



2021

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10.929-21-INA

[25 de noviembre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL
ARTÍCULO 488, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 457, DEL CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTO PENAL

JORGE EDUARDO ROMERO CAMPOS

EN EL PROCESO RIT P-62-2011 VE, SEGUIDO POR LA MINISTRO EN VISITA
EXTRAORDINARIA SEÑORA MARIANELA CIFUENTES ALARCÓN, EN
ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL,
POR RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN EN LA FORMA, BAJO EL ROL
N° 3723-2020 (PENAL).

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, Jorge Eduardo Romero Campos deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 488, en relación al artículo 457, del Código de Procedimiento Penal, para que surta efecto en el proceso RIT P-62-2011 VE, seguido por la Ministro en Visita Extraordinaria señora Marianela Cifuentes Alarcón, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por recursos de apelación y casación en la forma, bajo el Rol N° 3723-2020 (Penal).

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El precepto legal cuestionado dispone que:





Artículo 488: “Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:

1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;

2° Que sean múltiples y graves;

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.”

Artículo 457: “Los medios de prueba por los cuales se acreditan los hechos en juicio criminal, son:

(...) 6° Las presunciones o indicios. (...)”.

Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente

En cuanto a la gestión judicial en que incide el requerimiento, esta corresponde a un proceso criminal seguido en contra del requirente, Oficial en retiro del Ejército de Chile. La causa fue sustanciada ya en primera instancia, habiéndose dictado con fecha 13 de octubre de 2020, sentencia definitiva por la Ministra en Visita Extraordinaria doña Marianela Cifuentes Alarcón, por la cual se condenó al requirente, junto a otras personas, como co-autor del delito de sustracción de menor agravada, cometido en contra de Héctor Enrique Hernández Garcés, a partir de septiembre de 1973, y como co-autor del delito de secuestro calificado, cometido en contra de Francisco Eugenio Viera Ovalle, a partir de septiembre de 1973, sentencia por la cual se le condenó a una pena única de 15 años y 1 día de presidio mayor en su grado máximo.

El requirente y condenado dedujo recursos de casación en la forma y apelación, que se encuentran pendientes de resolución por la Corte de Apelaciones de San Miguel, y suspendidos en su tramitación conforme a lo ordenado por este Tribunal.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

En cuanto al conflicto constitucional, la parte requirente afirma que la aplicación de la preceptiva legal impugnada es decisiva en la resolución del asunto -habiendo sido ya aplicada de modo inconstitucional en la sentencia de primera instancia, y pudiendo ser igualmente aplicada inconstitucionalmente para fallar el asunto pendiente actualmente ante la Corte de Apelaciones de San Miguel o incluso ante la Corte Suprema al conocer los futuros recursos que se interpongan en su caso-, aplicación que en todo evento importa en el caso concreto la vulneración de los artículos 1, 5, 6, 7; y 19 N°s 2°, 3° y 26 de la Constitución Política, y de los artículos 1, 2, 8, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; 2, 14 y 26 del Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Afirma el requirente que la Corte de Apelaciones deberá decidir si mantiene la condena o lo absuelve, y en caso de confirmar la condena, aplicará nuevamente las normas impugnadas, relativas a las presunciones judiciales, toda vez que no existe otro medio de prueba en el expediente que permita condenarlo.

Luego, y siendo los actores condenados sobre la base de los artículos 488 y 457 impugnados, esto es habiendo considerando la sentenciadora únicamente el medio de prueba presunciones, determinó la condena criminal, y no obstante haber negado el condenado su participación en los hechos, y sin que existan otros medios de prueba. En la especie, operando además la normativa del sistema penal antiguo, el juez en el Plenario no recibió prueba, sino que “construyó una presunción judicial para establecer la culpabilidad del inculpado”, para luego valorarla el mismo y condenar.

Lo anterior, determina que la forma en que el sentenciador aplica los artículos 488 y 457 para condenar, vulneraría el principio de imparcialidad, lo que se traduce también en una contravención a la garantía constitucional del debido proceso, y en particular al derecho de todo inculpado a un procedimiento racional y justo.

Se afirma que condenar a 15 años y 1 día de presidio a una persona sobre la sola base de presunciones judiciales, vulnera también el principio de contradicción en relación con la prueba, puesto que las presunciones son construidas finalmente en la sentencia, en donde ya no se pudo ejercer un contradictorio sobre ellas por la defensa, al haber nacido la misma prueba recién en la sentencia.

En el sentido anotado, la aplicación de los preceptos impugnados determina en la especie la infracción de la libertad e igualdad de dignidad y derechos, que a toda persona asegura el artículo 1° de la Constitución, y la afectación de los derechos fundamentales de los requirentes en relación con la igualdad ante la ley e igual protección de la ley, afectando en su esencia el derecho al debido proceso legal y a que toda sentencia condenatoria se funde en un proceso previo racional y justo, conforme al artículo 19 N°s 2, 3 y 26 de la Constitución y a las disposiciones de los Tratados Internacionales invocadas.

Se infringe además en la especie la presunción de inocencia, concluyendo la parte requirente que el artículo 488 en relación con el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, ha permitido la subsistencia de ciertos principios y normas del todo contrarios a las garantías expuestas y reconocidos por la Carta Fundamental y los Tratados Internacionales, eliminando garantías fundamentales del debido proceso, por todo lo cual solicita se declaren inaplicables por inconstitucionales estos preceptos legales en el caso particular invocado.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue admitido a trámite y declarado admisible por la Primera Sala del Tribunal.





Conferidos los traslados de fondo a las demás partes y a los órganos constitucionales interesados, fueron formuladas observaciones dentro de plazo, por la querellante Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.

En su presentación de fojas 229, el Programa de Derechos Humanos sostiene que no se vislumbra en la especie ninguna de las infracciones constitucionales denunciadas, al tiempo que el requerimiento se limita a exponer una visión particular sobre la valoración de la prueba, asunto que compete resolver a los jueces del fondo y sobre el que no corresponde pronunciarse a este Tribunal Constitucional. Así, el actor disiente por una parte con la apreciación circunstanciada de la prueba y, por otra, con el sistema procesal penal imperante en la época de los hechos.

Se argumenta que tampoco es efectivo que el actor haya sido condenado sólo sobre la base de presunciones, pues consta en la misma sentencia de primera instancia, la prueba por medio de testigos presenciales de los hechos, y de documentos.

En cuanto al fondo se afirma que, en todo caso, el impugnado artículo 488 del Código de Procedimiento Penal se estructura sobre la base de requisitos que deben reunir las presunciones para poder constituir plena prueba, no siendo este medio extraño en otros ordenamientos jurídicos ni contrario en forma alguna a la preceptiva constitucional, ni se explica en el libelo de inaplicabilidad cómo esta norma, en conexión con el artículo 457 del mismo Código infringe la Carta Fundamental, en el caso concreto.

Así, se solicita el rechazo del requerimiento en todas sus partes, por plantear meros reproches de constitucionalidad de carácter general y abstracto, que recaen sobre la totalidad del sistema procesal penal antiguo, y que, a su vez, manifiestan discrepancias con la apreciación de la prueba por el sentenciador, asunto que debe ser resuelto mediante las vías procesales ante los jueces del fondo.

A fojas 256 y 267 se hicieron parte doña María Garcés Yáñez y otros, y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 12 de octubre de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator; quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con el día 14 de octubre de 2021.

Y CONSIDERANDO:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

PRIMERO.- El requirente Jorge Eduardo Romero Campos presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 488 en relación al





artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, a objeto que sea declarado inaplicable en el proceso penal instruido por la Ministra en Visita Extraordinaria doña Marianela Cifuentes Alarcón. La causa actualmente se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, por recursos de casación en la forma y de apelación.

SEGUNDO.- En relación a la gestión pendiente identificada previamente, con fecha 13 de octubre de 2020, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia en contra del requirente y otras cinco personas. Es así que el requirente fue condenado como coautor delito de sustracción de menor agravada, cometido en contra de don Héctor Enrique Hernández Garcés, a partir del día 27 de septiembre de 1973, en la comuna de San Bernardo, y como coautor del delito de secuestro calificado, cometido en contra de don Francisco Eugenio Viera Ovalle, a partir de los últimos días del mes de septiembre de 1973, en las comunas de Pirque y Buin, determinándole una pena única de 15 años y 1 día de presidio mayor en su grado máximo. En contra de la sentencia definitiva, el requirente dedujo recursos de casación en la forma y de apelación.

TERCERO.- En cuanto al conflicto constitucional, el requirente, a partir de los preceptos legales reprochados, centra su planteo en el juzgamiento por presunciones judiciales. Alega que su participación en los hechos por los cuales ha sido condenado ha sido acreditada, únicamente, a través de presunciones judiciales construidas sobre las declaraciones vertidas por testigos y demás inculpados, por aplicación del precepto legal impugnado. Ello es contrario al debido proceso en un doble sentido. En primer término, en su dimensión de principio de imparcialidad, toda vez que es el juez en la etapa de plenario quien produce la prueba, en circunstancias que la producción de la prueba es una carga de las partes, correspondiendo al juez únicamente recibir la prueba y valorarla. Y, en segundo lugar, en su dimensión de principio de contradicción, ya que las presunciones judiciales son construidas en la sentencia, de modo que las partes, durante el plenario, no pudieron controlarlas ni controvertirlas.

Adicionalmente, la omisión de estas garantías no ocurre en el nuevo proceso penal y, en consecuencia, la aplicación del precepto legal impugnado importa una grave discriminación arbitraria al derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección en el ejercicio de los derechos.

Por consiguiente, denuncia la vulneración de los artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19 Nos. 2º, 3º y 26º de la Constitución Política de la República; los artículos 1, 2, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los artículos 2, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.



II.- PRECEPTOS RESPECTO DE LOS CUALES SE SOLICITA SU INAPLICABILIDAD

CUARTO.- A continuación identificaremos el precepto legal del Código de Procedimiento Penal respecto del cual el requirente solicita su inaplicabilidad en su integralidad:

“Art. 488. (516) Para que las presunciones judiciales puedan constituir la prueba completa de un hecho, se requiere:

1° Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales;

2° Que sean múltiples y graves;

3° Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas;

4° Que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y

5° Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata.”.

Cabe precisar que el requirente solicita la inaplicabilidad del precepto legal antes transcrito en relación con el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 457. (485) Los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son:

1° Los testigos;

2° El informe de peritos;

3° La inspección personal del juez;

4° Los instrumentos públicos o privados;

5° La confesión; y

6° Las presunciones o indicios.

Sobre cada uno de estos medios de prueba rigen las disposiciones dictadas a su respecto en la parte primera de este libro y en los párrafos siguientes.”.

III.- CUESTIONES QUE NO SON PARTE DE LA LITIS CONSTITUCIONAL

QUINTO.- A esta Magistratura no le compete establecer orientaciones de ningún tipo, ni para validarla ni para cuestionar las actuaciones judiciales sobre las cuales reposa la investigación en que se funda la gestión pendiente. Tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos, ni de sustitución o evaluación de las estrategias procesales penales de las partes ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento. Las apreciaciones sobre



los hechos también se dan en el marco de la interpretación de la ley penal lo que es un asunto resorte del juez de fondo.

IV.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS

SEXTO.- Cabe advertir que esta sentencia se da en el contexto de una jurisprudencia de esta Magistratura que se ha pronunciado sobre buena parte de los dilemas planteados en este requerimiento lo que torna ineludible reflexionar de cara a las sentencias roles 4210/2017, 4627/2018, 4704/2018, 5952/2019 y 8872/2020. A continuación, describiremos el conjunto de elementos interpretativos que guiarán esta sentencia, como un modo de orientar el razonamiento jurisdiccional presente en esta causa. En primer lugar, cabe entender que los elementos contextuales de este requerimiento relativos al procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo exigen que deban ser resueltos mediante sus propios procedimientos de nulidad y, en sede constitucional, exigen que se explique pormenorizadamente lo que no se hace en el presente requerimiento. En segundo lugar, hay un conjunto particular de reproches que se realizan al régimen probatorio los que no identifican un parámetro constitucional contra el cual esta Magistratura deba declarar la inconstitucionalidad. Un tercer elemento es que las presunciones judiciales del Código de Procedimiento Penal operan como un completo test de reducción de la arbitrariedad judicial e instrumento de garantía para un procesado bajo esas reglas. Por último, la Constitución ha habilitado un modo transitorio para la vigencia del Código de Procedimiento Penal de un modo expreso.

a. Críticas genéricas no pueden derivar en una inaplicabilidad circunstanciada

SÉPTIMO.- El Código de Procedimiento Penal contempla mecanismos para desvirtuar los vicios procesales. En efecto, dicho procedimiento se divide en etapas de sumario y plenario. La primera etapa se orienta a la investigación de los hechos constitutivos de delitos, la determinación de los que participaron en él y las circunstancias que puedan influir en su penalidad. Ello ha llevado a la doctrina a calificar al sumario como un procedimiento secreto, que se desarrolla por escrito, sin contradicción o inquisitivo, carente de una tramitación ordenada, sin plazos y como una instancia preparatoria y provisional.*

Concluidas las diligencias ordenadas por el juez instructor, éste declara cerrado el sumario (artículo 401 del Código de Procedimiento Penal), pudiendo solo reabrirse para la práctica de determinadas actuaciones omitidas, cuestión que debe ser solicitada dentro del plazo de 5 días.

El plenario “es un juicio contradictorio entre el fiscal (o juez) y el querellante particular que acusan y el reo que se defiende, en todo diferente al sumario. Sus

* López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, pp. 135-142.





principales características son las siguientes aparte de que es contradictorio: 1) Es público; 2) Tiene tramitación ordenada, y 3) Es escrito”.[†]

OCTAVO.- A diferencia de los procesos penales regidos por la oralidad, en que las partes y el juez pueden modificar el devenir ordinario del proceso, en un sistema escriturado como el inquisitivo, “el orden consecutivo está con precisión y claridad establecido por la ley en todas sus fases y etapas. Dicho orden consecutivo está caracterizado por la corrección (así Gandulfo, Eduardo, “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas”, *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 21, pp. 121-185), puesto que los actos de procedimientos deben desarrollar un orden que apunte a la racionalidad de los valores que estructuran el sistema, en armonía con el mandato constitucional del justo y racional procedimiento a que alude el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución Política. Unido a lo anterior, el orden consecutivo legal apunta a la prontitud del juzgamiento, cuestión hermanada con la exigencia de la tutela judicial efectiva” (STC 4704/2018, c. 14°).

NOVENO.- La cuestión central para el desarrollo del orden consecutivo legal es la “preclusión de los actos, institución general del proceso. Con éstas se adjudican a las partes las consecuencias negativas que implican la pérdida o extinción de una determinada facultad procesal. Conforme lo expone Chiovenda, con la preclusión la ley entrega mayor precisión y rapidez al desarrollo de los actos del proceso, a través de un cierto orden en el desarrollo del mismo, poniendo límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, fuera de esos límites, dichas facultades ya no pueden ejercitarse (Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, v.III*, [trad. Gómez Orbaneja], Madrid, 1936, pp. 276-77)” (STC 4704/2018, c.15°).

DÉCIMO.- “En los procedimientos escritos lo anterior cobra suma relevancia. En éstos, prima la dispersión de los actos en fases o tiempos. Según ha desarrollado la doctrina procesal, cada acto del proceso viene a constituir una sub-fase del mismo, tomando la ley las riendas del asunto, estableciendo un orden legal máximo sobre su orden, con un mecanismo de articulación de dicha sucesión en que la preclusión entrega unión temporal a la dispersión de fases, haciendo así avanzar el proceso (Gandulfo, Eduardo, op.cit. p. 136), en un orden en que, dada su indisponibilidad, debe ser respetado por las partes y el tribunal adjudicador. Por ello, a vía ejemplar, precluida para las partes la facultad de impugnar de nulidad una resolución, también queda el juez privado de su potestad de corrección (Tavolari, Raúl, “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, N° 1, primera parte, pp. 6-7)” (STC 4704/2018, c. 16°).

DECIMOPRIMERO.- “Verificada la sistemática del Código de Procedimiento Penal, lo anterior tiene repercusiones concretas. Su régimen de nulidades procesales es manifestación clara de lo razonado, puesto que, de conformidad a lo establecido en el artículo 71 “[l]as partes solo podrán pedir incidentalmente la nulidad de los trámites

[†] López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Ediciones Encina, Santiago, p. 11.



y los actos procesales en las siguientes oportunidades: 1.- La de aquellos realizados en el sumario, durante él, o en el plazo señalado en el artículo 401 o en los escritos fundamentales del plenario, y 2.- La de los trámites y actos realizados en el plenario dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se tuvo conocimiento del vicio”, agregando el artículo 72 que dichas nulidades quedan subsanadas de no ser alegadas en la oportunidad procesal correspondiente y que no pueden ser solicitados por la parte que sea causante del vicio ni aquella a quién no le afecta (artículo 70)” (STC 4704/2018, c. 17°).

DECIMOSEGUNDO.- En consecuencia, frente a la hipotética existencia de vicios procesales concretos que se produzcan en el marco de la gestión pendiente, la legislación contempla mecanismos oportunos y pertinentes en el Código de Procedimiento Penal para enmendarlos sin necesidad de recurrir al ordenamiento constitucional para proveer fórmulas que envuelven una creación normativa y recursiva incompatible con las atribuciones de esta Magistratura.

DECIMOTERCERO.- Por consiguiente, respecto del conjunto de críticas al procedimiento penal, el estándar exigible nos lleva a sostener que a esta Magistratura le compete enjuiciar el modo en que preceptos determinados producen el efecto inconstitucional que el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución, de un modo tal que la inaplicabilidad de los mencionados preceptos sea la solución última e ineludible a adoptar.

b. Las presunciones son parte de un régimen de prueba tasada existiendo libertad probatoria en la Constitución para el legislador

DECIMOCUARTO.- El requerimiento cuestiona los hipotéticos efectos de las presunciones como un régimen vulnerador del principio de libertad de apreciación de la prueba. Por ende, antes de entrar a examinar el alcance de las presunciones judiciales debemos verificar cuál es el estándar de comparación propuesto por el requirente. En términos estrictos no nos indica qué entiende por principio de libertad de apreciación de la prueba ni la norma constitucional que lo reflejaría.

DECIMOQUINTO.- “La Constitución no dispone de ninguna norma que nos señale el modo en que se deba definir una regla de prueba para algún tipo de procedimiento. Como sabemos, la Constitución remite doblemente estas materias al legislador. Tanto por el artículo 63, numeral 3° al indicar que *“solo son materias de ley (...) N° 3 Las que son objeto de codificación (...) procesal”*. Asimismo, el artículo 19, numeral 3° inciso sexto deriva que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.



En consecuencia, el legislador tiene discrecionalidad sustancial o estructural en materia de régimen de prueba. Esta discrecionalidad implica para el legislador adoptar los medios y fines que estime conveniente siempre que no sea contrario a “todo aquello que las normas constitucionales no ordenan ni prohíben”.¹ Por cierto, que tiene un límite material en orden a que el régimen de prueba que modele deba ser “racional y justo”. Sin embargo, de lo anterior se deducirán los procedimientos específicos acordes a una debida configuración legislativa de los mismos.” (STC 4627/2018, c. 19°).

DECIMOSEXTO.- Cuando una nueva Constitución, o una reforma constitucional, modifica ampliamente una disciplina del ordenamiento, como es el caso de un régimen procesal penal diferente, se producen dos tipos de efectos.

Una regla pro futuro que habilita el desarrollo de ese nuevo régimen procesal penal respecto de los hechos por venir, especialmente, cuando existe tantísima relevancia penal respecto del momento en que los hechos acontecen para su valoración normativa y la competencia del Tribunal (incisos 5° y 8° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución).

Pero, en lo que nos interesa, la reforma constitucional ha de hacerse cargo del derecho anterior, particularmente, porque puede significar la atribución ex post de normas nuevas con un efecto retroactivo a hechos acontecidos con anterioridad a la vigencia del nuevo marco procesal penal.

El principio aplicable es el de continuidad del ordenamiento o de respeto del derecho previo como, en general, se ha adoptado por diversos Estados incluso en casos de crítica coyuntura. Desde la Constitución francesa de 1791 que se decidió mantener el ordenamiento del Antiguo Régimen o de los ordenamientos republicanos latinoamericanos independentistas que recibieron el Derecho Indiano en el siglo XIX, la abrumadora mayoría de las experiencias se sostienen en dicha decisión. En consecuencia, el dilema no es la continuidad sino el de compatibilidad con las nuevas reglas constitucionales.

Los mecanismos de solución de este conflicto de compatibilidad, dependerá del modo en que se coordine la subsistencia transitoria de las antiguas reglas. Esas fórmulas de solución de conflictos son, por una parte, mantener la antigua regla; o, por el contrario, sustentar la nueva a los hechos anteriores o, finalmente, ofrecer una solución mixta.

Sabemos que, en materia penal, la relación entre el tiempo y el derecho es consustancial al propio principio de legalidad penal. Por lo anterior, es clave la norma transitoria constitucional que delimita esta solución.

DECIMOSÉPTIMO.- “Sin embargo, la Constitución en esta materia no razona como frente a una hoja en blanco. No parten desde su determinación constituyente un orden jurídico *ex novo*. Todo lo contrario, en lo global la Constitución se impone sobre el orden normativo pero reconociéndole historicidad a todo el ordenamiento jurídico general previo (disposiciones transitorias primera a quinta, especialmente ésta última) en cuanto no reciba



“derogación expresa” (quinta transitoria) o en y “en lo que no sea contraria a la Constitución” (cuarta transitoria).

El procedimiento penal cuestionado en autos es previo a la Constitución y bajo su vigencia ha admitido las reglas de ordinaria modificación.

Sin embargo, este ordenamiento procesal no solo se modificó en cuanto legislador, sino que en cuanto constituyente.

El constituyente se confrontó estructuralmente al régimen procesal penal antiguo con la oportunidad de modificarlo en su totalidad hacia el futuro. Por ende, conoce sus alcances y tenía todas las posibilidades de realizar un reproche diverso. Sin embargo, no lo hizo. Más bien todo lo contrario. Lo ratificó reconociendo su vigencia para los casos previos.

En materia de régimen de prueba penal, el constituyente ratifica la vigencia del régimen probatorio previo puesto que el “Capítulo VII “Ministerio Público”, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones”. (Disposición octava transitoria).” (STC 4627/2018, c. 20°).

DECIMOCTAVO.- “Por ende, el régimen probatorio es una cuestión de legalidad (artículo 19, numeral 3°, inciso sexto y 63, numeral 3° de la Constitución). El modelo de régimen probatorio establecido con el nuevo Código Procesal Penal no está “constitucionalizado” bajo ninguna regla especial de la Constitución. Y los hechos penales acontecidos con anterioridad a la vigencia del nuevo modelo se rigen bajo el régimen probatorio vigente al momento de los hechos. En consecuencia, no hay un modelo constitucional de prueba en el ámbito penal.” (STC 4627/2018, c. 21°).

En consecuencia, no puede estimarse que el Código de Procedimiento Penal, en su régimen de presunciones, vulnere el régimen de libre apreciación de la prueba. No vulnera nada es solo un régimen de prueba diferente y autorizado por la Constitución.

c. Las presunciones configuran una forma de ejercicio racional de ponderación probatoria que impide la arbitrariedad

DECIMONOVENO.- El precepto impugnado en esta materia es el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 457 del mismo cuerpo legal, según ya los identificamos previamente.

El precepto legal reprochado formula un test para el razonamiento judicial de las presunciones a objeto de ser prueba completa (STC 5952/2019, c. 39°):

- a) Deben basarse en hechos reales.
- b) Deben basarse en hechos probados.
- c) Deben ser múltiples.



- d) Deben ser graves.
- e) Deben ser precisas y concluyentes.
- f) Deben ser directas y lógicamente deducidas.
- g) Deben ser concordantes, coherentes y concluyentes.

Por el contrario, no pueden basarse a su vez en otras presunciones.

VIGÉSIMO.- El legislador y los tratados internacionales recurren a las presunciones en materia penal. Algunas son propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la presunción de inocencia (artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Incluso, el propio constituyente de 1818 lo había dispuesto. Algunas son irrefutables como la inimputabilidad penal del menor y otras refutables como la presunción de inocencia de que goza cada imputado. Por ende, no es ajena a la disciplina procesal penal la estructura de las presunciones.

Respecto de ellas, la Constitución le prohíbe al legislador establecer presunciones de derecho en el ámbito penal (artículo 19, numeral 3° inciso séptimo).

Las presunciones pueden ser presunciones *simplemente legales* (artículo 487 del Código de Procedimiento Penal), las que están excluidas del presente proceso constitucional, y las presunciones *judiciales o indicios* (artículo 488 del Código de Procedimiento Penal).

Sin embargo, la dimensión clave es su alcance, su relación como medio de prueba y su vinculación constitucional.

VIGESIMOPRIMERO.- “Se admite que las presunciones son “afirmaciones acerca de hechos sobre los cuales no se tiene una total certeza”.[‡] Se ha de referir a hechos pasados y acontecidos y no pueden tener ningún sentido de pronóstico alguno. Nuestra doctrina indica que se trata del “empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso”.[§] En consecuencia, su cuestión esencial radica en la estructura probatoria de estas inferencias o deducciones.” (STC 5952, c. 41°).

VIGESIMOSEGUNDO.- “Las presunciones difieren según la naturaleza del procedimiento dentro del cual se inscriben. Siendo parte de un modelo acusatorio se difuminan como prueba específica puesto que rige como regla general el sistema de apreciación general de la prueba, propio del nuevo Código Procesal Penal. Se difumina, no desaparece. En cambio, en el modelo inquisitivo bajo un régimen de

[‡] Joaquim Vogel (1994), “Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán”, *Estudios de Derecho Penal económico*, Ediciones Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, p. 43.

[§] Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López (2010), *Derecho procesal penal*, Tomo II, Thomson Reuters, Santiago, p. 1047.





prueba tasada le corresponde una forma de apreciación asignándole un valor probatorio.

No siempre se ha visto como sinónimo a presunción judicial el indicio. “El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquélla. El indicio, de *inde dico*, “de allí digo”, es lo que nosotros llamamos dato inferidor o hecho base. Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es mono básica, se compondrá de un solo indicio; si es polibásica, de varios”. **

Las presunciones son un ejercicio de valoración de la concatenación de las demás pruebas configuradas. En tal sentido, detrás de los racionios judiciales bajo los dos sistemas procesales penales vigentes no implican la desaparición de las presunciones sino que una manifestación de formatos diferenciados como régimen de prueba.” (STC 5952, c. 42°).

VIGESIMOTERCERO.- “La pregunta fundamental que cuestiona el requerimiento es responder por qué las presunciones son constitucionales o no. Para ello, las presunciones tienen que satisfacer un conjunto de exigencias materiales desde la Constitución. La primera, según el doble mandato del inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, es que las presunciones respeten el principio de reserva legal. Esto implica que si son presunciones de legalidad deben estar revestidas del rigor normativo que las identifique como tales. En segundo lugar, se ha de referir a presunciones simplemente legales de aquellas que admiten ser desestimadas bajo otros medios de prueba. Por ende, están prohibidas las presunciones de derecho.

No obstante, en el caso concreto, no se vincula con ninguna presunción definida por el legislador, sino que se atribuyen al razonamiento judicial. Para ello hay que ir al tercer requisito implícito en la norma anterior, que las presunciones, ahora judiciales, respeten el principio de culpabilidad. Esto es, que la culpabilidad “es condición indispensable previa a la pena y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. El principio posee además una doble vertiente procesal y material, desde esta última requiere que la punición se derive de ella, ya en su forma dolosa o imprudente, culpabilidad que además requiere ser efectiva en el caso particular, es decir, preciso que se afirme con certeza absoluta. Todas estas características aúnan el principio de culpabilidad con el procesal de búsqueda de la verdad material, formando ésta parte de la garantía constitucional de aquél”.† En consecuencia, las presunciones se han de vincular con el máximo estándar de la culpabilidad a objeto de fortalecerlo y no debilitarlo. Se trata del estándar pleno de convicción moral y jurídica para condenar.” (STC 5952, c. 43°).

VIGESIMOCUARTO.- El centro del cuestionamiento del requerimiento reside en la impugnación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. Allí está

** Maturana y Montero (2010), p. 1048.

†† Vogel (1994, pp. 52-3.





presente un completo test acerca de la validez procesal de las presunciones exigiendo un conjunto amplísimo de conexiones. “Las presunciones no operan solas, se sostienen en hechos que deben ser probados. Las presunciones no son especulativas, deben sostenerse en pruebas reales. Las presunciones no son aisladas ni indiciarias, deben satisfacer un conjunto amplio de datos que se vinculen coherentemente entre sí. Las presunciones no pueden ser anecdóticas, fútiles o de conveniencia. Por el contrario, deben ser graves, directas, concordantes y “sin contraposición alguna”. Cada uno de estos términos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal define un escenario judicial de prueba exigente que puede ser contrastado en sede de apelación.

Estas presunciones respetan el principio de culpabilidad puesto que admiten ser desestimadas. Ellas mismas implican ascender en la escala jurídica del raciocinio para fundar un reproche normativo del injusto aplicado a un caso concreto. No debilitan el estándar de culpabilidad al aparecer como prueba evanescente. Todo lo contrario, la exigencia de cantidad y calidad de las pruebas de base la tornan la más exigente de todas las pruebas y por lo mismo el único modo de contrastarlas es mirarlas al servicio de la fundamentación más exigente con la máxima convicción moral y jurídica para la condena o la absolución. “Las presunciones, consideradas medios de prueba en la antigua legislación no son, en rigor, tales, sino que forman parte del razonamiento del juzgador, en la medida que expresan el modo en que éste adquirió convicción sobre la culpabilidad del acusado o no la adquirió. Constituyen, pues, la parte esencial del razonamiento judicial en la fundamentación de la sentencia”.# Desde este punto de vista normativo, admitimos que son conforme a la Constitución.” (STC 5952, c. 44°).

d. La Constitución ha habilitado un modo transitorio para la vigencia del Código de Procedimiento Penal de un modo expreso

VIGESIMOQUINTO.- El requirente formula un reproche genérico al sistema de enjuiciamiento penal antiguo, porque éste no otorgaría las garantías procesales que asegura el nuevo proceso penal. Al permitirse la convivencia de dos procedimientos penales diversos distinguiendo entre dos tipos de chilenos sin un fundamento claro, se infringiría la igualdad ante la ley.

Sin embargo, es la propia Constitución la que ha habilitado un modo transitorio para la vigencia del Código de Procedimiento Penal de un modo expreso. “La ley de reforma constitucional N° 19.519 introdujo a la Constitución una disposición transitoria trigesimoséptima, actual disposición octava transitoria. Desde el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado quedó claro que “la norma trigesimaséptima transitoria estipula que los preceptos constitucionales actuales conservarán su vigencia, para evitar que las leyes del sistema procesal penal antiguo que continuarán aplicándose sean impugnadas de

** Horvitz Lennon, María Inés/López Masle, Julián (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 269





inconstitucionalidad” (...) Lo cierto es que el reproche puede ser valedero en orden a que lo evidente es que en su dimensión formal debería aplicarse el criterio de igualdad ante la ley de un modo estricto. La misma ley válida para todos sin excepción. Una hipótesis de esa naturaleza se fundaría en un test de igualdad simple. La ley exige que se aplique los procedimientos penales de un modo parejo o por equiparación.

Lo cierto es que este modo de raciocinio debería encontrar rápida respuesta en otras normas constitucionales que habiliten diferencias. Y justamente es el artículo 77, inciso final de la Constitución el que habilita la idea de la aplicación gradual en el tiempo y en el territorio de macrorreformas procesales. Justamente una adaptación temporal y espacial del principio de igualdad ante la ley permite la evolución del ordenamiento. La Constitución habilita un sentido evolutivo a objeto de facilitar los cambios y adaptaciones y no ser un instrumento que conspire en contra de la vigencia de la propia Constitución. Justamente, la idea del artículo 77 de la Constitución, así como de la disposición octava transitoria de la misma, habilitan un tránsito ordenado de procedimientos, reglas de adaptación que permitan una aplicación del ensayo y error, y una forma de incorporación normativa no traumática. Lo relevante es que estas fórmulas temporales y espaciales se hayan realizado sin consideración a grupos, etnias o minorías específicas. No son reformas en contra de determinados sectores sino que sus modalidades de aplicación fueron generales. Con ello, se satisfacen nítidamente las exigencias de una justificación plausible, apoyada en fundamentos constitucionales expresos y manifestando una diferencia razonable. Por lo tanto, no es posible estimar que haya un atentado a la igualdad ante la ley.” (STC 5952, c. 47°).

V.- APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO

VIGESIMOSEXTO.- En cuanto a los criterios antes verificados cabe entender que es una carga del requirente examinar cómo los preceptos legales reprochados producen el efecto inconstitucional cuyo único mecanismo de solución implicaría desaplicarlos. Esto es más patente cuando es el propio requirente quien invoca en su favor la disposición cuestionada, al señalar que la sentencia condenatoria habría acreditado su responsabilidad en los hechos investigados mediante presunciones judiciales que no cumplían con los requisitos legales para constituir plena prueba. En efecto, a fs. 7 del requerimiento, se plantea que la “presunción judicial elaborada por la sentenciadora no cumple con los requisitos legales de dicho medio de prueba, vulnerando entonces el numeral 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal”. Por lo tanto, el requirente precisa de la norma objetada para efectos de sostener la argumentación antes señalada.

VIGESIMOSÉPTIMO.- En síntesis, cabe entender que la hipótesis de concurrencia de vicios relativos a los elementos contextuales de este requerimiento que impugnan reglas generales del procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo, exigen que deban ser resueltos mediante los propios procedimientos de nulidad que la legislación contempla para resolverlos, en la medida que existan y todos bajo control judicial y con recursos disponibles.



Adicionalmente en sede constitucional, no se explica pormenorizadamente en el presente requerimiento el modo en que la inaplicación de los preceptos legales conduce a identificar un efecto inconstitucional que deba ser subsanado por esta vía excepcional. Así no es razonable admitir críticas genéricas que deriven en el acogimiento de una acción de inaplicabilidad que exige un estándar de vulneración circunstanciada, con la salvedad de lo que diremos en materia probatoria.

VIGESIMOCTAVO.- En relación con el conjunto particular de reproches que se realizan al régimen probatorio, hay varias cuestiones que son relevantes. En primer lugar, las presunciones son parte de un régimen de prueba tasada existiendo libertad probatoria en la Constitución para el legislador. Ello determina la imposibilidad de reprocharlo desde un parámetro constitucional específico que lleve a esta Magistratura a deber declarar la inconstitucionalidad.

Un segundo elemento, es que las presunciones judiciales del Código de Procedimiento Penal operan como un completo test de reducción de la arbitrariedad judicial e instrumento de garantía para un procesado bajo esas reglas. En tal sentido, no resulta razonable que se deba propiciar la inaplicabilidad de determinadas reglas probatorias que protegieron el raciocino judicial que llevaron a dos jueces a desestimar en el pasado dichos delitos y ahora a otro juez a condenarlo. En consecuencia, no son las normas las que producen el efecto sino que lo reprochado son las actuaciones judiciales conducentes al mismo, tipo de control que le está completamente vedado al Tribunal Constitucional.

VIGESIMONOVENO.- Sin perjuicio, de otras consideraciones que tengan el conjunto de Ministras y Ministros que sostienen esta sentencia, a partir de estos criterios mínimos y sin recurrir a otros elementos argumentativos adicionales, estimamos que el presente requerimiento debe rechazarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.
- 2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.
- 3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.



DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente), IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

1º.- Que el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido interpuesto en representación de Jorge Eduardo Romero Campos, Oficial en Retiro del Ejército de Chile, quien ha sido condenado -en primera instancia- a sufrir la pena de 15 años y un día como coautor -junto a otras cinco personas- del delito de sustracción de menor agravada y como coautor del delito de secuestro calificado, ambos hechos acaecidos en septiembre de 1973 y que han sido objeto de del proceso penal sustanciado por la Ministra Instructora en Visita Extraordinaria, doña Marianela Cifuentes Alarcón, habiéndose deducido recursos de apelación y casación en contra del mencionado fallo condenatorio. En el caso del requirente, este dedujo casación en la forma y apelación, recursos que se encuentran pendiente de resolución ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, siendo esta la gestión judicial en que incide el pronunciamiento de esta Magistratura Constitucional.

2º.- Que la controversia de la especie nos lleva a analizar una vez más desde la esfera constitucional, la situación de aquellos enjuiciamientos que se desarrollan bajo las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, texto normativo carente de aplicación para la generalidad de los juzgamientos criminales que se sustancian en el país, a excepción de aquellos procesos -como el de la especie- en que se sigue aplicando, con los evidentes cuestionamientos que de ello deriva. En efecto, esta Magistratura ha tenido la posibilidad de exponer en diversos pronunciamientos (v.gr. STC 2991; STC 4210; STC 4256; STC 8842, entre muchos otros), las deficiencias y contradicciones con el orden constitucional vigente, derivados de la aplicación de un cuerpo normativo anacrónico y de precaria observancia a las garantías procesales universales del justiciable, para establecer la responsabilidad penal de personas a las que se atribuye responsabilidad en hechos criminales acaecidos hace décadas en nuestro país.

3º.- Que, por las características propias del juzgamiento de la especie, forzoso resulta reiterar muchos de los argumentos vertidos en anteriores pronunciamientos sobre esta temática, incluso por parte de estos mismos Ministros, atendido que las deficiencias que han sido consignadas en la referida jurisprudencia vuelven a estar presente en el caso concreto que nos convoca. De este modo, cabe señalar en primer término que, bajo la configuración del antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906, el proceso penal queda a cargo de una misma persona quien desarrolla las funciones de investigador y juez, de manera tal que un mismo Magistrado concentra las funciones propias de un fiscal investigador, para luego desarrollar las propias de un tribunal y resolver el asunto sobre la base de los antecedentes que él mismo ha recabado.



4º.- Que, en relación a lo señalado, cabe recordar que el propio Mensaje con que el Presidente don Jorge Montt dio origen a la iniciativa legal -allá por 1894- que se transformaría en el posterior Código de Procedimiento Penal, reconocía la amenaza cierta de esta superposición de funciones, expresando que producto de ella *“el juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos. Sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”*.

5º.- Que este aspecto resulta determinante para entender el cuestionamiento que recae en las normas cuya inaplicabilidad se solicitan en la especie. En efecto, encontrándonos frente a un juzgamiento en el que las diversas diligencias investigativas, la posterior acusación -cuestión que ya supone una convicción respecto a los hechos y la participación punible en ellos-, la ponderación de los antecedentes recabados y la decisión final de condenar imponiendo una penalidad particularmente gravosa, recaen en una misma persona, resulta de particular relevancia que las normas que sustenten aquellas decisiones sean lo suficientemente claras, precisas y objetivas, capaces de al menos generar la apariencia de objetividad y certidumbre en lo decidido. Y es precisamente ello lo que no se observa en las disposiciones cuya inaplicabilidad se solicita.

6º.- Que en el contexto descrito, las disposiciones cuestionadas corresponden al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 457 del mismo cuerpo legal. Ambas disposiciones aluden a las presunciones o indicios, la primera describiendo los requisitos para que las presunciones judiciales puedan constituir prueba completa del hecho, mientras que la segunda reitera la posibilidad de acreditar los hechos a partir de presunciones o indicios. Al respecto, es pertinente indicar que el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal define que presunción *“es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona”*.

7º.- Que, a partir de tal conceptualización, podemos indicar que la presunción se configura a partir de dos hechos diferentes: un hecho antecedente o conocido, y un hecho consecuente o presumido. Como explicaba didácticamente el profesor Enrique Paillás, una huella de frenada de quince metros es un indicio, a partir del cual el juez puede deducir que la velocidad en que viajaba un vehículo era excesiva (Estudios de Derecho Probatorio, Editorial Jurídica de Chile 2002, pp. 110-111). De este modo, resulta determinante la existencia de un hecho antecedente, que frente a su establecimiento de modo claro e indubitado, permita al juez entender que se produjo el hecho presumido, liberándolo así del deber de acreditarlo.

8º.- Que en este contexto, en lo referido a los requisitos establecidos por el artículo 488 para que las presunciones judiciales puedan constituir prueba completa,



tal como ha señalado esta Magistratura conviene anotar que a estas condiciones legales aludía el mencionado Mensaje presidencial del año 1894, cuando aseveraba que esta forma de prueba “no deja campo alguno a la arbitrariedad judicial, desde que se obliga al juez a exponer una a una todas las presunciones que han llevado a su espíritu su convicción de la delincuencia del reo”.

El problema surge, no obstante lo anterior, por cuanto estos requisitos llamados a refrenar los prejuicios del juez -en su aplicación concreta y práctica- carecen de toda eficacia real, debido a tres circunstancias que suelen acontecer:

a) Una, porque si este artículo 488 previene que, una vez satisfechas dichas condiciones, las presunciones judiciales pueden constituir “prueba completa”, ello induce al juez a asirse a unos idénticos indicios iniciales para -sucesivamente- procesar, acusar y condenar, especialmente si se halla estimulado a brindar una justicia pronta e inspirado en el principio de economía procesal. Lo que, por simple inferencia, resulta en el contrasentido de que quien es procesado ya se puede sentir virtualmente condenado.

b) Dos, porque el juez puede seguir basándose hasta el final en los mismos hechos antecedentes o indicios obtenidos en el sumario, de manera secreta y sin asistencia de abogados. En circunstancias que la justicia y la lógica sugieren que los indicios que pueden servir de base para condenar únicamente podrían ser aquellos obtenidos en el juicio plenario, contradictorio y público, propiamente tal.

c) Tres, porque al juez no le es exigible tener que demostrar fehacientemente el hecho antecedente o conocido, ni expresar las razones precisas que permiten establecer una vinculación lógica o natural entre éste y el hecho consecuente o presumido; ni siquiera indicar cuál es uno y cuál el otro. Esto, toda vez que el artículo 502 del mismo Código dispone que “si la prueba con que se hubiere acreditado la culpabilidad del procesado consiste únicamente en presunciones, la sentencia las expone una a una”, desprendiéndose de aquí que al juez le basta con darlas por establecidas. (STC 4210-17. Segundo Capítulo, voto por acoger, c. 6º).

9º.- Que, siguiendo la jurisprudencia indicada, útil resulta mencionar al tratadista italiano don Michele Taruffo, quien recuerda precisamente que el conocimiento se adquiere en un procedimiento racional orientado hacia la formulación de un juicio final relativo a la aceptabilidad de una aserción (o de un conjunto de aserciones) sobre los hechos relevantes de la decisión, el cual opera según el modelo de trial and error. “En esencia, la prueba sirve para confirmar o contradecir (si se prefiere, para verificar o falsear) esas hipótesis, eventualmente añadiéndose a otros elementos de confirmación o de falsación de las mismas” (La prueba de los hechos, Trotta 2011, p. 443).

Por lo mismo que, en otra de sus obras, advierte que: “el juez debe evitar caer en el *confirmation bias*, es decir, en el error típico de quien, debiendo justificar una determinada



elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de esa elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” (La motivación de la sentencia civil, Trotta 2011, p. 24). A este respecto, existe consenso epistemológico en que la sola corroboración de una hipótesis no garantiza su verdad, si no conlleva las hipótesis de contraste que permitan refutarla. De modo que -compitiendo entre ellas- la explicación más probable no será tanto aquella que cuente con más evidencias a su favor, sino la que tenga menos evidencias en contra (Karl Popper, Conjeturas y refutaciones, Paidós 2003, pp. 57 a 87);

10º.- Que, a mayor abundamiento, Luigi Ferrajoli ha hecho hincapié en que el proceso penal debe asegurar “el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de las personas contra la arbitrariedad”. Lo que garantiza -entre otros dispositivos- la necesidad de una sentencia debidamente fundada en razones de hecho y de derecho, conforme al “principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación” (Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta 2016, pp. 34 y 36). Agrega el mismo autor que “Para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico”, es preciso que las hipótesis acusatorias “sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*” (Ibid. p. 37).

11º.- Que los argumentos reseñados tienen por finalidad evidenciar las falencias de un sistema procedimental en el cual se permite que un medio de prueba débil y carente de elementos de certidumbre resulte suficiente para dar por establecidos hechos constitutivos de delito. A lo anterior, debe sumarse necesariamente el contexto en el que se recurre a estas presunciones judiciales, esto es, un proceso tramitado sobre la base de disposiciones procedimentales ampliamente cuestionadas por la confusión de roles y atribuciones entre investigador y juzgador; unido a la falta de mecanismos efectivos de protección a los derechos del justiciado, derivado de estructuras tan objetables del antiguo procedimiento penal como son el carácter secreto de la primera etapa de sumario, la ausencia de una participación activa de la defensa letrada en las diversas actuaciones investigativas, todo ello sumado a la complejidad de pretender establecer de un modo fehaciente y más allá de toda duda razonable, hechos -y la participación punible en los mismos- acaecidos hace décadas, todo lo cual configura un juzgamiento con serios cuestionamientos respecto a su constitucionalidad, de manera tal que la aplicación de las presunciones como medio probatorio en dicho contexto resulta de difícil compatibilidad con las garantías de un justo y racional juzgamiento.



12º.- Que, en el contexto reseñado, es posible advertir que la aplicación de las presunciones como medio probatorio han resultado decisivas para arribar a la decisión condenatoria del requirente. Por lo pronto, tal como se observa en la sentencia en cuestión, la declaración del requirente ha sido clara en negar cualquier intervención en la detención y muerte de las víctimas (c. trigésimo segundo). Sin perjuicio de lo anterior, en el considerando siguiente, la jueza da por establecido lo siguiente: *“Que de las declaraciones transcritas se desprende que el acusado Jorge Romero Campos reconoció que soldados bajo su mando se hicieron cargo de la custodia de la “casa de techo rojo”, lugar en que estuvieron privados de libertad Héctor Hernández Garcés y Francisco Viera Ovalle; pero, negó haber intervenido en la detención y muerte de las víctimas”*. Y luego agrega que, no obstante, existirían *“imputaciones directas de soldados de dotación de la Escuela de Infantería de San Bernardo en la época de los hechos y de personas que en ese período estuvieron privadas de libertad en el centro de detención clandestino situado en el Cerro Chena”*. En este punto alude a los testimonios consignados en los considerandos octavo y decimosexto del fallo condenatorio. Al revisar los testimonios recogidos en el primero de estos considerandos, no es posible advertir referencia alguna a la persona del requirente -al menos de las síntesis reseñadas en la sentencia-, mientras que en el considerando decimosexto los testimonios contienen expresiones tales como *“Que el Capitán Romero se encontraba destacado en el Cuartel 2, situado en el Cerro Chena.”*; *“Que la 1º Compañía de Reservistas estaba a cargo del Capitán Juan Carlos Nielsen; la 2º Compañía de Fusileros, bajo el mando del Capitán Jorge Romero Campos y la 3º Compañía de Reservistas, a cargo del Teniente René Rojas González”*, expresiones reiteradas en los restantes testimonios consignados en el señalado considerando. Pero en caso alguno esos testimonios indican al requirente como responsable de los hechos por los cuales se le condena.

13º.- Que, en efecto, de los argumentos que obran en la sentencia condenatoria, se advierte que la magistrada a cargo realiza un ejercicio de relación entre los hechos investigados, los testimonios y a partir de ello *“configura”* la participación punible del requirente, sin que se aprecie un antecedente concreto y objetivo que sustente tal responsabilidad. De hecho, el razonamiento que se observa en el considerando trigésimo cuarto es del siguiente tenor: *“Que, en razón de lo expresado, se determinó la participación de Jorge Eduardo Romero Campos en calidad de autor mediato de los delitos de sustracción de menor agravada, en grado consumado, en contra de Héctor Enrique Hernández Garcés, cometido a partir del día 27 de septiembre de 1973, en la comuna de San Bernardo y de secuestro calificado, en grado consumado, en contra de Francisco Eugenio Viera Ovalle, cometido desde fines del mes de septiembre de 1973, en la comuna de Pirque, en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal. En efecto, como Comandante de la Segunda Compañía de Fusileros de la Escuela de Infantería de San Bernardo tenía la calidad de superior jerárquico del Teniente Alfonso Faúndez Norambuena y el Subteniente Osvaldo Magaña Bau, quienes se desempeñaron como interrogadores y torturadores en la “casa de techo rojo” -sitio en que estuvieron las víctimas privadas de libertad- y, asimismo, de los soldados conscriptos encargados de la custodia y alimentación de los detenidos, lo que le valió una anotación en su*



hoja de vida, según consta de fs. 2.588, esto es, que “con su compañía le correspondió cumplir diferentes misiones de seguridad y acciones en zonas urbanas y rurales en la Z. I. de los Dptos. de San Bernardo y Maipo, dejando en evidencia una destacada capacidad para dirigir a sus subordinados...”.(expresión contenida a fojas 159 del expediente constitucional)

14º.- Que no compete a esta Magistratura efectuar un análisis de la prueba vertida en juicio, como tampoco realizar una valoración acerca de la contundencia, pertinencia y concordancia de la misma con los restantes antecedentes que obran en el proceso, pues ello compete a la judicatura respectiva, sin que se pretenda en el presente voto cuestionar tales facultades. Por ello no nos pronunciamos sobre aspectos de fondo, así como tampoco los planteamientos del propio requirente en orden a cuestionar los requisitos para darle valor a las presunciones judiciales. Únicamente pretendemos señalar que en el caso concreto se advierte una aplicación de las normas cuestionadas, en particular los artículos 488 en relación al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, que han permitido en la especie, a partir de ciertas probanzas y diligencias desarrolladas en el proceso, presumir la participación punible de una persona en hechos de gran reproche punitivo, sin que se advierta un elemento de juicio que permita arribar a la misma conclusión -más allá de toda duda razonable- de no mediar este ejercicio de correlación entre un hecho conocido del cual se deriva otro que no ha podido ser igualmente establecido.

15º.- Que, en tal sentido, un ejercicio como el reseñado no puede desentenderse del contexto en el que se verifica. En efecto, el procedimiento inquisitivo establecido en el Código de Procedimiento Penal coloca al juez en una posición compleja en cuanto a la neutralidad o debida “distancia relacional” que resulta conveniente para evaluar los hechos y, antes, para conducir la investigación, lo que, unido a sus restantes deficiencias en materia de garantías, constituye un factor que amplifica el efecto agravante que genera la aplicación de las normas reseñadas al caso concreto. Este tipo de juicios presenta particularidades no concurrentes en otra clase de causas, las cuales unidas a las características propias del antiguo sistema procesal penal dan lugar a un escenario de alta vulnerabilidad desde el punto de vista del ejercicio del derecho de defensa (racionalidad y justicia procedimental, artículo 19, Nº 3, inciso sexto, de la Constitución).

16º.- Que, citando jurisprudencia de esta Magistratura, “*se trata, en primer lugar, de juicios en los que no existe duda sobre el acaecimiento del hecho punible (homicidios) y en que lo que se discute es la responsabilidad personal de imputados, procesados o condenados (en primera instancia) como autores, cómplices o encubridores de dichos hechos. En segundo lugar, los desafíos probatorios son muy elevados debido al largo tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos constitutivos de delito. Y, en tercer lugar, se trata de delitos considerados de lesa humanidad, lo que, por una parte, genera un entendible deseo de satisfacer un “imperativo de justicia” y, por la otra, un contexto de cierta indeterminación sobre el alcance jurídico de dicha calificación y su aptitud para relajar garantías procedimentales de los imputados.*” (STC 4210-17. Segundo Capítulo, voto por acoger, c. 13).



17º.- Que de este modo, en el marco de un proceso penal desarrollado bajo normas de dudosa constitucionalidad, tratándose de hechos verificados hace décadas, con la dificultad probatoria derivada del paso del tiempo, todo ello unido al afán de dar una respuesta sancionatoria ejemplar ante hechos que por su naturaleza resultan de la mayor gravedad, generan un escenario particularmente complejo para la observancia y respeto a las garantías de un justo y racional juzgamiento, por lo que entregar la decisión acerca de la participación punible de una persona a la aplicación de normas que permiten atribuir a presunciones, la fuerza necesaria para establecer de modo indubitado la responsabilidad penal, constituye a todas luces una transgresión a la garantía del artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución que no puede ser dejada pasar por alto en el caso concreto.

18º.- Que en efecto, esta Magistratura ha señalado que “[e]l procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. De ahí se establece la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho”. (STC 1838 c. 10; en el mismo sentido, STC 2314 c. 10, STC 2335 c. 17, STC 2452 c. 12, STC 2802 c. 10, STC 3406 c. 5, STC 4200 c. 28). Pues bien, este objetivo de racionalidad y justicia en los términos expuestos no se verifica en la especie cuando una decisión jurisdiccional y su consecuencial respuesta punitiva se ha podido valer de una norma que sin velar por un genuino ideal de justicia, ha servido para que el juzgador pueda dar por acreditada su versión de los hechos y la participación punible en los mismos, sancionando al inculpado sobre la base de presunciones, con prescindencia de una observancia plena de las garantías propias de un justo y racional juzgamiento, siquiera asimilable al estándar exigido por el actual Código Procesal Penal, motivo por el cual estos disidentes estiman que la aplicación en el caso concreto de las normas del artículo 488 en relación al artículo 457, ambos del Código de Procedimiento Penal se traduce en una transgresión de la garantía constitucional del numeral 3 inciso sexto del artículo 19 constitucional, por lo que correspondía declarar la inaplicabilidad de las mismas.

19º.- Que atendido lo anterior, es decir, la forma en que se ha conducido la gestión judicial concreta desde el punto de vista procesal y específicamente en cuanto a sus aspectos probatorios, conviene tener presente las advertencias acerca del juzgamiento de una persona sobre la base de pruebas legales (presunciones) o de indicios. En efecto, como lo ha distinguido Ferrajoli, la prueba es el hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere un hecho o delito pasado, mientras que el indicio constituye el hecho probado del pasado del que se infiere un delito o hecho del pasado que a su vez tenga valor de indicio. En consecuencia, considerando que la causa corresponde a la investigación de hechos acaecidos hace décadas atrás, pretender dar por acreditado un hecho pasado en base a pruebas necesariamente



indirectas no puede sino afectar la fuerza inductiva de las pruebas e indicios, tal como señala Ferrajoli, tanto de *“la fiabilidad o crédito subjetivo de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas...”*, como de la *“idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto”*. Concluye el mismo autor desenmascarando la justificación de la inducción judicial basado en el sistema inquisitivo y el recurso a las pruebas legales: *“Se trate de pruebas o indicios, la verdad de las conclusiones que pueden ser inducidas de unas y otros es sólo verdad probable, siendo siempre posible que la conclusión de una inducción sea falsa aunque sean verdaderos los datos enunciados en las premisas”* (Ferrajoli, op.cit., pp.130-132)

20º.- Que teniendo presente lo anteriormente señalado, la prueba de la presunción solo sirve para que el juez investigador, acusador y sentenciador del ya derogado procedimiento penal inquisitivo -arbitrariamente redivivo sólo para una clase de personas-, por vía de indicios y en el afán de reforzar su hipótesis acusatoria del caso, omita la garantía de la presunción de inocencia, desvalore las pruebas negativas presentadas, que equivalen a la garantía contra la convicción errada o arbitraria de culpabilidad, y resuelva confirmando su propia hipótesis mediante la conveniente restricción de la pluralidad de pruebas y datos probatorios. De este modo, el procedimiento inquisitivo y el recurso inaceptable de la prueba mediante presunciones (en base a simples indicios de elaboración personal) niegan tres importantes garantías de un justo y racional procedimiento en el ámbito probatorio: la verificación de la prueba acusadora; la posibilidad de contraprobar o contradecir la prueba; y, la imparcialidad del juez en el manejo de las pruebas positivas y negativas, que ante la imposibilidad de confirmarlas ni refutarlas debe resolver según el principio del *indubio pro reo* (Ferrajoli, *Ibíd*em, p.151). Al negar estas garantías por un juez que no es el juez natural, un juez que interviene como acusador y no como tercero neutro, transformado en parte de un proceso donde la carga de la prueba recae en el acusado y no en el acusador, el riesgo entonces de un juicio parcial y arbitrario es enorme, al extremo de constituir un simple proceso acusatorio sin garantías judiciales para el acusado.

21º.- Que por tanto, quedando evidenciada la vulneración a la garantía constitucional de un justo y racional juzgamiento, en los términos que hemos indicado, ello constituye fundamento suficiente para un pronunciamiento estimatorio del presente requerimiento de inaplicabilidad, de manera que resulta innecesario abocarse al análisis de las restantes infracciones alegadas por el requirente, desde que la sola infracción de una de estas, entrega mérito suficiente, en opinión de estos disidentes, para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales contenidos en el artículo 457, en relación al 488 del Código de Procedimiento Penal.



Redactó la sentencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO, y la disidencia, el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.929-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

