



Santiago, dos de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 17 de julio de 2017, Francisco Javier Pérez Egert, jubilado, domiciliado en calle Espoz N° 6.412, Vitacura, Santiago, solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 78, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso penal seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, señor Jaime Arancibia Pinto bajo el Rol N° 11-2015.

Preceptiva legal cuya aplicación se cuestiona

El precepto cuya aplicación se cuestiona dispone:

“Art. 78. (99) *Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley.*

En las causas relativas a los delitos previstos en los artículos 361 a 363 y 366 a 367 bis y, en lo que fuere aplicable, también en los delitos previstos en los artículos 365 y 375 del Código Penal, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva respecto de terceros ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El juez deberá decretarlo así, y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa. La infracción a lo anterior será sancionada conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 189. El tribunal deberá adoptar las demás medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima se lleven a cabo privadamente.”.

Gestión invocada

Expone que es inculpado en el proceso 11-2015, tramitado ante el Ministro Jaime Arancibia Pinto, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, iniciado por denuncia de delitos de detención ilegal, secuestro y tortura, causa en la que se ha dispuesto su comparecencia a prestar declaración indagatoria, que se encuentra en estado de sumario y que podrá tener efectos indeseables y perjudiciales en su contra.

Fundamentos de hecho y derecho

Expone que la privación del conocimiento de la investigación en forma previa a cualquier declaración, hace posible que el juez o



el actuario puedan presentar al imputado información parcial o sesgada forzándolo psicológicamente a prestar declaración indagatoria, cosa que ha sucedido de manera sistemática en el proceso penal inquisitivo.

Disposiciones constitucionales que se alegan infringidas

Alega como infringidas las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y del debido proceso de los numerales 2º y 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en especial en lo referido a la presunción de inocencia y el derecho a defensa, la medida que el secreto de sumario impide conocer las imputaciones y genera un tratamiento diferenciado y gravoso para el inculpado, en infracción además de diversas normas de derecho internacional.

Admisión a trámite y admisibilidad

Con fecha 1 de agosto de 2017, la Segunda Sala acogió a tramitación el requerimiento y suspendió el procedimiento en la gestión invocada, confiriendo traslado para resolver acerca de la admisibilidad. Luego, con fecha 22 de agosto del mismo año se declaró admisible el requerimiento, confiriéndose traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado, no verificándose presentaciones.

Autos en relación

No habiendo sido evacuado el traslado al no haber querellante y concluida la tramitación del proceso se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa con fecha 26 de abril de 2018 y se adoptó acuerdo, conforme certificación del relator.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en la especie se objeta la constitucionalidad del artículo 78 del antiguo Código de Procedimiento Penal, al establecer que todas -sin distinción- las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones legales (inciso primero).

Dentro de estas excepciones se encuentran los artículos 79 y 80, que conceden al juez instructor competencias discrecionales para acoger, rechazar o modificar -en cualquier momento- el conocimiento del expediente pedido por el afectado, respecto de lo ya obrado en secreto, cuando a su juicio exclusivo “no se entorpezca la investigación” o según “sea peligrosa para el éxito de la investigación”.



Vale decir, el mencionado artículo 78 puede ser impugnado por dos géneros de razones. Una, porque la realización secreta de una diligencia deja al afectado en una posición procesalmente desmedrada, que no se purga por dársele a posteriori conocimiento del sumario. Dos, porque sin expresión de causa no se le da o se le quita el conocimiento de las piezas del sumario;

SEGUNDO: Que este caso concreto se inscribe en la segunda hipótesis. Pues ante la solicitud de conocimiento de la investigación formulada por el requirente en mayo de 2017, en forma previa a prestar declaración indagatoria (fs. 95), respecto de hechos que se remontan al año 1973, ésta fue denegada por el Ministro Instructor y luego por la Corte de Apelaciones “atendido lo establecido en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal” (fs. 110).

En estas circunstancias, la aplicación infundada del artículo 78 da por resultado una significativa afectación en el derecho a una investigación racional y justa que le asiste al requirente, consistente en conocer los antecedentes que lo hacen involucrado;

PRECISIÓN PRELIMINAR

TERCERO: Que conviene acotar desde un inicio que no corresponde al Tribunal Constitucional inmiscuirse en, ni emitir parecer respecto a, los hechos que se investigan en la causa Rol N° 11-2015 seguida ante un Ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, constitutiva de la gestión judicial pendiente en que incide el presente recurso de inaplicabilidad.

Como dicha causa se sustancia actualmente conforme al antiguo Código de Procedimiento Penal, porque la disposición Octava Transitoria de la Constitución del año 1997 establece que las normas del nuevo Código Procesal Penal “se aplicarán exclusivamente a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones” (entre 2000-2005), lo que compete a esta Magistratura es examinar si la aplicación de dicha preceptiva procesal contraría o no las garantías “de un procedimiento y una investigación racionales y justos” que se deben asegurar al afectado, según los criterios que caracterizan esta exigencia impuesta por el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, según la reforma introducida con efectos directos e inmediatos por la Ley N° 19.519, de 1997.

DEBIDO PROCESO PENAL Y SECRETO DEL SUMARIO



CUARTO: Que, sobre el particular, incumbe recordar que en STC Rol N° 1718 esta Magistratura tuvo ocasión de precisar que la supervivencia temporal de los procesos regidos por el antiguo Código de Procedimiento Penal no es obstáculo al pleno vigor de los principios y normas constitucionales relativos al debido proceso, de manera que los juicios correspondientes deben tramitarse conforme a ellos. Además de agregar que la disposición Octava Transitoria de la Carta Fundamental no tiene la virtud de declarar constitucional la legislación preexistente, ni busca cohonestar su posible aplicación inconstitucional en un caso dado (considerando 6°).

Cuyo es este caso, donde el cuestionado artículo 78 se ha revelado contrario al 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución, habida cuenta que al negársele -sin más- la plena cognoscibilidad de los antecedentes que puedan comprometer al declarante, respecto de hechos que habrían sucedido en 1973 e invocando dicha norma procesal, se priva a éste de una parte sustancial del derecho a defensa que le asiste en el contexto de un previa investigación justa y racional;

QUINTO: Que, es así, en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, la Constitución otorga un mandato al legislador para establecer siempre -en toda y en cualquier causa- las garantías de una investigación justa y racional, sin perjuicio de tenerse presente que en el génesis de esta norma se dejó constancia de cuales serían naturalmente algunos de sus presupuestos mínimos, tales como la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448 considerando 40°) y -para lo que interesa en este caso- el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N° 1718 considerando 10°).

La posibilidad de levantar una defensa jurídica eficaz y de conocer las pruebas eventualmente incriminatorias a fin de poder declarar con pleno conocimiento de causa, constituye para el afectado el contenido esencial de este derecho fundamental, reconocido por el Constituyente justamente por encontrar arraigo en las más antiguas tradiciones de la Justicia. Tal como hace, entre los cuerpos jurídicos fundamentales de España e Hispanoamérica atinentes a los derechos individuales, el *Fuero Real* (1255), cuya ley 12ª. dispone que aquel contra quien se haya hecho pesquisa, bien sea por acusación o bien de oficio, se den los nombres y los dichos de las pesquisas porque se pueda defender en todo su derecho. *Las Partidas* (1256-65) ley 11ª, está concebida igualmente en el sentido que se dé traslado a aquellos que de las pesquisas resultaren culpados, de los nombres, de los testigos y de los dichos de ellos, para que puedan defenderse contra las personas de los testigos o



sus dichos, y tengan todas las defensiones que tendrían contra los testigos;

SEXTO: Que, todavía más cuestionable resulta el ocultamiento del sumario en el marco de un proceso donde un mismo juez funge de investigador y de sentenciador. Propenso, por ende, “a 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 la elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” (Michele Taruffo, *La motivación de la Sentencia Civil*, Editorial Trotta 2011, pág. 24).

Tal yuxtaposición de roles abona el sesgo de confirmación, inclinando al investigador a corroborar su propia versión y a seleccionar sólo la evidencia que respalda ese parecer, acogiendo los datos que lo secundan y evitando la que lo contradiga. De modo que, una vez apegado a una opinión o punto de vista a priori, la negativa -sin expresión de causa- para que el interrogado pueda acceder al sumario, entraña una posibilidad cierta de arbitrariedad, imputable primeramente a la propia ley procesal.

Si la Constitución exige perentoriamente “al legislador establecer siempre las garantías de una investigación racional y justa”, para proteger al sumariado contra la arbitrariedad, es obvio que el Código de Procedimiento Penal no satisface tal mandato cuando deja entregado el conocimiento del expediente a la voluntad absoluta e inmotivada del juez instructor;

SÉPTIMO: Que no amaina el riesgo de que un rechazo infundado del investigador entrañe una respuesta meramente instrumental, la prevención que hace el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que “*el juez debe investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extinguen o atenúen*”.

Porque tal cautela queda desprovista de toda funcionalidad cuando se observa, a continuación, que para procesar a alguien (artículo 274), enseguida para acusarlo (artículo 424) y en definitiva para condenarlo (artículo 500, N° 4), al juez le basta indicar cuáles son las pruebas que justifican la versión que él ha adoptado como verdadera. Sin que la ley procesal le exija explicar por qué desechó las pruebas contrarias a su narración;

OCTAVO: Que, la antedicha aprensión, acompaña al Código de Procedimiento Penal desde su origen, cuando se censuraba que “*El procedimiento secreto o inquisitivo es contrario a las garantías individuales i deja en manos de los jueces la honra i el porvenir del*



acusado, por que en esto procede según sus buenas o malas inclinaciones i su buena o mala voluntad contra las personas a quienes procesa”.

Secreto al que se le encontraba alguna explicación, al menos “en el comienzo mismo de un delito”, puesto que -se decía- el Estado debe tener “algunas ventajas siquiera en los primeros momentos, para recoger los vestigios del crimen i los indicios de culpabilidad de su autor”, dado que el delincuente “desde que forma la idea de delinquir, estudia cautelosamente las precauciones para sustraerse de la acción de la justicia” (Robustiano Vera, *Código de Procedimiento Penal comentado y concordado*, Imprenta El Debate, página 130);

NOVENO: Que, sin embargo, dicha circunspección hacia el secreto del sumario tampoco se condice con la realidad de este caso, donde no se investiga “en los primeros momentos” tras la comisión de un ilícito, sino que hechos acontecidos en 1973 y 1974, y respecto de los cuales se formuló denuncia e inició sumario el año 2015 (fs. 72 a 73 y 76).

Parece punto menos que irracional suponer que una persona que es citada a declarar el año 2017 se encuentre en condiciones reales de poder alterar las evidencias de un eventual delito acaecido hace más de 45 años. Es más, el extenso tiempo transcurrido entre la producción de los eventuales vestigios de los hechos y el procedimiento incoado, sugiere que la aplicación del cuestionado artículo 78 habría perdido toda razón de ser y sentido;

DECIMO: Que, finalmente, cumple advertir que las STC Roles N°s 2492 (considerando 20°) y 2902 (considerando 23°) objetaron -por esta misma razón- la constitucionalidad del Código de Justicia Militar, a pesar de que éste se encuentra expresamente reconocido por la propia Carta Fundamental (artículo 83, inciso final).

Dado que tal Código castrense prescribe literalmente que “*Serán aplicables al sumario [del proceso criminal] las reglas de los artículos 77 a 79 del Código de Procedimiento Penal*” (artículo 129), los mencionados fallos hicieron suyos los reparos formulados a este respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arguyendo precisamente que “el proceso penal debe ser público”.

Hacer allá una crítica al artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, sin repetirla análogamente acá, implicaría una inconsecuencia rayana en la comisión de una discriminación arbitraria;

CONCLUSIÓN



DECIMOPRIMERO: Que, en definitiva, la aplicación inmotivada que se ha dado al artículo 78, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, en este caso concreto evidencia su contradicción con la justicia y la razón. Y, por lo mismo, contrario a la Constitución, de las maneras como se han reseñado.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo prescrito en los artículos 6° y 7° de la misma Constitución, además de lo dispuesto en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

- I. **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE QUE EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 78 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL RESULTA CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y, POR TANTO, INAPLICABLE EN LA CAUSA ROL N° 11-2015, INSTRUIDA POR EL MINISTRO EN VISITA EXTRAORDINARIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, SEÑOR JAIME ARANCIBIA PINTO. OFÍCIESE.**

- II. **QUE SE ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

DISIDENCIA

Los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido a fojas 1, por las razones que se consignan a continuación:

1°. En orden a desestimar el requerimiento planteado, estos Ministros hemos tenido en consideración el voto de rechazo planteado por este Tribunal en la Sentencia Rol 3285/2016 que



derivó en su no acogimiento por carecer del quórum requerido por la Constitución.

I. Conflicto constitucional planteado: Publicidad integral, conocimiento del sumario y los frutos del sumario

2° El requirente en la causa Rol 11-2015 del Juzgado del Crimen de Valparaíso instruida por el señor Ministro en Visita Extraordinaria don Jaime Arancibia Pinto, no ha tenido acceso al sumario del proceso penal por lo dispuesto en el inciso primero del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal impugnado que dispone que “[l]as actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley”.

3° Frente a una citación a declarar en calidad de inculpado (fs. 7 del requerimiento) de que fue objeto el requirente, su pretensión es que antes de cualquier declaración indagatoria “se le otorgue el conocimiento efectivo de todo lo que se ha obrado en la etapa sumarial o investigativa, tal como se aplica a través de las normas que establece el Código Procesal Penal” (fs. 6 del requerimiento). Esta alzamiento del secreto es necesario puesto que no es posible realizar un ejercicio del derecho a defensa “a tientas”, porque tal secreto vulnera su derecho de igualdad ante la ley, su igual protección, su presunción de inocencia, su derecho a estar informado de la imputación y, en general, su derecho a defensa en el marco del debido proceso.

4° Otro reproche constitucional es que las actuaciones obtenidas bajo el secreto del sumario, especialmente las declaraciones “obtenidas al amparo del secreto sumarial son logradas, sin duda, con infracción de la garantía del debido proceso penal y la experiencia indica -claramente- que son determinantes para dictar sentencias condenatorias” (fs. 7 del requerimiento).

5° En consecuencia, aunque es una la norma imputada son tres los niveles de deliberación exigibles a esta cuestión constitucional y de estos reproches es posible deducir tres consecuencias que hay que discutir. Primero, si acaso no pueden existir secretos en los procedimientos penales. Segundo, si los secretos en los procedimientos penales no pueden impedir conocer los hechos sobre los que recae la investigación. Tercero, si no tendrían validez normativa los actos procesales llevados adelante bajo secreto del sumario.

II. Criterios interpretativos

6° Haciéndonos cargo de las tres cuestiones planteadas iremos al fondo del asunto, sin perjuicio, que en un examen final se ponderarán en relación en el caso concreto junto a otras razones formales del requerimiento. Las tesis que describiremos son: el secreto del sumario y el establecimiento legal de algún secreto en el proceso penal es constitucional. En segundo lugar, la existencia del secreto del sumario no impide el ejercicio de derechos fundamentales de la defensa. Y, tercero, los frutos del sumario pueden ser objetados mediante un conjunto de otras instituciones que el proceso penal contempla.

1.- Los procedimientos penales admiten el reconocimiento constitucional de fases reservadas o secretas

7° La primera cuestión que cabe plantearse es si es admisible alguna modalidad de secreto en el proceso penal considerado en abstracto. El requirente parece solicitarlo porque cuestiona la existencia del secreto y también “las excepciones establecidas por la ley”. Cuando se cuestiona la regla general del secreto y la excepción de la publicidad, parece solicitar el requirente que exista una sola regla en los procesos penales: publicidad integral sin distinción alguna, ni admisión excepcional de la reserva.

8° Parece que la mayoría del Tribunal entiende lo mismo porque el punto no lo resuelve con claridad e introduce más confusión de la deseable. Por una parte indicaría que su tesis es la publicidad completa del procedimiento penal. Ello se desprende de varios considerandos. Por una parte, indica que concurre el “principio de publicidad de los actos jurisdiccionales (STC 1448, c.40)” (c.5°). Agrega que “más cuestionable resulta el ocultamiento del sumario en el marco de un proceso donde un mismo juez funge de investigador y de sentenciador” (c. 6°), en la asimilación de “procedimiento secreto o inquisitivo” (c.8°), para concluir, ciñéndose a un estándar de derechos humanos indicando que “el proceso penal debe ser público” (c. 11°).

9° La primera consecuencia de una tesis de esta naturaleza sería la declaración de inconstitucionalidad de todo procedimiento que incluyera actos procesales realizados bajo secreto o reserva, incluyendo las configuradas en la antigua y en la nueva codificación procesal penal. Asimismo, afectaría a cuanta ley especial en materia penal que desarrollase técnicas de esta naturaleza.

10° Sin embargo, una consecuencia de esta naturaleza desborda las propias reglas constitucionales. El artículo 8° de la Constitución regula la materia de un modo amplio estableciendo la



regla general de la publicidad de la actuación de los órganos del Estado. Justamente, los tribunales integrantes del Poder Judicial así como el Ministerio Público son parte de los órganos del Estado a los que abarca y regula esta norma. Por ende, el marco de la publicidad de sus actos, fundamentos y procedimiento les abarca en plenitud. No obstante, la Constitución dispone de una regla muy clara: “Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secretos de aquéllos (actos) o éstos (fundamentos), cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas (...)” (inciso segundo del artículo 8° de la Constitución).

11° En consecuencia, la hipótesis de la completa publicidad de los procedimientos penales como recepción de un estándar constitucionalmente exigible no tiene un reconocimiento en norma fundamental alguna y no puede deducirse de éstas. Resulta plausible perseverar en el alcance de la primera causal de reserva, esto es, que la “publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”. Nuestro tribunal ha sostenido que “la causal está compuesta de varios elementos. Primero, la expresión “afectare”, que apunta a que la publicidad impacte negativamente en las tareas del servicio, perjudicando o menoscabando su accionar. La fórmula constitucional no emplea las expresiones amenaza, privación o perturbación. Las comprende, pero es mucho más que eso. Segundo, la Constitución utiliza las expresiones “debido cumplimiento”. Con la primera de ellas resalta que la publicidad afecte las tareas propias del servicio definidas por el legislador. También apunta a resaltar el que el precepto no da cabida a un actuar ilícito del órgano respectivo. Debido es, entonces, equivalente a competencia. Es decir, conjunto de atribuciones o potestades que en una materia específica y en un territorio determinado, el legislador entrega a cargo del órgano correspondiente. En la expresión “cumplimiento” se resalta el que lo que se entorpece con la publicidad es el desarrollo, lo que lleva a efecto, el órgano correspondiente. Es decir, aquello que debe satisfacer por mandato del legislador. Finalmente, la Constitución emplea la expresión “funciones”. Es decir, lo que se debe afectar son los propósitos o finalidades que el legislador le encarga atender al respectivo órgano” (STC 2919, c. 15°).

12° Un procedimiento penal puede tener fases previas ajenas a la publicidad. Estas reservas deben orientarse a la satisfacción de las finalidades constitucionales por las cuales se han desarrollado procedimientos penales autorizados por la Constitución (artículo 63, numeral 3°, de la Constitución). Se deben referir a un actuar lícito en donde la reserva tiene por propósito la investigación de hechos que pueden ser punibles y respecto de los cuales el nivel de certeza



del mismo exige alguna indagación lógica que puede ser pública o con niveles de reserva razonable. Dentro de las fuentes que justifican estas finalidades no solo está la configuración de un imperio de potestades estatales sino que también pueden y deben fundarse en el respeto a los “derechos de las personas” (artículo 8, inciso segundo de la Constitución). Estos derechos abarcan aquellos que son susceptibles de ser amagados en un proceso penal. En tal sentido, esta expresión no es asimilable a los “derechos constitucionales” sino que están listados de un modo genérico incluyendo derechos de pura configuración legal en cuanto referidos próximos y cercanos al núcleo protegido de un derecho de las personas (STC 2907, c. 31° y 1990). Por ende, el secreto o reserva en el ámbito penal no va siempre en beneficio de quién promueve la investigación sino que protege a los intervinientes de los efectos dañosos que le puede acarrear su publicidad y se han arbitrado procedimientos para cautelar dicha reserva.

13° De este modo, no es posible concluir que esta sentencia incorpora un nuevo estándar a los procedimientos penales. Incluso, de un cierto modo lo reconoce la propia mayoría, aunque de un modo contradictorio a lo reprochado con anterioridad, puesto que desacredita la necesidad de un secreto “donde no se investiga “en los primeros momentos” tras la comisión de un ilícito, sino que hechos acontecidos en 1973 y 1974” (c.9° de la sentencia).

2.- El secreto del sumario dificulta el ejercicio de derechos pero no los impide

14° Admitida la legitimidad constitucional de preservar ciertas dimensiones reservadas de las investigaciones procesales penales, cabe especificar cómo se produciría la infracción constitucional alegada. En este caso, se trata de una investigación penal seguida más de 44 años después de los hechos. Tal situación debe ser puesta en contexto para el ejercicio de los derechos del requirente y también de las víctimas, respecto de las cuales no hay referencia alguna en la sentencia. Se trata de hechos calificados, genéricamente, como violaciones a los derechos humanos que han tenido un conjunto enorme de dificultades para su indagación, juzgamiento y sanción. No relataremos tales hechos ampliamente conocidos, salvo que no puede reprochárseles a las víctimas esa dilación. Aquí se cuestiona una de las características del sumario (el secreto) pero hay otras características que determinan un alcance prolongado de los mismos (sumario escrito, no contradictorio, sin plazos, sin tramitación ordenada y preparatorio y provisional para su examen en el plenario).



15° El secreto del sumario es un obstáculo objetivo para hacerse cargo de una defensa en plenitud de derechos pero no impide ejercer los derechos constitucionales que se le reconocen.

16° En nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales de naturaleza penal se enmarcan en un conjunto específico de posiciones subjetivas que vale la pena especificar. Primero, en cuanto al derecho a defensa jurídica, “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado” (inciso segundo, del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución).

La Constitución, como en la generalidad de los derechos fundamentales, no especifica un derecho absoluto y a todo evento. Si lo hiciera debería haber concedido los medios para disponerlo, cuestión que lo hace de un modo muy limitado para determinados intervinientes del proceso penal (“La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, (...)”). Ley de reforma constitucional N° 20.516 de 11 de julio de 2011).

La Constitución remite el derecho a defensa jurídica a un procedimiento formal determinado por el legislador. Hay formas para defenderse. No vale de cualquier forma ni por cualquier medio. Debe hacerse al interior de un procedimiento. Lo que la Constitución reconoce es la “debida intervención del letrado”, esto es, aquella que es coherente con el ejercicio de un racional y justo procedimiento dentro del debido proceso.

Tampoco reconoce la Constitución que sea un derecho subjetivo el contar con un abogado con antelación a todo acto procesal que se dirija en contra de una persona. Lo anterior, puesto que los derechos se garantizan al interior de un procedimiento que está reglado formalmente. El principio de legalidad penal opera aquí también como una garantía. Fuera del proceso no hay nada y, por lo mismo, no es posible reconocer un derecho subjetivo a una eventualidad que solo acontecería al interior de un procedimiento penal.

Si bien no es cuestionado en este procedimiento, el antiguo Código de Procedimiento Penal configura la posibilidad normativa del ejercicio del derecho a defensa (artículo 67 del CPP). A su turno, el artículo 278 del CPP reconoce que “el procesado es parte en el proceso penal y deben entenderse con él todas las diligencias del juicio. Su defensa es obligatoria”. Ya no solo es una posibilidad sino que una obligación desde su procesamiento. Y, en la práctica, este caso demuestra que no existe tal impedimento aún con anterioridad a todo acto procesal. Aún antes de dirigirse el procedimiento penal



en contra del requirente, éste cuenta con la garantía suficiente de defensa jurídica como consta a fs. 37 de este expediente.

17° Otro derecho constitucionalmente garantizado dice relación con el literal f), del numeral 7° del artículo 19 de la Ley Fundamental en cuanto “en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado específicamente sobre esta garantía en la Sentencia Rol 2381. En tal sentido, ha indicado dos cuestiones esenciales. Primero, el ámbito de aplicación. Siendo así las cosas, “el primer elemento que exige la aplicación de la letra f) del numeral 7° del artículo 19 es la existencia de un tipo especial de procedimiento: las causas criminales, esto es, aquellas que persiguen la responsabilidad penal generada por la posible comisión de un crimen o simple delito. El constituyente, sin duda, ha querido reconocer esta garantía en un procedimiento en particular y no como una garantía general de todo procedimiento, pues éstas se encuentran en el numeral 3° del artículo 19. Asimismo, su inclusión en el numeral 7° del artículo 19, que versa sobre la libertad personal y la seguridad individual, dirige su aplicación a la tutela de ambas garantías, que por regla general pueden verse afectadas como resultado de una causa criminal. La prohibición de autoincriminación beneficia, entonces, a quien encuentra amenazada su libertad personal o seguridad individual en el curso de una causa criminal” (STC 2381, c. 10°).

18° Lo anterior, es coherente con la vigencia de estándares internacionales en esta materia. De esta manera, “la existencia de los contenidos esenciales indicados se constata en dos instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico chileno. Así, la garantía de la no autoincriminación, reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la circunscribe a toda persona inculpada de delito (artículo 8°, sección 2) y la extiende a cualquier declaración contra sí mismo: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El tenor del artículo 8°, como también la historia de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratifican que esta garantía protege a personas cuya libertad puede verse amenazada por la persecución de un delito y no a cualquier tipo de personas, en cualquier tipo de procedimiento. La norma, además, no contiene una referencia a la obligación de declarar bajo juramento, pero sí una referencia a un contenido que puede tener incidencia contra el propio declarante y que no puede sino corresponder a hechos propios susceptibles de generar responsabilidad. Las mismas notas de la garantía de no



autoincriminación constan en el artículo 14.3, letra g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fija como titular de esta protección a toda persona acusada de un delito, la que tendrá derecho a la garantía mínima de no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. La esencia de la garantía en cuestión y que no podría ser desvirtuada por una construcción jurisprudencial que desarrolle el debido proceso es, entonces, la prohibición de forzar una declaración contra sí mismo en un procedimiento que amenaza la libertad de una persona que ha sido acusada de un delito” (STC 2381, c. 14°).

19° En línea con esta jurisprudencia, el requirente tiene la defensa jurídica de su elección y no tiene normas legales que lo impelen obligatoriamente a declarar en contra suyo dentro del procedimiento penal. El literal f), del numeral 7, del artículo 19 de la Constitución le garantizan su libertad personal y seguridad individual. De este modo, se resguarda una de las facetas del derecho a no autoincriminarse y respecto del cual el secreto del sumario no adquiere una función decisiva. Cuestión diferente son las estrategias de defensa, asunto ajeno a las competencias de este Tribunal.

20° Finalmente, tanto el requerimiento como la gestión subyacente reposan sobre la idea según la cual debe accederse al conocimiento del sumario, más que impugnar la institución del secreto del sumario en cuanto tal. Y, claro está, todo aquello es cuestión de mérito, que escapa a la competencia del Tribunal Constitucional y debe ser resuelto por los jueces de fondo, tanto en sus aspectos de hecho como de mera legalidad, especialmente si se atiende que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una acción constitucional declarativa y no un recurso, ni ordinario ni extraordinario, en contra de resoluciones judiciales.

3.- Los “frutos del sumario” pueden ser reafirmados o impugnados mediante un conjunto de procedimientos que el Código de Procedimiento Penal contempla

21° Entendemos por “frutos del sumario” el reproche del requirente en orden a que pruebas obtenidas con infracción de garantías sean la base para su posterior condena. Revisaremos el alcance de esta hipótesis.

22° El punto de partida de este cuestionamiento es que las actuaciones procesales desarrolladas bajo secreto serían todas contrarias a los derechos del requirente. Tal punto de partida es erróneo. Dentro de los argumentos para estimar la constitucionalidad de etapas secretas o reservadas en el procedimiento penal está la circunstancia de que tal reserva puede ser demandada como resultado de un deber de protección de los



“derechos de las personas”. Si una acusación penal en contra de una persona es infundada, su plena publicidad dañaría innecesariamente sus derechos afectando, no solo el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, sino que también el artículo 1° de la Constitución, en cuanto reconoce el principio de dignidad humana y la consiguiente inmunidad frente a imputaciones de hechos falsos. No todo secreto lo perjudica sino que también cumple una función de garantía.

23° Como se sostiene en el voto minoritario de la STC 3285, “a partir de la postrevolución francesa, se adoptaron formas mixtas de procedimiento penal, superando las debilidades y potenciando las fortalezas de ambos, siendo una de las más graves debilidades el carácter secreto del procedimiento inquisitivo. Dice FONTECILLA que [L]a Revolución Francesa transformó el procedimiento inquisitorio, que aún se mantenía en su forma más abominable, como lo hacía notar Beccaria, en el capítulo XIV de su libro *De los delitos y de las penas*, al combatir las acusaciones secretas. La Asamblea Constituyente ideó una forma nueva y dividió el proceso en dos fases: una secreta, que comprendía la instrucción, y otra pública, que comprendía la oral. Y esta forma cobró realidad legislativa en el *Code d’instruction criminelle* de 1808, y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificada, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de dos formas tradicionales.(Op. cit.p.43). Más adelante dicho autor comenta a CARRARA, según el cual [E]l concepto general de proceso mixto no está en la compenetración, de modo que surja un tercer método especial, no es mixto en sentido propio; es la reunión y la alteración de ambas viejas formas. La mezcla del moderno juicio penal está en hacer dos procesos distintos: uno es inquisitorio y el otro tiene ciertas características del acusatorio. Por lo cual, en este sistema, precisa distinguir los dos períodos que lo componen. (Op.cit.p.44). Y, en lo tocante al tema del secreto o publicidad, se dice que en la primera etapa hay absoluto secreto y, en el segundo período, al dictarse el decreto de envío (envío), [D]esde aquel momento nace la publicidad (Op. cit.p.45); **10°**. Que, las citas doctrinales del principal comentarista del CPoP chileno, ponen de manifiesto que la cuestión del secreto del sumario no es una de caso concreto sino de concepción del sistema procesal penal en su conjunto, globalmente considerado, y que debe encontrar solución legal dentro de éste. Ello, aun cuando el marco constitucional haya cambiado y los estándares garantistas se hayan elevado” (STC 3285, voto disidente, cc. 9° y 10°).

24° Continuando con ese argumento, “es dable hacer notar que el secreto del sumario es por definición transitorio y provisional. Es decir, no durará todo el proceso sino solo durante la

investigación (fase previa al juicio propiamente dicho), en tanto se mantengan las circunstancias que lo justifican. Lo que equivale a decir que no es necesario ni posible terminar con la institución del secreto del sumario en sí, sino que simplemente la parte interesada debe echar mano de las herramientas legales que el mismo CPoP contempla, las que se procesan ante el tribunal de la instancia. En efecto, ya el propio artículo 78 impugnado, alude a las excepciones legales al secreto del sumario, cuales son:

- i. El artículo 79 da derecho al procesado para que se le dé conocimiento específico de aquellas diligencias que se relacionen con cualquier derecho que trate de ejercitar, siempre que con ello no se entorpezca la investigación;
- ii. El artículo 80 da derecho al conocimiento del sumario, transcurrido cierto plazo de la investigación y, también, siempre que con ello no se entorpezca la misma (limitación legal aplicada en la especie);
- iii. El artículo 421, una vez cerrado el sumario, da derecho a las partes a solicitar su reapertura para que se practiquen todas las diligencias que se consideren omitidas, las que deberán mencionar expresamente en su solicitud. Luego de cumplidas éstas, se cerrará nuevamente el sumario y se elevará la causa a plenario (juicio público, controversial y acusatorio), si hay mérito para ello. (...) Como se puede observar, el asunto propuesto tiene claras soluciones legales alternativas, de manera que no es menester acudir a la inaplicabilidad, la cual por lo demás es subsidiaria. (STC 3285, voto disidente, cc.12 y 13).

25° La hipótesis de afectación del derecho a defensa a partir del sumario no la podemos conocer de un modo fehaciente puesto que la imputación sobre los “frutos envenenados” del sumario sólo son admisibles de ser calificados como tales en el marco de su sistema probatorio. La igualdad de armas tiene un correlato claro en el ámbito probatorio. En ese sentido, el TC ha señalado que el legislador “está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad”.



26° Es la indefensión resultante la guía para determinar la naturaleza de la vulneración constitucional. Hasta ahora, en este caso, no se ha producido tal infracción y los derechos constitucionales se mantienen inalterables. Tampoco resultará razonable que una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad devenga en un impedimento al aparato estatal que, en el ejercicio de su poder punitivo en delitos gravísimos, no tenga ni el más mínimo imperio para indagar a una persona imputada por otros testigos y víctimas en la comisión de un delito. La antigüedad de los hechos dificultará la investigación pero no hay fundamento constitucional para impedir que se realice tal indagación. Esa etapa previa, bajo estándares antiguos o nuevos, tiene una faceta secreta que es constitucionalmente legítima.

27° Adicionalmente, a esta minoría se le cuestiona haber acogido requerimientos en contra de la misma norma y por similares fundamentos en causas llevadas por la justicia militar en los siguientes términos: “cumple advertir que las STC roles N°s 2492 (considerando 20°) y 2902 (considerando 23°) objetaron -por esta misma razón- la constitucionalidad del Código de Justicia Militar, a pesar de que éste se encuentra expresamente reconocido por la propia Carta Fundamental (artículo 83, inciso final). Dado que tal Código castrense prescribe literalmente que “Serán aplicables al sumario [del proceso criminal] las reglas de los artículos 77 a 79 del Código de Procedimiento Penal” (artículo 129), los mencionados fallos hicieron suyos los reparos formulados a este respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arguyendo precisamente que “el proceso penal debe ser público”. Hacer allá una crítica al artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, sin repetirla análogamente acá, implicaría una inconsecuencia rayana en la comisión de una discriminación arbitraria” (c. 10° de la sentencia).

28° Cabe advertir que esta argumentación nada dice relación con el caso pero revela ausencia de pulcritud argumental, algo de pereza y una acusación gratuita de arbitrariedad. En la causa Rol 2492 la norma impugnada era el artículo 5° N° 3 del Código de Justicia Militar que hace parte de la competencia de los juzgados militares los delitos comunes cometidos por militares y en la causa Rol 2902 las normas impugnadas eran los numerales 1° y 3° del artículo 5° del Código de Justicia Militar. El primer asunto es un delito común cometido por Carabineros en contra de otro Carabiniere, víctima de una golpiza y malos tratos. El segundo caso, el de una abogada que estaba siendo investigada por el delito de maltrato de obra a Carabineros en sede de justicia militar. Son casos de ausencia de juez natural puesto que tanto por los bienes jurídicos involucrados como por la condición de la imputada, tales



casos eran susceptibles de ser enjuiciados por la justicia ordinaria. La determinación de la competencia permitía resolver en torno a cuál es la justicia aplicable. Por ende, no nos pronunciamos sobre el artículo 129 del Código de Justicia Militar porque no era una norma objetada. En consecuencia, no hay cómo estimar que en esas causas acogimos y aquí las rechazamos respecto de la misma norma. Eso es un error. Allá el artículo 5° N°s 1 y 3 del Código de Justicia Militar y acá el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. No hay cómo equivocarse.

En cambio, sí advertimos de que el proceso penal debe ser público a partir del estándar convencional de la Sentencia del Caso Palamara Iribarne, por razones obvias. No es admisible para personas ajenas a la judicatura castrense -como la abogada reseñada- que su enjuiciamiento se realice por reglas que no le alcanzan. Y parece adecuado referir en plenitud la sentencia 2492 puesto que se hace una omisión selectiva del argumento. Dice la sentencia: “En cuanto al derecho a un proceso público, el Párrafo 166 de la CIDH/N° 135/2005 nos indica que la Convención Americana, en el artículo 8.5, establece que [el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia]. En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/N° 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) de la CADH (Párrafo 171 de la CIDH/N° 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/N° 135/2005). (...) La evolución de estos estándares y su incorporación al ordenamiento interno es parte de una decisión del legislador.”(STC 2492, cc. 20° y 21°).

Por ende, venimos diciendo lo mismo, salvaguardando el derecho a un proceso y con admisión de reservas, según estándares convencionales y constitucionales. Y con un encargado de incorporar nuevos estándares: el legislador.

29° En consecuencia, estamos por el rechazo del requerimiento según los criterios anteriormente enunciados.

PREVENCIÓN



La Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previenen que concurren a la sentencia de autos, sin compartir lo razonado en sus considerandos 6° y 9°.

Redactó la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino; y la prevención, quienes la suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3681-17-INA

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus



Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en el ejercicio de su cargo.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.