hiriart, el mérito del proceso indica que no tenía la calidad de funcionario público en relación a los hechos que se indaga”*



(extracto de la segunda sentencia). De ese modo, a la fecha de fallecimiento de Pinochet Ugarte, dado tal previo involucramiento en este procedimiento penal de estos terceros, no podían ignorar el origen ilícito de los bienes que integran la sucesión.

Trigésimo cuarto: Que, a mayor abundamiento, el fallo de primer grado -reproducido por la sentencia casada- señaló en su considerando 4° que los fondos que salen de las arcas del Estado de Chile, por medio de maniobras financieras de transferencias de dineros, terminan en poder de *“Pinochet Ugarte, su familia y otros destinos”*, mientras que la misma sentencia casada en su considerando 19° -mantenido en este fallo de reemplazo- establece que los acusados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz -los que, abrieron las cuentas con fondos que provenían de las antes abiertas por los otros acusados- destinaron los dineros recibidos *“al patrimonio personal de un sujeto [Pinochet Ugarte] o al de sus familiares”*, hechos asentados que implican necesariamente que, ya antes de la apertura de la sucesión en el año 2006 -desde el año 1981- los familiares de Augusto Pinochet se beneficiaban de dinero o bienes que, de manera evidente y como se ha tenido por establecido, además, en los acápites 46° a 50° del motivo 3° del fallo de primer grado, no podían ser obtenidos o adquiridos con las fuentes legítimas de ingresos por él percibidas, todo lo cual viene a confirmar la conclusión de que no se está frente a terceros de buena fe en aquella época.

Trigésimo quinto: Que, en síntesis, conforme a lo que se viene razonando, en el caso *sub lite* la pena de comiso se impondrá a Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, de manera accesoria a la pena principal de presidio, por haber sido condenados por un crimen, y no a Pinochet Ugarte -fallecido- ni a sus herederos, sin perjuicio que éstos, como



“terceros”, perderán los bienes sobre los que recaiga el comiso, no por ser autores del delito de malversación de caudales públicos, sino porque esos bienes provienen de éste y porque esos familiares los adquirieron con posterioridad al inicio de este juicio e incluso después de decretadas las medidas cautelares con las que se aseguró esos bienes, motivo por el cual no pueden catalogarse como “terceros no responsables” de buena fe, según ya se ha dicho.

De esa manera, al decretar el comiso no se han vulnerado los principios constitucionales que el recurso deducido en representación de María Lucía Hiriart Rodríguez arguye, toda vez que el artículo 19 N° 7 letra g) de nuestra Carta Fundamental hace expresa excepción a la prohibición de aplicar la pena de confiscación de bienes, al comiso en los casos establecidos por las leyes y, en la especie, se ha dado estricta aplicación a lo que el artículo 31 del Código Penal ordena, pues, producto de la imposición de una pena de crimen, se perderán los bienes y dineros provenientes directamente del mismo, sin afectar a terceros irresponsables que los hayan adquirido de buena fe. Asimismo, no se ha afectado el debido proceso consagrado actualmente en el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución, toda vez que a quienes se impone la pena de comiso, fueron acusados y emplazados en este juicio y pudieron ejercer plenamente su derecho de defensa.

Trigésimo sexto: Que, a modo de colofón, y a diferencia de lo sostenido por la defensa de Hiriart Rodríguez, el criterio aquí sostenido ya ha sido adoptado por esta Corte en sentencias anteriores, así en la causa Rol N° 7840-10 de 25 de junio de 2012, en la que se decreta el comiso de bienes inscritos a nombre de Mario Silva Leiva, quien falleció durante la tramitación del sumario en primera instancia -el 21 de julio de 1999-, lo que conlleva, por ende,



que se dictó sobreseimiento definitivo a su respecto -el 9 de septiembre de 1999, aprobado por el tribunal de alzada con fecha 17 de enero de 2001-, y que no se dictara acusación ni se emitiera sentencia condenatoria en su contra -la de primer grado es de fecha 29 de mayo de 2004-, todo lo cual no constituyó impedimento legal para decretar el comiso respecto de esos bienes al existir otros partícipes que sí fueron condenados por el mismo ilícito, con la consiguiente pérdida para los terceros que los adquirieron con motivo de tal deceso -su viuda y un hijo-, al señalarse que *“la sanción [comiso] pesa sobre los bienes, incluso aquellos facilitados o adquiridos por terceros, que pueden, eventualmente, ser ajenos al delito, y no como lo señala la defensa, sobre una persona sobre la cual se dicta una sentencia condenatoria, de ser así se hubiera establecido una redacción diferente, en la que se mencionara o aludiera a ‘los bienes de las personas que participaron en ella’, y como la actual norma no distingue, no es dable al intérprete hacerlo”* (párrafo 10° del considerando 47° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que la sentencia Rol N° 7840-10 de 25 de junio de 2012 de esta Corte Suprema, mantiene en la sentencia de reemplazo). Si bien en el extracto reproducido se alude al artículo 27 de la Ley N° 19.366, como ya se ha dicho antes en la sentencia de esta Corte ya citada se aclara que *“la novedad del régimen de comiso que estableció la ley especial N° 19.366 con respecto al general consagrado en el Código Penal, es la designación en él de las drogas tóxicas, porque todos los demás bienes allí consignados constituyen precisamente los instrumentos o efectos del delito o las ganancias que de él derivan, de modo que no era necesaria su mención expresa, pues resultarían siempre decomisables de acuerdo a las reglas generales del estatuto punitivo”*, esto es, conforme al artículo 31 del Código Penal.



Trigésimo séptimo: 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, se disiente parcialmente del parecer del 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.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 15 N° 1, 233 y 238 del Código Penal, 178, 180, 186 y 227 de su homónimo de Procedimiento Civil, se declara que:

I.- Se revoca la sentencia de siete de mayo de dos mil quince, escrita de fojas 204.466 a 204.935, en cuanto condena a Jorge Juan Ballerino Sandford, Ramón Castro Ivanovic y Sergio Marcelo Moreno Saravia, 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 por haberse extinguido su responsabilidad penal por prescripción.

II.- Se confirma, y aprueba en su parte consultada, la sentencia de siete de mayo de dos mil quince, escrita de fojas 204.466 a 204.935, en cuanto condena a Gabriel Mario Vergara Cifuentes, Juan Ricardo Mac-Lean Vergara y Eugenio Fernando Castillo Cádiz, 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, más la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos por el tiempo de la condena, **con declaración** que la pena de multa



de once unidades tributarias mensuales se impone sólo a los acusados Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, liberándose a Vergara Cifuentes de la misma.

III.- 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.

IV.- Se decreta el comiso de los bienes indicados en el motivo 11° de la sentencia en alzada, que al momento de ser objeto de las medidas cautelares que los afectan, eran de propiedad de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, o bien de alguna de sus sociedades, por un monto equivalente a US\$1.621.554.46.

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

VI.- Atendido lo prescrito en el inciso final del artículo 49 del Código Penal, vigente a la época de los hechos sancionados, se exime a los sentenciados Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz del apercibimiento previsto en dicha disposición, para el caso que no pagaren la multa impuesta.

VII.- Que, reuniéndose los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los condenados Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz, siendo favorables los informes presentenciales elaborados a su respecto, **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.

Se previene que la Ministra Sra. Chevesich concurre a lo decidido, pero considerando como época de suspensión del término legal necesario para declarar la prescripción de la acción penal, aquella en que se tomó declaración indagatoria a los acusados como inculcados, pues sólo en esa oportunidad puede estimarse que el procedimiento se encaminó en su contra ya que se les dio a conocer los cargos formulados en su contra, de conformidad al artículo 96 del Código Penal, lo que respecto de Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz ocurrió el 5 de octubre de 2004 a fojas 17.000, el 27 de octubre de 2004 a fojas 17.132 y el 5 de octubre de 2004 a fojas 16.995, respectivamente, lo que no altera lo resuelto, desde que, a tales fechas no habían transcurrido más de diez años desde el cierre de las cuentas que cada uno de ellos operó, esto es, el 25 de mayo de 1995, el 14 de febrero de 1997 y el 29 de abril de 2004, respectivamente, y que marca el término de su intervención en el ilícito de autos.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, únicamente en cuanto se confirma y aprueba la decisión de condena de Vergara Cifuentes, Mac-Lean Vergara y Castillo Cádiz por el delito de malversación de caudales públicos y, consecuentemente, se les impone la pena de comiso, desde que, una vez corregidos los defectos que se constataron en la sentencia de casación, entrando ahora al estudio de los elementos recopilados en la presente causa, no adquiere convicción en la forma requerida por el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria, por las siguientes consideraciones:



1º) Que el objeto material del delito de malversación en estudio, corresponde a caudales o efectos públicos pertenecientes al Fisco, sin embargo, tal carácter no fue posible determinarlo respecto de las sumas mantenidas en la cuenta operada por Castillo Cádiz. En efecto, y tal como lo razona la sentencia casada en sus motivos 22º y 23º, el perito Leonardo 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, que confecciona el informe de fojas 199.110, citado a declarar, expresó, específicamente en relación a la intervención de Castillo Cádiz, 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). Asimismo, a fojas 201.343 declaró que en la cuenta N° 71176-2 abierta por Castillo Cádiz ingresaron \$7.500, \$3.985 y \$5.200 dólares estadounidenses y 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.

2º) Que, de ese modo, particularmente en lo tocante a Castillo Cádiz, se comparte con la sentencia casada que, dada la evidencia antes examinada, no es posible concluir, con el grado de convicción que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que se configure delito alguno, sea el de malversación de caudales públicos o el de apropiación indebida, ante la imposibilidad de poder determinar el origen de los fondos en cuya sustracción, apropiación o distracción, supuestamente habría tomado parte el encartado, motivo por el cual deberá emitirse un veredicto absolutorio en su favor.



3º) Que en lo concerniente a la calificación de los hechos atribuidos a Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara, y que se tuvieron por probados en la sentencia en alzada, cabe señalar que conforme a la doctrina nacional, tradicionalmente se ha entendido que el delito de malversación de caudales públicos supone que entre el funcionario y el objeto sustraído exista una especial relación que constituye el presupuesto fáctico normativo de la malversación. Así, sean bienes público o privados, es esencial que se trate de objetos vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública. Las disposiciones del Derecho Público y, particularmente las del Derecho Administrativo, serán las que determinen cuándo los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por razón de su cargo, pues este deber ha de ser necesario, esto es, emanado de la ley o de un reglamento. Por tanto, se excluye de este delito la apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente (como en el caso del empleado de secretaría de un Tribunal en relación con los fondos depositados en la caja fuerte del mismo, bajo custodia del secretario) (Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María M. Delitos contra la Función Pública, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 2da. ed., pp. 393. Exigiendo igualmente que el sujeto tenga las cosas en razón de sus funciones, los fallos de la Corte Suprema de 13 de abril de 1999 y 25 de julio de 1989. Cfr. Fallos del Mes, N°s 486, p. 761, y 368, p. 404, respectivamente).

Etcheberry reitera que *“es necesario que los caudales o efectos estén al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente del Derecho Administrativo, serán las que determinen cuando los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por*



razón de su cargo. Será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de las calidades que el Derecho Administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de formal nombramiento, y también que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados” (Etcheberry, ob. cit., T. IV, p. 238). Politoff, Matus y Ramírez, asimismo, señalan que los caudales y efectos “deben encontrarse vinculados al funcionario por una especial relación de custodia, derivada de su función pública, ... Por esto es que no es requisito la celebración de un contrato civil de depósito o consignación, en el sentido del Código Civil, sino que dichas expresiones deben entenderse genéricamente, como derivadas de un deber funcionario especial de custodia o resguardo. Este deber debe ser necesario, esto es, emanado de la ley o un reglamento, lo que excluye de este delito la apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene accesos con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente” (Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G., María C., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Ed. Jurídica de Chile, 2a ed., 2009, p. 493).

Concordantemente, Labatut explica que la “*objetividad jurídica*” del delito de malversación de caudales públicos es la infracción del deber de probidad del funcionario en el manejo de los caudales o efectos que le están confiados “*por razón de su oficio*”. Aclara luego que, de acuerdo con lo observado por Cuello Calón, “*es preciso que la entrega de los caudales o efectos se haga en virtud de lo dispuesto por la ley o por los reglamentos, o sea, de una confianza necesaria, pues si se hace voluntariamente al empleado público, sin estar obligado a ello, su sustracción no queda comprendida en este artículo. ‘El que de su grado deposita en manos de un notario una cantidad que éste se apropia puede haberla depositado en virtud de la confianza que su carácter público le*



inspira, la cual es una confianza voluntaria, no necesaria, como sucede cuando la ley obliga a hacer tal depósito en manos de un determinado funcionario' ”. Agrega también que ratifica la exigencia de que el empleado tenga los caudales o efectos en razón de su oficio o, en ciertos casos, de un encargo, el que el artículo 238 del Código Penal haga extensivas las disposiciones del presente párrafo al que *“se halle encargado por cualquier concepto”* de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia (Labatut Glana, Gustavo, Derecho Penal, Ed. Jurídica de Chile, 1964, T. II, pp. 136 y 138).

Reafirmando lo que se viene exponiendo, Enrique Cury, en el comentario de una sentencia en la que se establece que un funcionario público sustrae los fondos que un particular dona, bajo engaño de aquél, a la Dirección General de Carabineros, y que se califican como estafa del artículo 473 del Código Penal, señala que en el caso enjuiciado por la sentencia los hechos no configuran el tipo de la malversación, puesto que éste requiere que los caudales sustraídos, sean públicos o de particulares, hayan estado a cargo del funcionario. Ahora bien, *“los fondos sólo pueden encontrarse a cargo del empleado cuando jurídicamente se los ha colocado en semejante situación, no cuando éste, ilícitamente, se los ha procurado”*. En el caso de autos, podía prestarse a dudas la circunstancia de que los caudales hubiesen permanecido por algún tiempo en las cuentas corrientes bancarias del Cuerpo de Carabineros, cuentas que, por otra parte, se encontraban jurídicamente a cargo del agente. Pero basta una breve reflexión para comprender que *“esa situación no pudo crear ninguna clase de relaciones jurídicas útiles para el enjuiciamiento de los hechos. No podría sostenerse que el Cuerpo de Carabineros adquirió la posesión y ni siquiera la mera tenencia de los fondos*



en cuestión. Jamás se encontraron ellos dentro de la esfera de su vigilancia y resguardo, desde que nadie que contara con su legítima representación se impuso del ingreso de ellos en las cuentas corrientes, ni ésta se produjo por una vía lícita que, automáticamente, hubiese creado semejante relación” (Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 11 de diciembre de 1969, en RCP, N° 3, tomo XXVIII, sept-dic, 3a época, 1969, p. 223).

4°) Que el fundamento que esgrime la doctrina para considerar que esa especial vinculación con los fondos constituye un requisito imperativo, se basa en que la expresión “teniendo a su cargo” equivale a la exigencia de que se actúe “abusando de su oficio”, contenido en otros delitos funcionarios, expresiones por medio de las cuales se les confiere, precisamente, la calidad de tales (Etcheberry, ob. cit., p. 238, Politoff, Matus y Ramírez, ob. cit., p. 492, Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 394). A ello se agrega que si un funcionario público 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, el bien jurídico protegido no resultará lesionado en la misma medida que si actúa en contradicción con sus deberes específicos, y no quedaría justificada una pena superior a la del delito común de hurto o apropiación indebida. Una interpretación sistemática, por relación con el artículo 238, conduce a esta misma conclusión (Labatut, ob. cit., p. 138; Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 394). Por último, al exigir una competencia específica en el funcionario que actúa se restringe teleológicamente el alcance del tipo, interpretación que no puede considerarse transgresora del principio de legalidad (Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 394)

5°) Que, por tanto, tal como se explica en los motivos 14° a 16° de la sentencia casada, al faltar esta calidad especial en los acusados Vergara



Cifuentes y Mac-Lean Vergara, esto es, al no tener los fondos públicos a su cargo, “en razón” de su función sino “con ocasión” de esa función, la que no tenía asignada esa custodia ni por ley ni por reglamento, los hechos a ellos atribuidos deben calificarse como apropiación indebida, figura base común del delito especial impropio de malversación de caudales públicos, como de manera mayoritaria lo trata la doctrina nacional (Labatut, ob. cit., p. 139, Etcheberry, ob. cit., T. IV, p. 238, y Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez G., María C., Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, Ed. Jurídica de Chile, 2a ed., 2004, p. 425).

6°) Que, ahora, en relación a la prescripción de la acción penal, dados los montos manejados por Vergara Cifuentes y Mac-Lean Vergara y en cuya distracción toman parte, el delito de apropiación indebida por ellos perpetrado está sancionado con una pena de simple delito, según lo dispuesto en el artículo 470 N° 1 del Código Penal en relación al artículo 467 del mismo texto, por lo que la acción penal prescribe en cinco años como dispone el artículo 96 del mismo código, lapso que deberá contarse desde el cierre de las cuentas por ellos manejadas, esto es, en el caso de Vergara Cifuentes el 25 de mayo de 1995 y respecto de Mac-Lean Vergara el 14 de febrero de 1997. Y, atendido que a la época en que el procedimiento se dirige contra estos acusados, esto es, a la fecha de la interposición de la querrela de fojas 1452 de 1 de octubre de 2004 y en que, por ende, de conformidad al artículo 96 del Código Penal, se suspende la prescripción, había ya transcurrido más de cinco años desde el cierre de las cuentas, debe declararse extinguida su responsabilidad penal.

7°) Que atendido que, en parecer de este disidente, por las razones antes expuestas, no debe imponerse una pena a ninguno de los acusados, no concurre el presupuesto previsto en el artículo 31 del Código Penal para



decretar el comiso, esto es, que se haya impuesto una pena por un crimen o simple delito, motivo por el cual esa sanción no puede ser decretada en la presente causa.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la prevención y disidencia su respectivo autor.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N° 38490-17.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Lamberto Cisternas R., Sras. Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y Sr. Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones.

LAMBERTO ANTONIO CISTERNAS
ROCHA
MINISTRO
Fecha: 24/08/2018 08:28:38

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ
MINISTRA
Fecha: 24/08/2018 12:25:06

ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ
SANCHEZ
MINISTRA
Fecha: 24/08/2018 10:38:25

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 24/08/2018 08:18:12



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 24/08/2018 12:43:03

En Santiago, a veinticuatro de agosto de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 24/08/2018 12:43:04

