

Santiago, dos de mayo de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

Con fecha 12 de octubre de 2017, Orlando Carter Cuadra, no indica profesión u oficio, domiciliado en Avenida Vitacura N° 3841, Vitacura, Santiago, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 193, 205, 318, 330, inciso primero, 334, 481 y 482, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria señor Mario Carroza Espinosa, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago por recursos de casación en la forma y apelación bajo el Rol N° 903-2017.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos legales impugnados es el que sigue:

**"Código de Procedimiento Penal**

(...)

**Art. 193.** (214) *El juez hará concurrir a su presencia y examinará por sí mismo a los testigos indicados en la denuncia, querrela o auto cabeza de procesos, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyendo datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente.*

**Art. 205.** (226) *Salvo los casos exceptuados por la ley, los testigos serán examinados separada y secretamente por el juez en presencia del secretario.*

**Art. 318.** (340) *El juez que instruye el sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos.*

**Art 330.-** *El inculpado o procesado podrá dictar por sí mismo su declaración bajo la dirección del juez. Si no lo hiciere, la dictará éste, procurando en lo posible emplear las mismas palabras de que aquél se hubiere valido.*

(...)

**Art. 334.** (356) *Si en declaraciones posteriores se contradice el inculpado con lo declarado anteriormente, o retractare lo que ya había confesado, se le interrogará sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación.*

**Art. 481.** (509) *La confesión del procesado podrá comprobar su participación en el delito, cuando reúna las condiciones siguientes:*

1a. *Que sea prestada ante el juez de la causa, considerándose tal no sólo a aquel cuya competencia no se hubiere puesto en duda, sino también al que instruya el sumario en los casos de los artículos 6° y 47;*

2a. *Que sea prestada libre y conscientemente;*

3a. Que el hecho confesado sea posible y aun verosímil atendidas las circunstancias y condiciones personales del procesado; y

4a. Que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes del aquél.

**Art. 482.** (510) Si el procesado confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosímilmente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del procesado y la exactitud de su exposición.”.

### **Síntesis de la gestión pendiente**

Indica el actor que la causa penal fue iniciada para la investigación de la muerte de Bautista Van Schouwen Vasey y Patricio Munita Castillo. Comenta que, ocurrida la muerte de los únicos dos acusados, Manuel Contreras Sepúlveda y Marcelo Moren Brito, la indagatoria llevada originalmente por la Justicia Militar, luego por el 4to Juzgado del Crimen de Santiago, posteriormente por los Ministros Juan Guzmán, Daniel Calvo, Joaquín Billard y, finalmente, por el Ministro Carroza, debió ser sobreseída total y definitivamente, pero, el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, accionó de denuncia en su contra, acompañando no sólo un expediente militar, sino que, comenta a fojas 2 “adicional y mañosamente”, un certificado de matrimonio celebrado entre el actor y la hija de Manuel Contreras, con la finalidad de establecer un parentesco de afinidad entre ambos, unión muy posterior a los hechos investigados en autos. En dicho mérito, con infracción procedimental, se resolvió abrir cuaderno separado, “sin perjuicio del estado de tramitación del proceso.”.

Así, refiere que fue citado a declarar ante la PDI en abril de 2015 sin acceso al sumario, sin ser advertido de su derecho a guardar silencio y sin presencia de letrado, lo que se repitió en junio del mismo año, esta vez, ante la judicatura penal pertinente, siendo sometido a proceso como autor de los homicidios de Bautista Van Schouwen y Patricio Munita, para luego ser acusado y condenado en abril de 2017 a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor de dichos crímenes, estableciéndose su participación punible a través de la confesión, prestada, refiere a fojas 3, en total ignorancia e indefensión, conforme se lee del fallo de estilo.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

Comenta que la preceptiva impugnada, de ser aplicada en la gestión pendiente, vulnera lo dispuesto en los artículos 1º, inciso primero; 5º, inciso segundo; 6º, 19, numerales 2º, 3º y 26º de la Constitución Política, junto a los artículos 1º, 2º,



8º, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 2º, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, no concediéndose privilegios ni imponiéndose obligaciones a unos que no benefician o gravan a otros que se encuentren en condiciones similares. Se trata de una exigencia dirigida al legislador, prohibiéndose establecer discriminaciones arbitrarias. Ello se vulnera en la especie. Comenta que la existencia de un tratamiento distinto con un proceso diferenciado en lo penal, ha conllevado a que a algunos se les reconozcan sus derechos garantizados por la Constitución y los cuerpos de derecho internacional y a otros no, concretamente, el debido proceso, el derecho a guardar silencio, el derecho a contar con un defensor letrado –especialmente al momento de declarar-, derecho a no ser condenado en mérito de su propia declaración y la presunción de inocencia.

Así, es vulnerada la igualdad ante la ley, contraviniéndose el núcleo esencial de la igual protección en el ejercicio de sus derechos, permitiendo la existencia de ciudadanos privilegiados respecto de otros que no lo son.

Luego argumenta en torno a la igualdad ante la justicia. Indica que ésta es consecuencia directa de la igualdad ante la ley, cuyo fin es atribuir a quienes deben recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus derechos iguales condiciones para el ejercicio de los mismos, prohibiéndose discriminaciones arbitrarias.

Añade que el marco regulatorio mínimo del proceso jurisdiccional para solucionar conflictos y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo es el debido proceso. Al entregar la Constitución el poder-deber al legislador para establecer las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, debe ajustarse su sustanciación a las garantías constitucionales y al contenido de los tratados internacionales ratificados por Chile. De no hacerlo, surge la inconstitucionalidad de la preceptiva en cuestión puesto que, comenta a fojas 11, “no puede afirmarse que existe un procedimiento racional y justo por el sólo hecho de ser legal el procedimiento”.

En la especie, indica que la labor desarrollada por el juez instructor transforma lo que en abstracto pretende ser una legítima herramienta investigativa, al pasar al caso concreto, en un mecanismo de indefensión y falta de imparcialidad del sentenciador, dado que quien conduce la declaración, dirigiendo el dictado e incluso estando facultado a realizarlo a nombre del interrogado, es la misma persona que procesa, acusa y condena, por lo que la herramienta es trastocada en la intencionalidad para la que fue concebida, permitiendo a quien preconiza la participación del declarante en un determinado ilícito, no sólo obtener información al tenor de su propia teoría del caso, permitiendo configurar un esquema de



preguntas que con facilidad pueda llevar al interrogado a dar respuestas guiadas a un contenido específico, cuestión de suyo compleja al no haber defensor letrado e, incluso, intervenir directamente en el contenido de la declaración, atentando así contra la preparación de una adecuada defensa, teniendo valor incluso si el declarante se niega a firmar, puesto que se autoriza una mención a dicho efecto.

Lo mismo ocurre respecto al derecho a guardar silencio, puesto que éste debe ser advertido en presencia de defensor letrado, para ser ejercido libremente para la realización de una defensa judicial efectiva. En el caso concreto, el actor anota que nadie le advirtió de este derecho: compareció ante la policía y el juez sin abogado y sin acceso al sumario, secreto para él.

Así, hace presente a fojas 13, que "el imputado está a disposición del accionar del juez instructor o de su actuario, que lo investiga y que por efecto de lo que se consigne, puede decidir condenarlo de manera preconcebida".

Agrega que, de confesar o reconocer un hecho el inculpado, pero agregando circunstancias que lo eximen de responsabilidad penal, el juez no las considerará si el mismo imputado no las prueba.

Exponiendo los hechos materia de la indagatoria, comenta a fojas 15, haber declarado que "en la madrugada del 14 de diciembre de 1973, en circunstancias que efectuaba patrullaje de control de toque de queda junto a un suboficial y dos soldados conscriptos, en América Vespucio Sur, 100 metros antes de llegar a la Rotonda Quilín, transitaban dos sujetos desde la Población Lo Hermida. Que requeridos no se detuvieron y corrieron, por lo que se efectuaron disparos al aire sin lograr dicho objetivo, razón por la cual, siguiendo el protocolo establecido en la época, dio la orden de disparar, resultando ambos fallecidos, quienes no portaban armas ni identidad. Así, se retiraron del lugar, y dio cuneta al Cuartel General del Comando de Institutos Militares, que era la Agrupación Este, en la concepción de seguridad interior de Santiago a esa fecha".

Dicho testimonio, prestado en absoluta ignorancia y sin la debida asesoría, fue suficiente para condenarlo como autor del homicidio de dos personas, que, indica a fojas 16, fueron detenidas, torturadas y sus cuerpos arrojados sin vida a la vía pública por terceros en un lugar cercano y fecha aproximada parecida a la del testimonio del actor.

De esta forma, argumenta que por la preceptiva que viene a ser reprochada en esta sede, decisiva en la resolución del caso, se ha producido un resultado contrario a la Carta Fundamental, dado que mal puede ser ejercido el derecho a la tutela judicial efectiva si es tomada la declaración indagatoria por hechos ocurridos hace más de 43 años sin la presencia de un abogado que asesore al inculpado.

Siguiendo lo razonado en la STC Rol N° 2.991, se tiene que el proceso que enfrenta entrega pocas garantías al imputado, encontrándose en evidente disconformidad con la Constitución y que, en definitiva, es aplicable sólo a unos pocos. Agrega que el llamado a los jueces a aplicar las garantías del nuevo sistema



procesal penal no ha sido oído por los jueces, por lo que es necesaria derechamente la inconstitucionalidad de la ya anotada preceptiva.

Añade que debe analizarse el artículo 19 N° 26° de la Constitución en armonía con lo dispuesto en su artículo 5°, inciso segundo, así como el artículo 1°, inciso cuarto y, a fojas 18, también, al artículo 19, N° 24°, inciso tercero, para comprender las barreras infranqueables ante todo intento de actuar arbitrariamente y que implique desconocer o menoscabar la vigencia de las libertades y derechos que el ordenamiento reconoce a las personas. Indica que la jurisprudencia de esta Magistratura ha reconocido la facultad del juez constitucional para proteger los derechos amparados en cuerpos de derecho internacional sobre derechos humanos que, en la especie, consagran el derecho a un debido proceso que cuente con garantías mínimas como asistencia letrada durante el proceso, sin distinción.

Por ello, el derecho a guardar silencio, a contar con abogado en todo momento, a presumirse su inocencia y a ser juzgado por tribunal imparcial, son garantías inequívocas del derecho a un justo y racional procedimiento, contravenidas en el caso concreto dada la aplicación de las normas impugnadas.

#### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 30 de octubre de 2017, a fojas 89, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 4 de diciembre de 2017, resolución rolante a fojas 203.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, se hacen parte la querellante Unidad-Programa de Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Derechos Humanos y las querellantes doña Ema Francisca Castillo Baeza, don Pablo Bautista Van Shouwen Enríquez, y los demandantes civiles doña Lucía Ema, doña Isabel Margarita y don Jorge Eduardo del Carmen, todos Munita Castillo.

#### **Presentaciones de las querellantes y demandantes civiles en la gestión pendiente**

Solicitan que la presentación de fojas 1 sea desestimada en todas sus partes. Refieren que el actor funda su libelo en presupuestos fácticos incorrectos. La declaración de culpabilidad de Orlando Carter Cuadra y la participación criminal que le correspondió en el crimen perpetrado en las víctimas Bautista van Schouwen y Patricio Munita, se ha establecido por diversos medios de prueba, no fundándose en su mera confesión, conforme lo ha señalado.



Indican que el señor van Schouwen fue ampliamente buscado a partir del día 11 de septiembre de 1973, incluyéndose una recompensa en dinero por su captura, por lo que su detención junto al señor Munita fue ampliamente documentada, así como sus torturas por parte de agentes de la DINA. Por ello, estimar, conforme alega el actor, que las víctimas iban caminando libres en diciembre de 1973 y casualmente se encontraron con la patrulla dirigida por él, no tiene mayor sentido.

Por el contrario, la sentencia de primera instancia del Ministro señor Carroza estableció en su considerando tercero la forma de ocurrencia de los hechos, agregando en el considerando sexto los medios de prueba reunidos para formarse la convicción de participación del condenado en los ya anotados crímenes. Así, transcriben que, conforme lo razonado por el sentenciador, las víctimas resultaron muertas a consecuencia de múltiples heridas a bala recibidas por la espalda, que les ocasionaron efectivos militares comandados por el Teniente Orlando Carter Cuadra, quien habría reconocido comandar dicha patrulla militar, siendo ubicado por uno de los soldados conscriptos disparando su arma conjuntamente con otro suboficial.

Así, la confesión fue confirmada con las declaraciones de otros integrantes de la patrulla militar, contestes todos en el hecho de haber sido el requirente de estos autos su jefe, quien da orden de abatir a las víctimas, sin intención alguna de detenerlas o impedir que huyeran, sino que, más bien, "darlos de baja". Por ello, refieren que el supuesto alegado por la parte requirente no es efectivo, fallando en algo esencial, esto es, que la imputación y participación es establecida con más antecedentes que su propia confesión.

En lo concerniente a las alegaciones constitucionales, las partes requeridas comentan que la acción incoada no cumple con el estándar necesario, en tanto no explica la forma en que se produce la contravención a la Constitución.

De la preceptiva impugnada, dos normas, los artículos 193 y 205 del Código de Procedimiento Penal, no son aplicables en la gestión pendiente, puesto que se refieren a los testigos y no a los inculpados, calidad procesal de Orlando Carter Cuadra. A su turno, respecto de los artículos 318, 330, inciso primero, 334 y 482, el requirente no ha explicado donde recibieron aplicación, limitándose a indicar los alcances de estas normas. Incluso, éstas también ya recibieron aplicación en la fase de sumario, por lo que no resulta procedente su discusión en el plenario, ni mucho menos ya ante la Corte de Apelaciones de Santiago en competencia de casación y apelación.

Unido a lo anterior, señalan que la defensa del actor da a entender que su crítica está enfocada en el sistema procesal penal vigente en la época de ocurrencia de los hechos, por lo que su reproche es abstracto y no concreto. La disposición Octava Transitoria de la Constitución no puede ser inconstitucional, cuestión refrendada por esta Magistratura en su jurisprudencia, en que se ha establecido la conformidad con la Carta Fundamental de dos sistemas procesales.



Finalmente, indican a fojas 277, que es conforme con la Constitución el juzgamiento de casos de graves violaciones a los derechos humanos. Los homicidios calificados de Bautista van Schouwen y Patricio Munita son crímenes contra la humanidad, por lo que su juzgamiento y sanción es un mandato internacional derivado no sólo del derecho internacional convencional, sino que, también, del *ius cogens*, derecho internacional imperativo, dado el mandato que se funda en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

Con fecha 23 de agosto de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, la abogada doña Yasna Bentjerodt Poseck; por la parte querellante Unidad-Programa de Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Derechos Humanos, el abogado don Javier Contreras Olivares; por la parte querellante de doña Ema Francisca Castillo Baeza, don Pablo Bautista Van Shouwen Enríquez, y de los demandantes civiles doña Lucía Ema, doña Isabel Margarita y don Jorge Eduardo del Carmen, todos Munita Castillo, el abogado don Francisco Ugás Tapia, adoptándose acuerdo con fecha 25 de septiembre del mismo año, conforme certificó el relator de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

#### **PRIMER CAPÍTULO**

#### **IMPUGNACIÓN A LOS ARTÍCULOS 193; 205; 318; 330, INCISO PRIMERO Y 3234, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

#### **A. CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO**

**PRIMERO:** El requirente solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad de siete preceptos legales abarcando a los artículos 193, 205, 318, 330 inciso primero, 334, 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, en el proceso penal sustanciado por el Ministro en Visita Extraordinario Mario Carroza Espinosa, bajo el Rol N° 903-2017, causa que se encuentra con recursos de casación en la forma y de apelación pendientes de vista y fallo en la Corte de Apelaciones de Santiago. El requirente está acusado como autor de los delitos de homicidio calificado de Bautista Van Schouwen Vasey y Patricio Munita Castillo (fs. 24 del expediente).

**SEGUNDO:** En su escrito plantea que el conflicto constitucional denunciado implicaría vulneraciones a los artículos 1º, inciso primero, 5º, inciso segundo, 6º, 7º<sup>1</sup> y

<sup>1</sup> Se trata de una impugnación que no desarrolla y que no aparece en el cuerpo del escrito del requerimiento para sólo reprocharlo como vulnerado en la parte petitoria. Cumplimos con indicarlo pero no es posible hacerse cargo de una infracción no explicada.



19, numerales 2º, 3º incisos primero, segundo, quinto y sexto, y 26º de la Constitución así como con los siguientes preceptos convencionales: artículos 1º, 2º, 8º, 24º y 25º del Pacto de San José a partir de ahora CADH; los artículos 2º, 14º y 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a partir de ahora PDCyP, los artículos 10º y 11º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

**TERCERO:** Las imputaciones específicas se refieren a los efectos de estos siete artículos del Código de Procedimiento Penal en cuanto configurarían las siguientes infracciones.

En un primer grupo impugna los artículos 318, 330, inciso primero y 334, porque establecen que las declaraciones pueden hacerse bajo la dirección del juez. En un segundo grupo impugna los artículos 193 y 205, porque establecen que las declaraciones de testigos serán tomadas de manera secreta y separadamente. En un tercer grupo impugna los artículos 481 y 482 porque invierten el onus probandi, vulnerando el principio de presunción de inocencia. A su juicio, la sentencia condenatoria se sustenta únicamente en su supuesta confesión, efectuada sin presencia de abogado defensor y bajo secreto de sumario.

## II. Cuestiones sobre las cuales no se pronunciará esta sentencia

**CUARTO:** A esta Magistratura no le compete establecer orientaciones sobre la investigación judicial en que se funda la gestión pendiente. Tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos, ni de sustitución de las estrategias procesales penales de las partes ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento.

## III. Cuestiones previas al proceso penal

**QUINTO:** Desarrollaremos algunos criterios previos como una base a partir de la cual los derechos fundamentales de naturaleza penal, presentes en la Constitución, reformulan el modo concreto en que acontece la práctica de los procedimientos penales autorizados por la Constitución. Por lo mismo, desplegaremos argumentos a partir del derecho a defensa jurídica en la Constitución, la interdicción de apremios ilegítimos y el derecho a no autoincriminación como cuestiones previas. Estas cuestiones ya han sido explicadas en variadas sentencias de rechazo de requerimientos en causas de similar entidad y a diversos artículos del Código de Procedimiento Penal según se puede verificar en las sentencias Roles 3649, 3669, 3699, 3996, 4210, 4256, 4390, 4512 y 4627, entre otros pronunciamientos de esta Magistratura.

## 1. El derecho a defensa jurídica en la Constitución

**SEXTO:** En nuestro ordenamiento constitucional los derechos fundamentales de naturaleza penal se enmarcan en un conjunto específico de posiciones subjetivas que especificaremos. 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 3º del artículo 19 de la Constitución).

La Constitución, como en la generalidad de los derechos fundamentales, no reconoce un derecho absoluto y a todo evento. Si así 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).

**SÉPTIMO:** El derecho a defensa jurídica en la Constitución identifica un titular beneficiario del derecho y un ámbito constitucionalmente protegido en una perspectiva positiva y otra negativa. Positivamente, garantiza la asesoría jurídica requerida por la persona y negativamente lo protege contra intromisiones indebidas en esa asesoría. Y, finalmente, estas posiciones subjetivas se formalizan dentro de un procedimiento debido. Por ello, la injerencia, perturbación o restricción deben ser indebidas. La Constitución remite el derecho a defensa jurídica a un procedimiento formal determinado por el legislador. Así como hay formas válidas para acusar, inculpar y probar, también hay formas para defenderse. No vale de cualquier forma ni por cualquier medio ni en cualquier momento u oportunidad procesal. 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.

**OCTAVO:** 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 requerimiento, el antiguo Código de Procedimiento Penal configura la posibilidad normativa del ejercicio del derecho a defensa (artículo 67 del CPP) desde que una persona sea inculpado, sea o no querrellado.

**NOVENO.-** En el Derecho Procesal Penal no hay márgenes previos o fuera del procedimiento que puedan ser incluidos dentro del mismo con afectación de los derechos fundamentales. Incluso en las etapas previas la Constitución protege dos momentos claves respecto de las fases previas a un debido proceso penal el que, de acuerdo con el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto de la Constitución abarca a su

"investigación". Esas reglas están el artículo 19, N° 1, inciso final y en el artículo 19, numeral 7° literal f) de la Constitución.

**DÉCIMO.-** Por un lado, se establece la "prohibición de aplicación de todo apremio ilegítimo" (inciso cuarto del artículo 19, numeral 1°, de la Constitución). Esta regla tiene dos componentes. Por una parte, es un mandato al legislador en cuanto se le impide establecer apremios "ilegítimos". Los alcances relativos a la naturaleza de los apremios son muy amplios. Para efectos penales, abarca tanto a las penas mismas como a los medios procesales de imposición. Ello ha llevado a la doctrina a entender que no es posible para el legislador imponer penas crueles, inhumanas o degradantes y respecto de los medios la imposibilidad de aplicar la tortura siendo uno de sus mecanismos procesales más eficaces la imposibilidad de sortear procedimientos mediante prueba ilícita.

Sin embargo, también hay un mandato de "prohibición de aplicación". En tal sentido, dirige su acción sobre aquellos que están en posición de aplicar los apremios legítimos. En el ámbito penal, todos los que en la fase de investigación como de procesamiento, deben comportarse de un modo racional y justo en sus procedimientos. Por ende, cuestiones tales como interrogatorios excedidos en el tiempo de un modo tal que la libertad de parte de las declaraciones no sean fruto de la autonomía decisoria de las personas. Asimismo, las interpelaciones que imponen una sujeción a una coacción desmedida se inscriben dentro del mandato de su prohibición de aplicación. La "ilegitimidad" del medio de apremio puede estar presente en la norma pero a veces es solo el resultado de su aplicación. Hacemos presente esta constatación en cuanto la competencia del Tribunal Constitucional solo se limita a la dimensión puramente normativa pero sin dejar de hacer presente la dimensión aplicativa del derecho. El reproche fáctico depende de esa aplicación y si la parte lo sustrae de una impugnación mediante recursos idóneos que posee, importará, habitualmente, la validación de la norma y de su modo de aplicación concreto que tuvo en el procedimiento penal.

## 2. El derecho a la no autoincriminación

**DECIMOPRIMERO.- Norma constitucional:** El artículo 19, numeral 7°, literal f) dispone que "en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio (...)".

Parte del alcance de este derecho fundamental ha sido reconocido por esta Magistratura en la STC 2381. Sin embargo, por la naturaleza del conflicto planteado en ese caso, relativo a la extensión de esta garantía a personas jurídicas sometidas a la legislación de libre competencia, resulta pertinente precisar que toda la perspectiva penal de esta materia aún no ha sido integralmente interpretada por nuestra jurisprudencia en sus casos naturales del ámbito penal.

**DECIMOSEGUNDO.- Fundamento del derecho de no autoincriminación.** Este precepto constitucional se basa en el derecho a defensa y es una de las

expresiones de la presunción de inocencia. Esta presunción cautela dos reglas y una consecuencia. Las reglas son que toda persona se reputa inocente hasta que sea declarada legalmente culpable. Por ende, de esta regla finalista se deduce una nueva pauta de comportamiento durante todo el proceso: que el imputado debe recibir un trato de inocente. Y, finalmente, de estas dos reglas se deriva una consecuencia: la carga de probar la culpabilidad reside en los que sostienen la acción penal, de un modo habitual y genérico, el Estado.

Porque todas las personas deben ser reputadas como inocentes y porque los términos en que se manifiestan las declaraciones al interior de un proceso penal, no siendo siempre inteligibles para sus participantes, exigen como garantía constitucional que se reconozca su derecho a que no pueden ser obligados a declarar sobre hecho propio.

Esta posición desde la cual parte el imputado en el proceso penal lo lleva a ser considerado "desde la Constitución" como un sujeto de derechos y no como "un objeto del proceso penal", lo que vale por igual para todos los procedimientos penales vigentes en Chile.

**DECIMOTERCERO.- Los obligados por el derecho de no autoincriminación.** La Constitución indica que "no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio". ¿A quién va dirigido este mandato?

Es un mandato doble: al legislador y al aplicador. Por una parte, existe un mandato prohibitivo al legislador en orden a no poder coaccionar las confesiones de un imputado o acusado de un delito. Otra cuestión diversa es la existencia de incentivos o atenuantes que motiven una mayor colaboración con la investigación (propias del Código Penal) o una celeridad en la auto-denuncia (habilitadas en áreas como el medio ambiente o la libre competencia).

El aplicador de la norma, habitualmente el juez, también tiene mecanismos de coacción posibles a objeto de "obtener" una declaración inculpatória. Este riesgo se incrementa en los procedimientos inquisitivos más que en los acusatorios pero está presente en ambos tipos de procesos. Sin embargo, para ambos procedimientos admitidos por nuestra Constitución (artículo 83 y 8° transitorio de la Constitución) rige la interdicción de conductas atentatorias en contra de la prohibición de autoincriminación.

**DECIMOCUARTO.- El alcance del derecho de no autoincriminación.** ¿Qué conductas abarca esta disposición?

Si una persona es imputada de un delito o es investigada bajo esa categoría esta nueva situación subjetiva la pone de cara a enfrentar esta dificultad. Para ello, habrán momentos de duda o incertidumbre y la actitud pasiva o el silencio pueden representar una etapa de protección derivada de la cautela de quién enfrenta un proceso penal. Sin embargo, el derecho a la no autoincriminación no puede

identificarse con el silencio, puesto que las alternativas que cubre esta garantía abarca muchos más comportamientos según lo pasamos a describir:

- a) Derecho a guardar silencio.
- b) Derecho a desarrollar una declaración no autoinculpatoria o derecho a no declarar en contra de sí mismo.
- c) Derecho a declarar pero sin la coacción del juramento.

Estas modalidades de actuación del imputado pueden tener diversos móviles, ser el resultado de una mera inacción o ser el juicio reflexivo que importa un diseño estratégico de defensa. También hay que tener claro que los procesos penales no son unilaterales y la persecución penal puede modificar estas estrategias ya que la carga de la prueba reside en quien quiere culpar.

**DECIMOQUINTO.- Consecuencias del derecho a la no autoincriminación.** Tiene variadísimas consecuencias que pasamos a precisar dependiendo de las estrategias de defensa que adopte el imputado y de cómo se va desarrollando el proceso.

Primero, que ni el legislador ni el aplicador del derecho pueden obtener de un modo directo ni indirecto procedimientos, métodos o técnicas conducentes a la obtención de una declaración inculpatoria.

Segundo, que el silencio no es prueba ni confesión autosuficiente de nada.

Tercero, que ningún imputado puede ser condenado sin haber tenido oportunidad de ejercer su derecho a ser oído, en el entendido de desplegar una estrategia de defensa, incluyendo su derecho a guardar silencio, con lo cual es legítimo que un juez solicite una declaración indagatoria.

Cuarto, que rige la máxima de que no debe demostrar su inocencia el imputado.

Quinto, que estas estrategias de defensa pueden ser modificadas puesto que prima el derecho a defensa del imputado el que puede optar por otras vías más activas, habida cuenta la naturaleza de las pruebas de cargo en su contra en el contexto de la bilateralidad de la audiencia inherente a un proceso penal.

Por todo esto, no puede identificarse el derecho de no autoincriminación con el "derecho a guardar silencio" siendo su alcance más amplio al estar subordinado al derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

#### **IV. Criterios comunes de rechazo del requerimiento**

**DECIMOSEXTO:** Desarrollaremos estos criterios como un mínimo común denominador, asociando los mismos a los preceptos legales que se estimaban inconstitucionales por parte del requirente.

## 1. El procedimiento penal contempla mecanismos para desvirtuar los vicios procesales

**DECIMOSÉPTIMO:** Los preceptos legales reprochados se refieren al procedimiento penal antiguo, el que se divide en etapas de sumario y plenario. Una parte de las normas cuestionadas se refieren a la etapa del sumario impugnadas por el requirente por carecer de contradicción (con la salvedad de los artículos 481 y 482), contenida en el Libro II del Código de Procedimiento Penal, que a partir del artículo 76 del mismo 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 (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, pp. 135-142).

Concluidas las diligencias ordenadas por el juez instructor, éste declara cerrado el sumario (artículo 401 del CPP), 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 principales características son las siguientes aparte de que es contradictorio: 1) Es público; 2) Tiene tramitación ordenada, y 3) Es escrito" (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Ediciones Encina, Santiago, p. 11).

**DECIMOCTAVO:** 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, Nº 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 3º, inciso sexto, de la Constitución Política. Unido a lo anterior, el orden consecutivo legal apunta a la prontitud del juzgamiento, cuestión hermana con la exigencia de la tutela judicial efectiva" (STC 4704/2018, c. 14º).

**DECIMONOVENO:** 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 (Chioventa, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v.III, [trad. Gómez Orbaneja], Madrid, 1936, pp. 276-77)" (STC 4704/2018, c.15°).

**VIGÉSIMO:** "En los procedimientos escritos lo anterior cobra suma relevancia. En estos prima la dispersión de los actos en fases o tiempos. Según ha desarrollado la doctrina procesal, cada acto del proceso viene a constituir a una sub-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°).

**VIGESIMOPRIMERO:** "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 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°).

**VIGESIMOSEGUNDO:** 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.

## 2. Sobre las impugnaciones por vulneración a la cosa juzgada

**VIGESIMOTERCERO:** El reproche que hace el requirente a fs. 2 y 15 y la referencia expresa a los artículos 77, 401 y 418 del Código de Procedimiento Penal llevan a un pronunciamiento lateral sobre el dilema de la cosa juzgada.

En tal sentido, el requirente está consciente que se trata de cuestiones de mera legalidad, puesto que estima infringidos esos preceptos legales. No obstante, en ese supuesto subyace la idea de que el juez sobrepasó determinaciones basadas

en autoridad de cosa juzgada. Esto es, que pese a que había sobreseído definitivamente la causa por muerte de los dos únicos inculpados, procedió a la reapertura del sumario. Este dilema se enmarca dentro de las reglas relativas a la corrección del procedimiento y a la preclusión, según ya lo identificamos largamente.

**VIGESIMOCUARTO:** En estos preceptos legales indicados como infringidos el requirente no explica la vinculación que tienen estos preceptos legales con el desconocimiento de la cosa juzgada emanada de sentencias. Sin embargo, la naturaleza de la discusión jurídica reside en el hecho de que el Ministro Instructor decidió someterlo a proceso a pesar del sobreseimiento, por estimar que el delito que se le acusa al requirente es imprescriptible al tratarse de un delito de lesa humanidad. En tal sentido, los preceptos aludidos no se relacionan con tal interpretación.

**VIGESIMOQUINTO:** Adicionalmente, aun cuando se sostuviera que el dilema planteado no es de imprescriptibilidad de estos delitos, el supuesto constitucional existente detrás de la cosa juzgada es el hecho de que habría una especie singularísima de non bis in ídem de los hechos puesto que el caso ya estaría resuelto y ahora se estaría juzgando por segunda vez los mismos sucesos.

Cabe, en este punto, traer a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en orden a recordar la "cosa juzgada fraudulenta" que se produce bajo determinadas condiciones en casos de violaciones a los derechos humanos.

Por lo mismo, en la Sentencia Almonacida Arellano vs. Chile reproduce la doctrina que venía emanada del Caso Carpio Nicolle y otros, en donde reitera que "esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem". (Sentencia Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 154).

### **3. Sobre diversas infracciones al debido proceso en relación con declaraciones de testigos y del imputado**

**VIGESIMOSEXTO:** En este caso, cuestiona siete artículos del CPP. Resume las infracciones al debido proceso en el entendido que este procedimiento penal tiene escasas garantías para el imputado, es disconforme con la Constitución, es aplicable a unas pocas personas y el imputado no tiene derecho a defensa letrada, en una causa que se sigue en estado de sumario, sin advertírsele sobre su derecho a

guardar silencio, condenándolo bajo el mérito de su declaración y vulnerando la presunción de inocencia (fs. 17 del expediente Rol 3948).

Nos haremos cargo por segmento de cada una de los reproches. Sin embargo, respecto de los preceptos legales recién cuestionados hay un doble ejercicio contradictorio. Por una parte, ofrece como modelo o parámetro de constitucionalidad el Código Procesal Penal y, por otro lado, no ofrece una perspectiva de cómo se regulan las mismas materias reprochadas en este Código modelo.

Por una parte, hay que recordar que el Código Procesal penal no es parámetro de constitucionalidad en materias procesales. No puede estimarse bajo esa condición a reglas puramente legales, máxime si no tuvo un control preventivo de constitucionalidad y el propio Tribunal Constitucional ha declarado inaplicable alguno de sus preceptos.

**VIGESIMOSÉPTIMO:** El estándar alegado ante esta Magistratura consiste en la vulneración de derechos fundamentales, en este caso, a reglas del debido proceso. No obstante, a veces el derecho vulnerado no está suficientemente especificado por el requirente puesto que está referido a la ausencia de una tutela judicial efectiva o de derecho a defensa (por ejemplo, por el dilema de la asistencia jurídica o en el caso de un derecho a un juez imparcial) y en otros, los preceptos legales reprochados contienen una ausencia o deficiencia argumentativa acerca de cómo producirían circunstanciadamente tales graves infracciones constitucionales. Tal falta de argumentación resulta un antecedente indiciario de la falta de razonabilidad del reproche, cuestión que veremos, caso a caso, en el examen de algunas normas que se impugnaron.

Sin embargo, cabe aislar el debate sobre la prueba de confesión que, bajo la estimación general de esta sentencia, exige una profundización mayor.

**VIGESIMOCTAVO:** El requirente impugna un conjunto amplio de artículos relativos a declaraciones de testigos, aludiendo a que en estos preceptos legales, esencialmente, se vulnera su derecho a tutela judicial efectiva.

En tal sentido pone particular énfasis en el hecho de que "el juez hará concurrir a su presencia y examinará por sí mismo a los testigos indicados en la denuncia, querrela o auto cabeza de procesos, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyendo datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente" (artículo 193 del Código de Procedimiento Penal). Asimismo, nos indica que tales riesgos se acrecientan porque "salvo los casos exceptuados por la ley, los testigos serán examinados separada (y secretamente) por el juez en presencia del secretario" (artículo 205 del Código de Procedimiento Penal). Despejado el hecho relativo a la imparcialidad del juez, no resulta claro cuál es el reproche que le impida a un juez avanzar con la declaración de testigos en un proceso penal.

**VIGESIMONOVENO:** Estas impugnaciones a estos preceptos legales adolecen de algunas serias dificultades de fundamentos que impiden entender su consagración normativa como vulneraciones constitucionales. Por una parte, porque aluden a declaraciones de testigos las que son coherentes con un modelo constitucional que exige que el juez deba "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 extingan o atenúen" (artículo 109 del Código de Procedimiento Penal).

Como dice un autor, "bajo el epígrafe que antecede da el Código diversas reglas de carácter reglamentario que tienden a orientar al juez en la investigación de ciertos delitos, reglas casi todas que no son más que la repetición detallada de un principio de carácter general que preside su actividad, principio ya enunciado por nosotros en los siguientes términos: *el juez debe investigarlo todo*" (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, p. 183).

En segundo lugar, porque la impugnación de estas normas podrían tener dos modalidades de aplicación. Por un lado, impugnando todo tipo de declaraciones de testigos con lo cual se anularía uno de los objetivos del proceso penal en la investigación de los hechos punibles y la comprobación de la persona de los delincuentes. Y si adoptamos el otro criterio, esto es, que se impugnen únicamente las declaraciones de los testigos de cargo sobre el inculpado, estaríamos cuestionando solamente determinadas resoluciones judiciales y no solicitando la inaplicabilidad de un precepto legal.

En tercer lugar, porque estas declaraciones adoptadas en el sumario no son inmutables bajo ningún aspecto. La prueba testimonial puede rendirse en el plenario y hay todo un régimen legal de estimación del valor de la misma, ratificando el carácter esencialmente provisorio del sumario. En consecuencia, estas disposiciones impugnadas no pueden ser estimadas inconstitucionales puesto que de serlo afectarían a la propia sociedad interesada en la investigación de los hechos punibles y en la indagación de la persona del delincuente como objetivos constitucionales legítimos. El estándar exigido por el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto de la Constitución, es que el procedimiento penal cuente con las garantías de una justa y racional investigación la que se obtiene otorgando los medios para indagar los delitos y no para impedirlo. Todo lo anterior, sin comprometer los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso.

Un juez desprovisto de facultades de inspección personal o de atribuciones para tomar declaraciones, es un juez que carecería de las competencias que la propia Constitución le encarga para realizar su tarea de "conocer de las causas civiles y criminales" (Artículo 76 de la Constitución).

**TRIGÉSIMO:** Agruparemos los cuestionamientos a las declaraciones del imputado.

El artículo 318 del Código de Procedimiento Penal cuestionado dispone que *"[e]l juez que instruye el sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos."*

El artículo 330, en su inciso primero, mandata que *"el inculpado o procesado podrá dictar por sí mismo su declaración bajo la dirección del juez. Si no lo hiciere, la dictará éste, procurando en lo posible emplear las mismas palabras de que aquél se hubiere valido"*.

Asimismo, en esta sección de impugnación de declaraciones del imputado, el artículo 334 sostiene que *"si en declaraciones posteriores se contradice el inculpado con lo declarado anteriormente, o retractare lo que ya había confesado, se le interrogará sobre el móvil de sus contradicciones y sobre las causas"*.

**TRIGESIMOPRIMERO:** La descripción de estos preceptos cuestionados (artículos 318, 330, inciso primero y 334) sobre declaraciones del inculpado sin una articulación pormenorizada del reproche exige de este sentenciador una hipotética explicación.

De estas alusiones cabe hacerse cargo en el marco de las disposiciones normativas. Se trata de normas que no podemos interpretarla aisladamente.

Estas reglas determinan la libertad indagatoria del juez, lo que se corresponde con la naturaleza del procedimiento y con una garantía para el inculpado. Esto es, que resulta racional y justo que se investigue, mediante declaraciones indagatorias, todo lo que tenga por objeto determinar la comisión de un hecho que resulte punible y, por consiguiente, la identificación de la persona responsable.

Estas declaraciones se dan en un contexto normativo que ofrece el propio Código y que ha sido omitido, lo que nos lleva a replantear la interpretación integral del mismo. Por una parte, está el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal que establece el modo en que deben quedar recogidas las relaciones y respuestas orales que dé el inculpado en el marco de sus declaraciones judiciales. Sin perjuicio de la oralidad, podrá *"permitirle que redacte a su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que consulte, también a su presencia, apuntes o notas"*. Este precepto está configurado como una regla que está a favor de la verdad del proceso. En segundo lugar, así como el juez tiene derecho a indagar con igual celo la naturaleza de un hecho punible y su participación, del mismo modo, *"es derecho del imputado libre presentarse ante el juez a declarar, en su ejercicio; nadie podrá impedirle el acceso al tribunal"* (artículo 318 bis del CPP). Además, en el marco de sus declaraciones éstas no se reciben *"bajo juramento"* (artículo 320 del CPP), respetando uno de los requisitos del artículo 19, numeral 7º, literal f) de la Constitución. Debe informársele de los *"motivos de su detención"* (artículo 321 del CPP). Las declaraciones no pueden ser objeto de ningún tipo de *"promesas, coacción o amenazas"* (artículo 323 del CPP). Puede rehusarse a contestar lo que no paraliza el proceso sino que *"puede producir el resultado de privarle de alguno de sus medios de*

defensa" (artículo 327 del CPP). Además, "puede dictar por sí mismo su declaración" (artículo 330 del CPP), se puede ampliar, grabar, etc. Puede negarse a firmar su declaración (artículo 331 del CPP). La indagatoria no puede ser prolongarse excesivamente y debe concedérsele descanso prudente (artículo 333 del CPP). Además, tiene derecho a realizar cuántas declaraciones estime convenientes (artículo 336 del CPP).

**TRIGESIMOSEGUNDO:** En cuanto a lo dispuesto por el inciso primero del artículo 330 impugnado, igualmente cabe desestimarlos. En primer lugar, el mandato normativo nos indica que en el contexto de un proceso penal el dueño de las declaraciones es el propio inculpado. La función judicial es accesoria y solo aparece frente al impedimento de que el inculpado las dicte.

En segundo lugar, el propio artículo 330 cuestionado en otros incisos nos indica el derecho del inculpado de leer en voz alta la declaración (inciso segundo); de corregirla (inciso segundo); de garantías de secreto en la reproducción (inciso cuarto); de grabación (inciso quinto) y, por supuesto, "de ampliar o de aclarar sus dicho de inmediato" (inciso quinto). En consecuencia, no se estima que configure una regla favorable ni menos desfavorable. Es simplemente un medio de garantía que le permite al inculpado precisar hechos complejos. Por ende, el inciso primero del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal se ajusta a los parámetros de racionalidad y justicia que exige el debido proceso en una investigación penal.

**TRIGESIMOTERCERO:** En relación con el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, en contraposición a lo impugnado parece lógico que advertida las contradicciones en una declaración se proceda a indagar el móvil o causa de dicho cambio (artículo 334 del Código de Procedimiento Penal). No sólo es lógico sino que obedece a un imperativo judicial.

En consecuencia, hay en esa investigación penal una necesidad del juez de arribar a una especificación de hechos coherente. Lo anterior, obliga a una pauta de pertinencia de las pruebas de un modo tal que debe derivarse en la especificación de los hechos pertinentes y controvertidos (artículos 465 y 466 del Código de Procedimiento Penal y López, ídem, T.II, p. 50). Detrás de esta descripción hay garantías constitucionales implícitas del debido proceso: principio de congruencia penal y derecho a contrainterrogar testigos, los que hacen parte del derecho a una investigación racional y justa, concordante con el inciso sexto, del numeral 3º, del artículo 19 de la Constitución.

**TRIGESIMOCUARTO:** En consecuencia, se trata de dos puntos de un mismo problema. Por un lado, estas normas identifican a un juez provisto de facultades o de atribuciones para tomar declaraciones bajo las competencias que la propia Constitución le encarga para realizar su tarea de "conocer de las causas civiles y criminales" (Artículo 76 de la Constitución). En consecuencia, estas disposiciones impugnadas no pueden ser estimadas inconstitucionales puesto que de serlo afectarían a la propia sociedad interesada en la investigación de los hechos punibles y en la indagación de la persona del delincuente como objetivos constitucionales

legítimos. El estándar exigido por el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto de la Constitución, es que el procedimiento penal cuente con las garantías de una justa y racional investigación la que se obtiene otorgando los medios para indagar los delitos y no para impedirlo.

Pero, por otro lado, este proceso debe hacerse en el marco de los derechos del imputado, especialmente de su derecho a no declarar bajo juramento. De acuerdo a lo analizado a nivel general, esta norma cuestionada satisface las reglas generales exigidas por la Constitución. Por una parte, el inculpado es el dueño de sus declaraciones y de su silencio. No hay una obligación de declarar bajo juramento y por lo mismo, el requirente no estima la infracción del artículo 19, numeral 7°, literal f) de la Constitución. No hay medios coactivos directos o indirectos que orienten una inculpación. Puede mantener su silencio. Y hay un marco razonable para que desarrolle esa estrategia de defensa bajo la omisión o se cambie de estrategia a partir de los mismos datos que recibe del proceso en la medida que por otras vías probatorias deba salir de un ámbito puramente omisivo.

En consecuencia, respecto de los artículos 318, 330 y 334 del CPP no es posible colegir una infracción al derecho a tutela judicial efectiva puesto que tales preceptos satisfacen fines constitucionalmente legítimos en el Derecho objetivo, a partir del artículo 76 de la Constitución, y en el derecho subjetivo a partir de una descripción racional y justa de sus requerimientos, en relación con el inciso sexto, del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución. Todo lo anterior, sin comprometer los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso.

## SEGUNDO CAPÍTULO

### **IMPUGNACIÓN A LOS ARTÍCULOS 481 Y 482, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

**TRIGESIMOQUINTO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *"resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución"*;

**TRIGESIMOSEXTO:** Que el artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, prescribe, en su letra g) que son atribuciones del Presidente de esa Magistratura *"[d]irimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política"*;

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respecto de la impugnación a los

artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, obteniéndose el siguiente resultado:

Estuvieron por **acoger** el requerimiento respecto de las normas indicadas, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán, José Ignacio Vásquez Márquez y Miguel Ángel Fernández González.

Estuvieron por **rechazar** el requerimiento en relación con las mismas normas, los Ministros señor Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril, señor Cristián Letelier Aguilar y señora María Pía Silva Gallinato;

**TRIGESIMOCTAVO:** que, según se indica en el considerando precedente, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento respecto de los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

Los fundamentos de los votos respectivos son los siguientes:

#### VOTO POR ACOGER

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán, José Ignacio Vásquez Márquez y Miguel Ángel Fernández González, estuvieron por acoger el requerimiento deducido, en lo que respecta a los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, por las razones que se consignan a continuación:

1°. Que, el primero de esos artículos señala las condiciones copulativas que deben cumplirse para que, mediante la confesión del procesado, se pueda comprobar su participación en el delito. Ello ocurrirá cuando dicha confesión sea prestada, libre y conscientemente, ante el juez de la causa, siendo posible y aun verosímil el hecho, atendidas las circunstancias y condiciones personales del procesado, hallándose legalmente comprobado el cuerpo del delito por otros medios y siempre que la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes del aquél;

2°. Que, por su parte, el artículo 482 dispone que *"Si el procesado confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosímilmente acaecerían los hechos y a los datos que*

*arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del procesado y la exactitud de su exposición";*

## **I. MARCO CONSTITUCIONAL PARA ACCIONAR DE INAPLICABILIDAD**

3°. Que las partes en una gestión pendiente son libres para decidir el momento en que ejercerán la acción de inaplicabilidad contemplada en el artículo 93 inciso primero N° 6° de la Constitución, siempre que, por cierto, concurren los requisitos allí previstos para su procedencia, además de los que exige nuestra Ley Orgánica Constitucional.

Sin embargo, para examinar las inconstitucionalidades a que da lugar la aplicación del precepto legal impugnado puede resultar relevante el momento que se elija para accionar, pues, si ello se realiza en etapas muy preliminares de la gestión pendiente, es probable que esta Magistratura deba emitir un pronunciamiento sobre bases más o menos probables, tanto en relación con la determinación de los hechos, como respecto de la aplicación del Derecho. Eventualmente, incluso, la decisión de esta Magistratura puede exigir que realice algún ejercicio interpretativo del precepto legal cuestionado.

Si, al contrario, la acción de inaplicabilidad se deduce en etapas más avanzadas de la gestión, por ejemplo, cuando el precepto legal ya ha sido aplicado por el juez del fondo, tal situación, tal vez, acote el ámbito de discrecionalidad que, en todo caso, posee esta Magistratura, pues se encontrarán más asentados tanto los hechos como la aplicación del precepto legal por el juez del fondo.

4°. Que, siendo así y habiéndose ya pronunciado, en este caso, sentencia por el tribunal a quo, quienes suscribimos este voto no podemos desconocer el estado en que se encuentra la gestión pendiente ni la línea argumental e interpretativa adoptada por el juez del fondo y, en definitiva, la aplicación que ha dado a los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal.

No es posible, en otras palabras, ignorar lo actuado por el tribunal a quo, pues eso implicaría desconocer su competencia para decidir el asunto sometido a su conocimiento y, de paso, sustraer el caso de las circunstancias concretas que lo cualifican, para analizarlo, simplemente, en abstracto, lo cual pugna con las características y condiciones del control constitucional en sede de inaplicabilidad, sin que, por esta vía, se someta a revisión lo decidido por el juez del fondo, sino la aplicación que se ha hecho de los preceptos legales cuestionados;

5°. Que, adicionalmente, razonar sin base en lo actuado y decidido por el juez a quo, por ejemplo, planteando una solución diversa, mediante un análisis distinto del que ha realizado ese Tribunal, aun cuando se haga con base en el expediente de fondo, implica irrumpir en la competencia atribuida por el artículo 76 de la Constitución y por la legislación complementaria a los tribunales ordinarios o especiales donde se ventila la gestión pendiente, alejando a esta Magistratura del

control que ella debe realizar sobre preceptos legales para hacerlo recaer, como se ha dicho, sobre resoluciones judiciales;

6°. Que, por lo expuesto, antes de examinar si la aplicación de los referidos artículos 481 y 482, en la gestión pendiente, resulta o no contraria a la Constitución como lo plantea el requirente a fs. 1, es indispensable resumir la decisión ya adoptada en primera instancia;

## II. APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES POR EL JUEZ A QUO

7°. Que consta, a fs. 3.863 de la gestión pendiente, la sentencia pronunciada por el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza Espinosa, dando cuenta que se instruyó sumario para investigar los delitos de homicidio calificado de Bautista Van Schouwen Vasey y Patricio Munita Castillo, ocurridos el 13 o 14 de diciembre de 1973 y establecer la participación y responsabilidad que, en estos hechos, pueda corresponderle al oficial de Ejército en situación de retiro, Orlando Carter Cuadra, requirente en estos autos.

Precisa que el proceso se inicia con la querrela interpuesta por doña Astrid Helga Heitman Gigliotto, por crímenes internacionales de guerra, torturas y secuestro seguido de homicidio de Bautista Van Schouwen Vasey; que el encausado presta sus respectivas declaraciones indagatorias a fs. 3.169, 3.184, 3.224, 3.317 y 3.364; que el auto de procesamiento rola a fojas 3.638; y que, a fojas 3.753, se acusó al requirente, en calidad de autor de los delitos de homicidio calificado, conforme a lo dispuesto en el artículo 397 N° 1° del Código Penal;

8°. Que, en relación con la participación del requirente en los delitos mencionados, es útil transcribir los considerandos quinto y sexto de la sentencia:

*"Que el procesado Orlando Oscar Carter Cuadra ha prestado declaración indagatoria a fojas 3169, 3184, 3224, 3317 y 3364, y en ellos ha reconocido que el día 14 de diciembre de 1973, se encontraba al mando de una patrulla militar compuesta por un Suboficial y dos soldados conscriptos, oportunidad en que observaron a dos individuos que transitaban a pie desde la Población Lo Hermida por la Avenida Américo Vespucio y se dirigían hacia la Población Jaime Eyzaguirre, infringiendo con ello el toque de queda, en consecuencia se les habría dado la señal de alto pero no la obedecieron, por lo que ordena a la patrulla que efectúen disparos al aire y como los individuos no se detuvieron, decide ordenarles que les disparen al cuerpo y darlos de baja. Al tratar de comprobar la identificación de los sujetos, se pudo constatar que ninguno de ellos portaba documentos de identificación ni armamento. Agrega que ocurridos los hechos, se retira del lugar y procede a dar cuenta al Cuartel General del Comando de Institutos Militares para que se tomaran las medidas policiales y judiciales. El Suboficial que lo acompañaba era Alejandro Martínez Lobos y los soldados conscriptos fueron César Góngora Castro y José Camps. Al ser consultado acerca de quienes dispararon, dice no recordarlo. Niega haber conocido con anterioridad las identidades de las víctimas, porque se trataría de un control rutinario.*

*Por último, en entrevista que se le realiza el 21 de Julio de 2009, describe su participación en un hecho ocurrido en el mes de septiembre de 1973 y narra como su compañía viaja a Santiago, narra el lugar donde se instalan y las funciones que deben cumplir hasta su regreso a Tejas Verdes a fines de diciembre de 1973 o principios de 1974, pero inexplicablemente nada señala respecto a este hecho que le correspondió vivir y en el cual fallecieron dos personas;*

*Que no hay duda alguna que el encausado Carter Cuadra reconoce haber comandado la patrulla militar que provoca la muerte de dos personas en la Avenida Américo Vespucio el día 14 de diciembre de 1973, el mismo día, lugar y hora en que se encuentran los cuerpos de las víctimas Bautista Van Schouwen y Patricio Munita, que además es quien ordena que se les dispare al cuerpo y les dieron de baja, aparentemente porque no se detuvieron cuando se les dicta detenerse, y más aún uno de los soldados conscriptos lo ubica como disparando su arma conjuntamente con el Suboficial Alejandro Martínez Lobos, por lo que su confesión en concepto del suscrito reúne las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y acredita, fuera de toda duda razonable, que le ha correspondido una participación culpable y penada por la ley de autor de los delitos de homicidio calificado de las víctimas Bautista Van Schouwen y Patricio Munita, de acuerdo al artículo 15 N° 1° del Código Penal.*

*Esta confesión se ve confirmada con las declaraciones de los integrantes de la patrulla militar, César Enrique Góngora Valenzuela y Jaime Luis Camps Emilia de fojas 3.222, 3.273, 3.220 y 3.254, quienes se encuentran contestes en el hecho de haber sido Orlando Carter Cuadra el Jefe de dicha patrulla y que es él quien da la orden de abatir a las víctimas, sin intención alguna de detenerles o impedir que huyeran, sino tal como él en su declaración lo señala era la de darlos de "baja".*

*Su exculpación dirigida a demostrar que no es él quien dispara, sino el Suboficial que actualmente se encuentra fallecido, no solamente no cohonesto su conducta, sino que revalida la conclusión que el encausado Carter Cuadra habría considerado en todo momento, que con su acción y la de los otros, finalmente lo que acaecería sería el cercenar la vida de estas dos personas, y agrava más su conducta cuando decide abandonar sus cuerpos en la vía pública";*

*9°. Que, examinando las pruebas mencionadas en los considerandos quinto y sexto de la sentencia, es posible constatar que, en primer lugar y en lo que dice relación con las cinco declaraciones prestadas por el requirente, en la primera de ellas, el 24 de junio de 1974, realizada ante la Fiscalía Militar en dependencias de Famae, el entonces teniente Orlando Carter declaró que el 14 de diciembre de 1973, encontrándose al mando de una Patrulla Militar, compuesta por un Suboficial y dos conscriptos, dos personas transitaban a pie infringiendo el toque de queda, que se les dio la señal de alto y que no obedecieron, por lo que se efectuaron tres disparos al aire, sin que tampoco se detuvieran, por lo que ordenó dispararles al cuerpo, dándolos de baja.*

*Añade que, al tratar de comprobar su identificación, constató que ninguno de los dos portaba documentos de identificación y que dio cuenta al ya mencionado*

Cuartel General para que se adoptaran las medidas correspondientes, dejando los cuerpos en el lugar de los hechos.

El 2 de diciembre de 1974, prestó una segunda declaración, ante la Fiscalía Militar, en la cual identificó al Suboficial Mayor Alejandro Martínez y a los conscriptos, César Góngora y José Camps, que lo acompañaban en la referida Patrulla.

La tercera declaración, el 8 de abril de 2015, prestada voluntariamente ante la policía, reitera la declaración sobre los hechos, precisando que él conducía el vehículo y que quien, con mayor probabilidad pudo efectuar los disparos, fue el Suboficial Martínez, pues los dos soldados estaban en la parte posterior del vehículo. La cuarta declaración es prácticamente igual a la anterior y fue prestada el 15 de junio de 2015. Finalmente, en la última, el 21 de julio de 2009, nada señala en relación con los hechos investigados.

Asimismo, en ninguna de esas diligencias consta que se le haya señalado al inculpado que prestaba declaración en esa condición, que podía guardar silencio o que tenía de derecho a contar con la presencia de un abogado.

En cuanto a las otras cuatro declaraciones citadas en los considerandos transcritos. La primera y segunda de ellas corresponden a César Góngora Valenzuela, el 7 de abril de 2015, ante Oficiales de la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos, indicando que las víctimas no obedecieron la voz de alto y que tanto el Teniente como el Suboficial comenzaron a disparar en modalidad ráfaga cayendo inmediatamente al suelo las víctimas; y el 11 de mayo de 2014, ante el Tribunal, reiterando sus dichos.

Las últimas dos declaraciones fueron prestadas por Jaime Camps. El 31 de marzo de 2015, ante Oficiales de la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos, agregando a lo ya expresado en las precedentes, que, tras la orden de alto, las dos personas comenzaron a correr; que frente a la orden de dispararles que dio el Teniente, disparó su arma al aire, al igual que Camps, mientras el Suboficial lo hizo en contra de las víctimas, sin recordar si también les disparó el Teniente; y que, entiende, ninguna de ellas portaba identificación; y el 11 de mayo de 2014 ante el Tribunal reitera lo recién señalado;

10°. Que, con las declaraciones del requirente y de dos testigos, la sentencia concluye, en el considerando tercero que, se ha logrado establecer, entre otros presupuestos fácticos, "(...) [q]ue encontrándose estos (Patricio Munita y Bautista Van Shouwen) en dicho lugar el día 13 de diciembre de 1973, en horas de la tarde, fueron detenidos por personal de Ejército vestidos de civil, quienes eran apoyados por un contingente de Carabineros y un bus institucional, los que ingresaron a la Parroquia y les detuvieron ilegalmente, conjuntamente con un párroco de la congregación, el Padre White, que al parecer es quien informa a los militares sobre su paradero. Efectuada la detención por los agentes del Estado que comandaba Marcelo Moren Brito, les suben al vehículo y les habrían llevado a un sitio, que por los antecedentes reunidos no fue

*posible establecer, pero si se puede afirmar que correspondería a un lugar clandestino de detención; que al día siguiente -14 de diciembre de 1973- los cuerpos de ambos detenidos, Munita y Van Schouwen, son descubiertos por efectivos de Carabineros de la Tenencia Villa Macul sin vida frente al N° 600 de la Avenida Américo Vespucio, sin identificación y muertos a consecuencia de múltiples heridas a bala recibidas por la espalda, que les ocasionan efectivos militares comandados por el Teniente Orlando Carter Cuadra. Los cuerpos posteriormente fueron levantados del lugar y llevados al Servicio Médico Legal, donde se les practica la autopsia y efectuada, se les sepulta en el Cementerio General, Patio 29, coma NN”;*

**11°.** Que, por ello, el sentenciador de primera instancia, asumiendo que las dos víctimas abatidas por la Patrulla Militar que dirigía el requirente correspondían a las mismas dos personas que habían sido detenidas por personal de Ejército y llevadas a un lugar secreto y desconocido, resuelve condenarlo como autor de los delitos de homicidio calificado de Bautista Van Schouwen Vasey y Patricio Munita Castillo, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 1° del Código Penal de la época.

### III. LA CONFESION EN EL ANTIGUO PROCEDIMIENTO PENAL

**12°.** Que, adicionalmente, es necesario recordar algunos elementos distintivos de la confesión en el antiguo procedimiento penal;

**13°.** Que, lo primero, es reconocer que la confesión constituía la prueba por excelencia en el procedimiento penal y, por ende, éste se encontraba fuertemente orientado a provocarla, con el objeto de lograr, por ese medio, acreditar lo que efectivamente había ocurrido, por cuanto “[e]l sustrato de fondo que permite explicar este sistema tiene que ver con la finalidad que tradicionalmente se le ha adjudicado al proceso penal, consistente en la averiguación de la verdad histórica, es decir, la reconstrucción de los hechos tal y como efectivamente sucedieron (...).

*Con razón la confesión se conoce en el sistema inquisitivo como la reina de las pruebas y permite sin lugar a dudas en las cátedras afirmar a asombrados –o no tanto- estudiantes que “a confesión de parte relevo de prueba”* (María Francisca Zapata García: “La Confesión en el Nuevo Sistema Procesal Penal: ¿Una Reina que perdió su Trono?”, Gaceta Jurídica N° 252, 2011, pp. 7-8).

Así, se explica que las *declaraciones del inculpado* estuvieran latamente previstas en el Título VI de la primera parte del Libro II del Código Penal, entre los artículos 318 y 341, siendo especialmente relevante la primera de ellas, denominada *declaración indagatoria*;

**14°.** Que, sin embargo, al examinar las condiciones en que debían prestarse aquellas declaraciones, particularmente la indagatoria, se señala que “[p]or regla general, las declaraciones del inculpado están sujetas a las mismas formalidades previas que los testigos, salvo las excepciones contenidas en los artículos 320 y 321” (Eugenio Neira Alarcón: Manual de Procedimiento Penal Chileno, Santiago,

Santiago. Editorial Fallos del Mes, 1992, p. 195), es decir, la declaración no se toma bajo juramento, sino exhortando a decir verdad y requiere una más precisa individualización, conforme a lo dispuesto en el artículo 321, de lo cual se sigue que, conforme a dicha legislación, no aparecía explícitamente prevista la obligación de advertir al declarante que podía guardar silencio o que tenía derecho a contar con abogado, especialmente, con antelación a las reformas introducidas por la Ley N° 18.857, de 1989, que incorporó, como derecho del inculpado, en el artículo 67, entre otro, designar abogado patrocinante y procurador;

15°. Que, a pesar de su relevancia, la confesión, sólo tenía por objeto acreditar la participación del inculpado, pero no el cuerpo del delito, el cual debía hallarse probado por otros medios y siempre que la confesión cumpliera con los requisitos previstos en los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal;

16°. Que, en cuanto a estos requisitos, era preciso que se prestara ante el juez de la causa, libre y conscientemente, que el hecho confesado fuera posible y aun verosímil atendidas las circunstancias y condiciones personales del procesado y que el cuerpo del delito estuviera legalmente comprobado por otros medios, concordando la confesión con las circunstancias y accidentes del aquél.

En relación con la segunda de aquellas exigencias, es útil consignar que, mediante la Ley N° 19.047, en 1991, se agregó el siguiente inciso 2° al artículo 323 del Código de Procedimiento Penal: *"A fin de asegurarse el cumplimiento de lo establecido en la condición 2a. del artículo 481, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias para cerciorarse de que el inculpado o procesado no haya sido objeto de tortura o de amenaza de ella antes de prestar su confesión, debiendo especialmente comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 272 bis. La negligencia grave del Juez en la debida protección del detenido será considerada como infracción a sus deberes, de conformidad con el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales"*.

Empero, no es necesario llegar hasta fines de la década de los ochenta o comienzos de los noventa para constatar avances en las garantías del inculpado en relación con su declaración, pues ya se puede leer en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas* una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, pronunciada el 4 de marzo de 1936, donde señala que *"[n]o debe aceptarse que se interrogue a los inculcados por el tribunal constituido en la propia Sección de Investigaciones y estando presentes los agentes encargados de su pesquisa y que obtuvieron sus confesiones anteriores, porque ello constituye una coacción que quita a la confesión el requisito legal de haber sido prestada libre y conscientemente"* (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Penal Tomo II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1981, p. 167*);

17°. Que el anterior Código de Procedimiento Penal, en consecuencia, regulaba las declaraciones del inculpado y su confesión, teniendo como finalidad principal provocarla para encontrar la verdad acerca de su participación, por lo que no la revestía de garantías que, prontamente, serían consideradas como esenciales

para dotarlas de valor probatorio, aunque se fue avanzando, acotadamente, en su reconocimiento, sin llegar a explicitarlas en el texto positivo, como el derecho a guardar silencio o a contar con la presencia de un abogado durante esa diligencia, aunque manteniendo inalterado el secreto del sumario;

#### IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

**18°.** Que, como se ha señalado en la parte expositiva, el requirente sostiene, en lo que dice relación con los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, que, tras haberse sobreseído total y definitivamente la causa, por la muerte de los dos únicos acusados, se resolvió abrir un cuaderno separado, en el cual *"[n]uestro representado es citado a declarar a la Policía de Investigaciones de Chile con fecha 8 de abril de 2015, sin acceso al sumario, sin la advertencia de su derecho a guardar silencio, sin la posibilidad de declarar con un abogado asesor"* (fs. 2 de estos autos constitucionales), lo cual se reitera el 15 de junio de 2015, ante el Ministro en Visita Extraordinaria;

**19°.** Que, se plantea por el requirente, que posteriormente fue sometido a proceso, acusado y condenado por el sentenciador, el cual *"(...) establece la participación punible (...) mediante su confesión, prestada en total ignorancia e indefensión, según se lee del considerando quinto del fallo"* (fs. 3), a lo cual se agregan las declaraciones de dos de los integrantes de la Patrulla Militar. *"Es decir, según se lee de dicho considerando, la prueba principal y casi única de aparente participación en los hechos investigados sería su supuesta confesión, prestada sin presencia de abogado defensor, bajo secreto del sumario y en los términos señalados en las disposiciones cuestionadas constitucionalmente y sin admitir a su respecto aquello que lo puede eximir de responsabilidad. Misma situación ocurre con la declaración de los testigos, prestada secretamente ante el juez de la causa que a su vez es legalmente llamado a dictar sentencia en la causa como efectivamente lo hizo (...).*

*Lo anterior es más grave aún si se tiene presente que en el caso sub lite, y como ocurre en la mayoría de aquellos pocos casos regidos por el sistema de procedimiento penal antiguo, la primera declaración del imputado (08 de abril de 2015) se hizo ante la Policía de Investigaciones de Chile, sin que se le haya explicado, ni advertido, ni otorgado la posibilidad de guardar silencio, sin acceso al proceso por no tener conocimiento del sumario y sin presencia de abogado defensor. Lo propio ocurrió en su declaración judicial de fecha 15 de junio de 2015"* (fs. 6 y 7);

**20°.** Que, por su parte, es igualmente indispensable considerar el traslado evacuado en estos autos por la parte querellante en la gestión pendiente, pues, a diferencia de lo que sostiene la requirente, expone que éste *"(...) funda su pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en presupuestos fácticos incorrectos, puesto que la declaración de culpabilidad de Orlando Carter Cuadra y la forma de participación criminal que él tuvo en el crimen perpetrado en la persona de ambas víctimas, se*

*encuentra establecida por diversos medios de prueba, y no se funda en su mera confesión, como se expresa profusamente en el requerimiento incoado (...)" (fs. 270);*

21°. Que, no hay duda, desde el punto de vista de la Constitución, que derechos tales como la asistencia del letrado, la advertencia en el sentido que puede guardar silencio y el conocimiento de la investigación antes de prestar declaración, integran el derecho a un procedimiento racional y justo que la Carta Fundamental asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 3° y que, por ende, puede resultar que la aplicación de preceptos legales que no contemplen esos derechos sea contraria a la Carta Fundamental, conforme a su artículo 93 inciso 1° N° 6°, particularmente si, adoleciendo de esas garantías, se constituye en prueba única de participación en el hecho punible y sirve, también, para dar por acreditado el delito;

22°. Que, por lo mismo, la aplicación que se haga de los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos que todavía siguen rigiéndose por ese cuerpo normativo, puede contravenir el derecho a defensa y a un procedimiento racional y justo, máxime cuando la declaración se verifica hallándose ya vigente la actual Constitución y con posterioridad a las reformas legales sobre derechos del inculpado y, más todavía, si su aplicación, por el juez del fondo, se realiza habiéndose dictado la sentencia Rol N° 2.991 de esta Magistratura, en la cual se sostuvo, por unanimidad de quienes concurrieron al acuerdo, "[q]ue como se ha podido observar en la práctica y lo ha explicado uniformemente la doctrina, el modelo inquisitivo constituía un procedimiento de escasas garantías para el imputado en la persecución penal ejercida por el Estado en virtud de su *ius puniendi*, transformando a aquel en un simple objeto de este último, es decir, de castigo (...)" (c. 13°);

23°. Que no ha sido controvertido que, en las declaraciones prestadas por el requirente el 8 de abril y el 15 de junio, ambas de 2015, no se le advirtió que tenía derecho a guardar silencio y que podía contar con la presencia de un abogado, conforme al artículo 67 N° 1° del Código Procedimiento Penal, con el cual, de hecho, no contó, al mismo tiempo que ellas se llevaron a efecto sin previo conocimiento del sumario;

24°. Que, así examinadas las circunstancias concretas en que se prestaron esas declaraciones y cómo ellas, conforme a lo expresado en los considerandos quinto y sexto de la sentencia pronunciada, en primera instancia, por el Ministro en Visita Extraordinaria, en relación con el razonamiento judicial que configura el delito, en sus considerandos tercero y noveno, constituyen prueba de participación del requirente en los homicidios de Bautista Van Schouwen y Patricio Munita, es que la aplicación de los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, en este caso concreto, resulta contraria a la Constitución;

25°. Que, finalmente, como se expuso a propósito del marco constitucional, esta Magistratura no puede efectuar por sí misma una revisión del expediente que constituye la gestión pendiente, para ratificar lo resuelto por el tribunal de primera instancia o para modificarlo, por ejemplo, ponderando otros elementos probatorios o dándole mayor justificación a las declaraciones o restándoles fundamento. Esta

tarea es de competencia exclusiva del juez del fondo, ya que la nuestra no alcanza para revisar los pronunciamientos judiciales, sino que se circunscribe a verificar si la aplicación de la preceptiva legal impugnada resulta o no contraria a la Constitución en este caso concreto, teniendo para ello en cuenta, además, el estado procesal en que se haya la causa, con sentencia ya dictada, es decir, habiéndose dado una precisa aplicación por el juez del fondo a los artículos 481 y 482;

26°. Que, por las razones expuestas, quienes suscribimos este voto, estamos por declarar la inaplicabilidad, en la gestión pendiente, seguida ante el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza Espinosa, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 903-2017, de los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal.

### VOTO POR RECHAZAR

Los Ministros señor Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril, señor Cristián Letelier Aguilar y señora María Pía Silva Gallinato, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido, en lo que respecta a los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, por las razones siguientes:

#### I. LOS PRECEPTOS SOBRE LA PRUEBA DE CONFESIÓN TIENEN UNA INTERPRETACIÓN LEGAL PLENA DE LÍMITES

1°. El requirente impugna el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal que establece que

*"[l]a confesión del procesado podrá comprobar su participación en el delito, cuando reúna las condiciones siguientes:*

*1° Que se a prestada ante el juez de la causa, considerándose tal no sólo a aquel cuya competencia no se hubiere puesto en duda, sino también al que instruya el sumario en los casos de los artículos 6° y 47°.*

*2° Que sea prestada libre y conscientemente;*

*3° Que el hecho confesado sea posible y aún verosímil, atendida las circunstancias y condiciones personales del procesado, y;*

*4° Que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél".*

2°: Asimismo, impugna el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal que mandata que:

*"Si el procesado confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosíblemente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del procesado y la exactitud de su exposición".*

3º. "La confesión como medio de prueba en el proceso penal es el reconocimiento expreso, terminante y serio, hecho conscientemente y sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, que realiza el imputado de uno o más hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes que le perjudican."<sup>2</sup> En tal sentido, sus componentes para que "los elementos o requisitos que deben concurrir para que nos encontremos en presencia de la confesión como medio de prueba son los siguientes: a) Declaración unilateral de voluntad exenta de vicios, que emana del imputado en el proceso; b) El reconocimiento debe recaer sobre hechos precisos y determinados, que sean trascendentes para la resolución del conflicto; c) El reconocimiento de los hechos debe perjudicar a la parte que formula la declaración; d) El reconocimiento debe efectuarse con la intención consciente y dirigida del confesante de reconocer un hecho que le perjudica."<sup>3</sup>

Las condiciones legales del artículo 481 del CPP implican que debe tratarse de una confesión judicial, libre y voluntaria, respecto de su participación entendida de un modo plausible y verosímil y siempre que el hecho punible haya sido comprobado mediante otros medios de prueba dentro de los cuales la confesión resulte coherente. Diversos testeos deben sortear las confesiones para configurar una prueba propiamente tal. En primer lugar, el test de judicialidad de la confesión (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 484 del CPP) con lo que se limita la acción policial en la dimensión indagatoria. En segundo lugar, el test de voluntariedad y de la ausencia de coacción. En tercer término, ha de procederse a un test de plausibilidad en orden a la coherencia de lo confesado. Seguidamente, debe sortear el test de verosimilitud, esto es, que se corresponda con una expresión veraz de hechos en relación con esa participación. En quinto lugar, vinculado a lo anterior debe tratarse de un test de prueba complementaria de los hechos. Este requisito no mira a la confesión misma sino que anula el valor de ésta si no viene acompañada de otros medios de prueba que identifiquen los hechos y, por último, un test de coherencia que articule de un modo congruente participación y hechos con pruebas independientes, estructuradas y armónicas en su conclusión verosímil. Si no concurre ninguno o alguno de estos requisitos no es posible realizar una valoración interpretativamente correcta de la confesión.

<sup>2</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl (2012). Derecho Procesal Penal, Tomo II, 2ª edición. Santiago, Chile, Thomson Reuters, p. 1030.

<sup>3</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. *Op. cit.*, p. 1030.

4° El artículo 482 del CPP le agrega condiciones a una confesión incompleta para darle veracidad y valor probatorio. Asimismo regula la divisibilidad de la confesión. La doctrina precisa que en el antiguo proceso penal, "se ha regulado esta materia expresamente en el artículo 482 (...). De acuerdo con ello, en el proceso penal corresponde al juez la facultad de dividir o no la confesión, conforme a las atribuciones otorgadas por el legislador. La doctrina ha señalado sobre la materia que "el juez domina todo el proceso y decide si debe o no dividirse la confesión, en el caso previsto en el precepto"<sup>4</sup>. Para estos autores, si bien "ella no se regula en el nuevo proceso penal. Sin embargo, no cabe duda que ello podrá ser efectuado por el tribunal de conformidad con las reglas de la sana crítica"<sup>5</sup>.

5°. Uno de los argumentos preferentes para darle plausibilidad al reproche sobre el estándar de las reglas del antiguo procedimiento penal es su contraste con el nuevo procedimiento. En particular, bajo esa hipótesis ese examen tendría un sentido fuerte en materia de confesión, puesto que no existiría como tal en el nuevo ordenamiento procesal penal. No obstante, tratarse de una cuestión de configuración de un patrón legal cabe analizar su plausibilidad, a partir de la constatación en el siguiente cuadro:

	Antiguo proceso penal	Nuevo proceso penal
Finalidad	Medio de prueba.	Principalmente, como medio de defensa.
Asistencia abogado defensor	La declaración se presta sin presencia del abogado defensor.	El imputado puede declarar ante el juez o el fiscal sin abogado defensor si así lo desea e incluso ante la policía si no es posible que declare inmediatamente ante el fiscal, pero en este caso bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal.
Requisitos para que opere como medio de prueba	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Voluntad exenta de vicios.</li> <li>-Sobre hechos materia del proceso.</li> <li>-Sobre hechos que perjudican al declarante.</li> </ul>	

<sup>4</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. *Op. cit.*, p. 1034, nota 333.

<sup>5</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. *Op. cit.*, p. 1035.

Divisibilidad de la confesión	Resuelve el juez, según reglas de la íntima convicción.	Resuelve el juez, según reglas de la sana crítica.
Limitaciones a la admisibilidad de la confesión	La confesión es insuficiente para acreditar el hecho punible, pero sí lo es para acreditar la participación, siempre que la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes del hecho punible.	No se puede condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.



**6°. Limitaciones a la admisibilidad de la confesión como medio de prueba.**

“En el proceso penal actual, la confesión no es un medio de prueba que permita acreditar el hecho punible, el cual debe probarse por los otros medios de prueba, al establecerse que “no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” (artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal)”.<sup>6</sup>

Por esta razón, “se ha señalado que además de lo que exponga el imputado autoinculpándose debe, por lo tanto, mediar cualquiera de las otras pruebas admitidas (otra confesión, uno o más testimonios, documentos, etc.) que brinden un sustento suficiente a lo dicho por quien reconoce haber incurrido en la comisión del delito, de modo tal de no arribar a una sentencia condenatoria exclusivamente determinada por la voluntad de quien pretenda establecerla”.<sup>7</sup>

“En el antiguo proceso penal (artículo 110) la participación puede ser determinada por todos los medios de prueba, incluida la confesión, siempre que ella esté acorde con los datos que comprueben el hecho punible (artículo 111).

En otras palabras, es necesario que “el cuerpo del delito (hecho punible) esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél”<sup>8</sup>.

**7°. La confesión como medio de prueba.** “El Código Procesal Penal no utiliza la expresión confesión en ninguna parte del mismo, seguramente con el fin de poner énfasis que la declaración del imputado es considerada como un medio de prueba que depende exclusivamente de la voluntad de éste”<sup>9</sup> Horvitz sostiene que no cabe

<sup>6</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Op. cit., p. 1034.

<sup>7</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Op. cit., p. 1037.

<sup>8</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Op. cit., p. 1034, nota 330.

<sup>9</sup> Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Op. cit., p. 1028.

considerar, en el nuevo proceso penal, a la confesión como un medio de prueba. Al efecto señala: "En nuestro sistema jurídico no cabe duda alguna que el imputado no tiene tal obligación [obligación de decir la verdad], pues se asegura incluso al nivel constitucional su derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio (art. 19 N° 7 letra f) CPR). La única forma de obtener la verdad a su respecto es, en consecuencia, a través del interrogatorio cruzado, haciendo evidente sus contradicciones o la ausencia de credibilidad en su declaración. En efecto, con ocasión de la misma, el acusado podría, eventualmente, confesar el delito y su participación en el mismo o afirmar ciertos hechos o circunstancias que sirvan de base al tribunal para establecer su responsabilidad criminal. En tal caso, su confesión constituirá un elemento probatorio fundante de la sentencia que dicte el tribunal, pero no cabe hablar de ella como un "medio" de prueba, en el sentido del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal chileno. No puede ser considerado tal un evento contingente, que depende de la voluntad del imputado, de su decisión libre de declarar durante el juicio. Sólo la confesión libre del acusado, obtenida en un procedimiento respetuoso de las garantías del debido proceso, puede ser valorada ampliamente por los jueces del juicio para fundar su sentencia."<sup>10</sup> La autora señala, en este sentido, que "si el acusado declara y confiesa, sin haberse empleado ninguna forma de coerción, dicha confesión es plenamente válida y puede servir de base para la condena"<sup>11</sup>

8°. Por su parte, María Francisca Zapata sostiene que "el nuevo sistema procesal penal ha introducido un cuadro normativo tendente a reforzar la idea de entender la declaración del imputado como un medio de defensa, sin que ello signifique excluir la confesión como un medio apto para producir fe. Es decir, esta reina, si bien ha perdido su trono, sigue gozando de buena salud."<sup>12</sup> En conclusión, la confesión está limitada estructuralmente por el modo en que está inserta en el Código Procesal Penal pero no por su inexistencia. Bajo otros nombres y con las diferencias que el legislador estimó cabe volver al examen inicial: ¿Cómo es razonable la existencia de la confesión de los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal a la luz de la Constitución.

9°. El artículo 481 del Código de Procedimiento Penal excluye la confesión hecha en sede policial; aquella resultante de declaraciones indagatorias coactivas; las confesiones inverosímiles; las que no se corresponden con los hechos probados por no ser plausibles; las confesiones unilaterales o puramente de participación en el hecho punible y las declaraciones del acusado simplemente incoherentes. Cualquier concurrencia de alguno de estos defectos afecta en su globalidad la prueba de la

---

<sup>10</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián. "Derecho procesal penal chileno". Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 313-314.

<sup>11</sup> Horvitz, María Inés y López, Julián. Op. cit., p. 313, nota 203.

<sup>12</sup> Zapata, María Francisca. La confesión en el nuevo sistema procesal penal: ¿una reina que perdió su trono? Gaceta Jurídica. N° 251, 2001, pp.7-19, p. 19.

confesión. Por lo mismo, cabe contrastar estas normas con las reglas constitucionales sobre la confesión.

**10°.** La interpretación que hemos realizado no es ajena a nuestra jurisprudencia penal en la materia. En este orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Santiago también ha resuelto que "18. Que a virtud de lo expresado, no puede sostenerse la violación del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal de no haber dado crédito preferente a lo confesado por el querellado a este respecto, ya que este precepto da facultad al Juez a quo para darle valor o no a las circunstancias que atribuye a su participación en el hecho punible atendiendo al modo en que verosímilmente acaecerían los hechos a la veracidad del reo y a la exactitud de su exposición, apreciación, pues, que resulta facultativa para los Jueces del fondo, y que no es susceptible de casación"<sup>13</sup>



**11°.** De la misma manera, en cuanto a la confesión como medio de prueba para acreditar la participación, la Corte Suprema ha señalado que: "DÉCIMO TERCERO: Que en lo atinente al artículo 481 de la misma compilación, sostiene la defensa de Krassnoff que la vulneración de los sentenciadores se produjo al dar por acreditada la participación de su defendido mediante la prueba testifical cuando, a su juicio, sólo puede demostrarse mediante la confesión o por presunciones./Semejante interpretación, propia de los sistemas inquisitivos más antiguos y hoy generalmente repudiados, carece de asidero en nuestro derecho positivo, desde el momento que el artículo 481, N° 4°, del estatuto adjetivo criminal establece que la única limitación existente al respecto consiste en que no puede tenerse por comprobada la participación de una persona en un hecho punible sin halarse [sic] éste establecido previamente por otros medios y que la confesión concuerde con las circunstancias accidentales de aquél. Empero para acreditar el hecho punible son válidos todos los medios de prueba legal con la sola excepción de la confesión, que no es idónea para estos efectos; mientras que para la participación sirven todos los medios de prueba, incluso la confesión y entre aquellos obviamente se comprende la testimonial."<sup>14</sup>

**12°.** En cuanto a la confesión como reconocimiento de un hecho que perjudica al declarante, la Corte Suprema sostuvo: "16.-° Que en cuanto a la participación de los condenados a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias respectivas, en su calidad de cómplices del delito de secuestro calificado de Zacarías Antonio Machuca Muñoz (...), no es posible que del tenor de sus declaraciones pueda deducirse, que por el hecho de haber reconocido haber pertenecido a la DINA y que por órdenes superiores, prestaron servicios de guardias, de aseo, de investigaciones en los recintos de Londres 38 o desempeñaron labores de informantes, en una época coetánea a la que ocurrió la detención y posterior desaparición de Zacarías Antonio Machuca Muñoz, se entienda que

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 04.12.1967. Revista de Derecho. Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Gaceta de los Tribunales. T. LXIV, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 355.

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol 517-2004, de 17.11.2004.

admitieron su responsabilidad en los hechos contenidos en la acusación, puesto que, para que opere la confesión como medio de prueba era imprescindible que los acusados reconocieran su participación en el hecho, esto es, haber encerrado, detenido e intervenido en alguna forma en la desaparición de Zacarías Antonio Machuca Muñoz, no obstante, como ya se ha dicho, han negado toda relación con el delito y desconocen la identidad del ofendido. Es decir, no se justificó la existencia de alguna relación con la detención de la víctima, interrogatorio o apremio respecto de esta (...)./ 17º.- - Que a 17 de los sentenciados, señalados en el motivo anterior, el Ministro de Fuero los ha dado por confesos de acuerdo lo establece el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, sin que éstos reconocieran de modo alguno, su participación en el hecho punible que se sanciona y a los 12 restantes los ha tenido por confesos de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, por el sólo hecho de haber pertenecido a la Dina, y haber coincidido con la víctima en el período en que éste estuvo detenido en Londres 38, lo que no resulta aceptable, atendida la gravedad del delito por el que se les ha acusado."<sup>15</sup>

## II. LA PRUEBA DE CONFESIÓN DEL ANTIGUO SISTEMA PROCESAL PENAL ES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

**13º. La confesión y la Constitución.** El actual artículo 19, numeral 7º literal f) de la Constitución se origina en el inciso primero del artículo 18 de la Constitución de 1925 en los siguientes términos ("Artículo 18: En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.) En el tránsito de una norma constitucional a otra, la doctrina<sup>16</sup> reprocha que las declaraciones de los familiares se prohíban sólo cuando sean contrarias al familiar, en circunstancias que la esencia del mandato constitucional es que no puede haber obligación. Ergo, son admisibles las declaraciones voluntarias.

**14º.** El orden internacional de los derechos humanos configura una forma de reconocimiento de este derecho en términos similares a nuestra Constitución. Así el artículo 14, numeral 3, literal g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos indica que "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". El artículo 8.2 literal g) de la Convención Americana de Derechos Humanos admite la misma regla con variaciones terminológicas mínimas. Lo relevante está en el artículo 8.3 de la CADH

---

<sup>15</sup> SCS rol 262-2016, de 16.08.2018.

<sup>16</sup> Cea Egaña, José Luis (2004), *Derecho constitucional chileno*, T. II, Derechos, deberes y garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 255-257.

en donde especifica que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

**15°.** La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho aplicación e interpretación de los artículos 8.2 literal g) y 8.3 de la Convención indicando las siguientes condiciones o estándares relativos a la confesión.

Primero, la confesión ha sido entendida por la Corte como "el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos".<sup>17</sup>

Segundo, el requisito esencial de la confesión es que ésta haya sido prestada sin coacción alguna. Todo ello "ostenta un carácter absoluto e inderogable".<sup>18</sup>

En tercer lugar, hay una consecuencia lógica de la ausencia de libertad en el reconocimiento de participación penal. La validez como prueba solo es admisible con un examen de licitud acerca de la interdicción de toda presión. Es evidente que se debe eliminar toda prueba inculpatoria al ser estimada prueba ilícita. Ello abarca toda presión misma, aquella que arrastra con la historia negra de la confesión obtenida mediante "tortura y tratos crueles" como aquella obtenida por medios indirectos y sutiles.<sup>19</sup>

En cuarto lugar, este derecho también se tiene que respetar en procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales.<sup>20</sup>

**16°.** A partir del examen de la doctrina constitucional y los estándares jurisprudenciales en materia de derechos humanos relativos al derecho a no autoincriminarse en materias penales, resultan patentes las consecuencias relativas a las normas cuestionadas. Por una parte, se trata de preceptos relativos a una confesión de naturaleza judicial y no policial o extrajudicial en un amplio sentido de la palabra. En segundo lugar, están referidas a la participación admitida bajo una declaración libre y voluntaria. Por ende, será resorte del juez, así como de las instancias de control jurisdiccional correspondientes, verificar el alcance de esa voluntariedad. Hoy en día, no existen normas que impidan reprochar la coacción directa o indirecta en el marco de una declaración de un acusado. En tercer lugar, los artículos 481 y 482 del CPP avanzan en la circunstancia de que se vincula a un régimen de prueba tasada. Estos preceptos funcionan como una garantía cuando los hechos confesados son inverosímiles, cuando no hay plausibilidad en su declaración al no corresponderse con los hechos básicos y porque como prueba no tiene un valor

<sup>17</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/02, párrafo 128. Las citas de jurisprudencia interamericana de derechos humanos ha sido consultada en Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, Tribunal Constitucional de Chile, pp. 242-246.

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, C-220, párrafo 165.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador, C-114, párrafo 198.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, C-103, párrafos 120 y 121.

autosuficiente. Debe existir un régimen de prueba de los hechos punibles por otras vías.

**17°.** Por último, dejamos para el final la posibilidad de que no sean conciliables la confesión con el derecho a no autoincriminarse, definido por el literal f) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución, en cuanto manifestación de su derecho a guardar silencio. Ya lo vimos, dentro de las características iniciales de estos casos, el impedimento de establecer una obligación de autoincriminación es mucho más amplio que el derecho a guardar silencio puesto que está supeditado al derecho a defensa y a la presunción de inocencia.

Lo anterior, implica que es, prácticamente, una obligación judicial el realizar una declaración indagatoria del acusado como una manifestación básica de un derecho a defensa primigenio. La actividad del imputado puede variar y los artículos 481 y 482 del CPP en sus diversos numerales le pueden dar pautas a su defensa para adoptar diversas estrategias acordes a los testeos de verosimilitud, plausibilidad, judicialidad, idoneidad y voluntariedad de la prueba.

Por ende, es declaración judicial del acusado la que puede concretarse en una negativa a responder, en una omisión parcial de antecedentes, en declaraciones fragmentarias de silencio y reconocimientos, en una deposición completa sobre los hechos o una aceptación de hechos o cargos. Como lo indica el artículo 484 bis A del Código de Procedimiento Penal: "no hay confesión ficta en el proceso penal". Si se cumplen todos los estándares preanunciados todas estas conductas son plenamente respetuosas del derecho a no autoincriminarse reconocido en nuestra Constitución.

En consecuencia, los artículos 481 y 482 del CPP son conforme a la Constitución.

**18°.** Por último, no cabe considerar como argumento la ausencia de la confesión en el actual Código Procesal Penal a objeto de deslegitimar su presencia manifiesta en el antiguo. Más allá del dilema del parámetro de control, asociado a una cuestión de legalidad, para la doctrina resulta clara que hay hipótesis de confesión en el modelo vigente bajo declaraciones del imputado que se entienden de un modo conciliable con la Constitución.

El examen de que la vulneración de la Constitución, en el caso en autos, fue realizada en una condena "bajo el solo mérito de su propia declaración" (fs. 7 del requerimiento) o que "el sentenciador establece la participación punible de nuestro representado en los hechos investigados, mediante su confesión, según se lee en el considerando quinto del fallo, a lo que agrega que ésta se ve confirmada con las declaraciones de los integrantes de la patrulla militar, César Góngora y Jaime Camps. Es decir, según se lee en dicho considerando, la prueba principal y casi única de aparente participación en los hechos investigados sería su supuesta confesión" (fs. 6 del expediente Rol 3948). A esta cuestión nos abocaremos en el examen aplicado de estos criterios al caso particular.

### III. APLICACIONES AL CASO CONCRETO

19°. Entendemos que la argumentación que desvirtúa la vulneración constitucional a partir de la aplicación de los artículos 193, 205, 318, 330 y 334 del Código de Procedimiento Penal está ampliamente desarrollada en el conjunto de criterios ya explicados. Esa cuestión no diferencia sustantivamente a esta sentencia respecto de la disidencia. La cuestión central de esta causa dice relación con el efecto de la confesión en lo que nos centraremos ahora en el caso particular.

20°. Asumimos que no es función de la jurisdicción constitucional realizar una valoración de la prueba penal en un juicio, cualquiera que éste sea.

Sin embargo, si nos centramos en un cuestionamiento que se funda dogmática y retóricamente en un aserto de inconstitucionalidad, esto es, que se habría condenado a una persona bajo su sola confesión, debemos entrar a ponderar los criterios normativos con algunos hechos. Se advierte, desde ya, que este examen no es penal sino que es descriptivo de su aceptabilidad constitucional.

Intentaremos contestar las siguientes preguntas: A) ¿Los crímenes no están comprobados mediante otros medios probatorios? B) ¿La confesión es el único medio de prueba de la participación punible? C) ¿Cuáles son los medios que identifican su participación? D) ¿Son verosímiles y plausibles las hipótesis para desestimar la culpabilidad? E) ¿Desestimar una parte de la confesión vulneraría la presunción de inocencia?

21°. A) Los hechos punibles, ¿no están comprobados mediante otros medios probatorios? Los siguientes medios de prueba son los que se han tenido a la vista en este caso a partir del examen de la gestión pendiente:

- a) Expediente Rol N° 997-73, instruido en el Segundo Juzgado Militar de Santiago, II Fiscalía (a fs. 4 y ss. del cuaderno separado). En este constan el parte, las declaraciones del teniente que concurrió al lugar donde fueron halladas las víctimas y del requirente.
- b) Informes del Servicio Médico Legal a fs. 75 y ss., a fs. 354 y ss., a fs. 1005 y a fs. 1974 ss.
- c) Copia fotostática del Informe sobre protocolos de autopsia a fs. 361 y ss.
- d) Certificados de defunción, que constan a fs. 960 y 961.
- e) Informe del Subdepartamento de dactiloscopia del Registro Civil, a fs. 1022 a 1025 y 1046 a 1048.
- f) Acta de exhumación a fs. 1053 y 1069.
- g) Declaraciones de testigos, entre los cuales se encuentran funcionarios del Servicio Médico Legal y del Cementerio General, en la época de los hechos, así como de dos integrantes (dos soldados conscriptos) de la patrulla militar comandada por el requirente, quienes declaran sobre la participación del requirente en los hechos, señalando que dio la orden de disparar contra las

víctimas al no respetar la señal de alto. Uno de ello, además, declara que el requirente disparó contra las víctimas (fs. 3322 y 3273 y fs. 3220 y 3254).

- h) Declaración del requirente (fs. 3169, 3184, 3224, 3317 y 3364), en la cual reconoce que comandaba una patrulla militar el día 14.12.1973, sorprendiendo a dos personas que infringían el toque de queda, por lo que les da la señal de alto, la que desobedecen, razón por la cual ordena que se efectúen disparos al aire, pero como las personas no se detuvieron, ordenó que se les disparara al cuerpo y se les diera de baja. Al tratar de comprobar la identificación de los cuerpos, se pudo constatar que ninguno de ellos portaba documentos de identificación ni armamento. Señala que se retiraron del lugar y se informó al Cuartel General del Comando de Institutos Militares. Identifica a los integrantes de la patrulla militar, pero no recuerda quien disparó. Asimismo, niega haber conocido con anterioridad la identidad de las víctimas, porque se trataría de un control rutinario.

22°. B) ¿La confesión es el único medio de prueba de la participación punible? Es una consecuencia de lo anterior, resultando evidente que la condena no se sustenta, "balo la sola confesión". Por lo mismo, el requirente sostiene que es la "prueba principal" (fs. 6 del requerimiento).

23°. C) ¿Cuáles son los medios que identifican su participación?

El requirente afirma que con base únicamente en su declaración fue condenado, declaración que fue prestada sin la presencia de un abogado defensor, lo que vulnera las garantías mínimas de un debido proceso. Sin embargo, el considerando sexto de la sentencia condenatoria expresamente señala que la participación está confirmada por las declaraciones de los otros integrantes de la patrulla militar: "Esta confesión se ve confirmada con las declaraciones de los integrantes de la patrulla militar, César Enrique Góngora Valenzuela y Jaime Luis Camps Encina de fojas 3222, 3273, 3220 y 3254, quienes se encuentran contestes en el hecho de haber sido Orlando Carter Cuadra el Jefe de dicha patrulla y que es él quien da la orden de abatir a las víctimas, sin intención alguna de detenerles o impedir que huyeran, sino tal como él en su declaración lo señala era la de darlos de "baja"" (fs. 78 del expediente constitucional).

En consecuencia, no puede sostenerse que la sola confesión del requirente sustenta la condena, ya que existen también declaraciones de dos testigos que imputan al requirente la participación en los hechos. Cabe señalar que en el nuevo proceso penal, si bien la declaración del acusado no está concebida primordialmente como un medio de prueba, prestada esta, puede ser empleada como tal, con la única limitación de que no podrá condenarse a una persona con el sólo mérito de su propia declaración (art. 340 inciso final del Código Procesal Penal). Pues bien, en este caso, tramitado de acuerdo al procedimiento penal antiguo, la convicción adquirida por el juez en torno a la participación del requirente en los hechos se ha basado no solo en su confesión, sino también en la declaración de dos testigos.

24°. D) ¿Son verosímiles y plausibles las hipótesis para desestimar la culpabilidad?

Si bien corresponde exclusivamente a los jueces del fondo analizar y valorar los antecedentes probatorios de acuerdo a la ley, cabe señalar que las circunstancias agregadas en la confesión por el requirente no resultan verosímiles, en atención a lo siguiente: : Primero, las víctimas no habrían respetado la señal de alto. Pues bien, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, al abordar las explicaciones oficiales frente a las muertes de las víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura cívico-militar, señaló que “[a]lgunas de estas ejecuciones se publicitaron e intentaron justificarse como aplicaciones de la llamada “ley de la fuga”, es decir, la muerte de los detenidos que –según las autoridades– intentaron huir o evadirse y no obedecieron las intimaciones previas a no hacerlo, formuladas mediante la voz, disparos de advertencia al aire, etc./ Una variante común, a veces individualizada como “ley de la fuga”, a veces no, es que la víctima –según las autoridades– hubiera agredido a sus captores, o interrogadores, o hubiese intentado quitarles sus armas de servicio./ En todos estos casos, la Comisión ha visto claramente un intento de justificar, sin respeto por la verdad, fatales violaciones de los derechos humanos./ En primer término, el sentido común, cualquiera noción básica de derecho que se tenga, y los expertos que consultó, han hecho que la Comisión concluya que no existe la “ley de la fuga” en los términos colacionados. No es *per se* justo ni legal que el captor de un detenido, o su custodio, por el solo hecho de intentar evadirse de aquél, y aunque hayan precedido toda suerte de advertencias, le dé muerte. En cada caso específico deberán sopesarse sus restantes circunstancias: peligrosidad del detenido; otros métodos posibles para interrumpir la fuga, menos drásticos que matarlo; facilidad de recapturarlo aunque se fugue, etc. (...) En fin, si debido a una fuga era necesario a la postre –después de ponderado todo lo que precede– disparar contra el evadido, se imponía no hacerlo, de partida, a matar./ En la especie, la Comisión encontró, sin embargo, que la autoridad –en sus versiones oficiales de estos hechos– no probó, ni siquiera enunció, ninguna de tan imprescindibles circunstancias; más aún, en ningún caso de “ley de la fuga” la Comisión pudo hallar rastro de investigación judicial (que era de absoluto rigor habiendo muertos) ni interno-institucional sobre los sucesos, pese a múltiples indagaciones y requerimientos al respecto. Ni hubo sobreviviente alguno, en los casos alegados, a la supuesta aplicación de la “ley de la fuga”./ Más aún, y prescindiendo de lo anterior, en ninguno de los casos que la Comisión estudió, la pretendida “fuga” le pareció ni aún mínimamente verosímil. Aparecen intentando fugarse personas inermes, custodiadas por un contingente numeroso y bien armado; personas amarradas, engrilladas o encadenadas; personas heridas, o en precario estado físico por obra de largas detenciones y de torturas; personas que se han presentado voluntariamente; etc.” (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Informe. T. I. 1991, pp. 104-105. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/170>). Luego, no resulta verosímil la explicación de que las víctimas habrían desobedecido la señal de alto, considerando



además que sus cuerpos presentaban múltiples heridas de bala y fueron abandonados en la vía pública.

**25°.** El requirente señala que las víctimas habrían sido asesinadas por agentes de la DINA (Marcelo Moren y Manuel Contreras). Al respecto, por un lado, se tiene que Van Schouwen y Munita fueron detenidos por la DINA y, por otro, que dos víctimas sin identificación fueron dadas de baja por no respetar la señal de alto y abandonados sus cuerpos en la vía pública. La identificación de estos cuerpos se estableció por informes del Registro Civil y del Servicio Médico Legal y no por la declaración del requirente. Además, independiente de la identidad de las víctimas, está el hecho que ellas fueron acribilladas a balazos y sus cuerpos abandonados en la vía pública por la patrulla militar que él comandaba. De manera que esta defensa en nada exculpa o atenúa la responsabilidad del requirente.

**26°.** El requirente afirmaría que las declaraciones prestadas por los integrantes de la patrulla militar son contradictorias. En este caso, se cuestionaría la valoración que el juez hizo de la declaración de los testigos, cuestión que escapa de la competencia del Tribunal Constitucional y también del ámbito de aplicación del precepto relativo a la confesión. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que las declaraciones de los dos integrantes de la patrulla militar coinciden en que la patrulla era dirigida por el requirente, que las víctimas habrían infringido el toque de queda y que el requirente habría dado la orden de disparar contra ellas. Uno de ellos recuerda además que el requirente disparó contra las víctimas, mientras el otro señala que el suboficial disparó contra las víctimas, pero no recuerda si el requirente también lo hizo. Por consiguiente, en lo sustancial, sus declaraciones están contestes.

**27°.** E) ¿Desestimar una parte de la confesión vulneraría la presunción de inocencia?

El requirente afirma que si el imputado reconoce un hecho, agregando circunstancias que lo eximen de responsabilidad o la atenúan, el juez no las considerará si el mismo imputado no las prueba, lo que invierte la carga de la prueba derivada de la presunción de inocencia. Lo cierto es que el art. 482 CpP prescribe que "Si el procesado confiesa su participación en el hecho punible, pero le atribuye circunstancias que puedan eximirlo de responsabilidad o atenuar la que se le impute, y tales circunstancias no estuvieren comprobadas en el proceso, el tribunal les dará valor o no, según corresponda, atendiendo al modo en que verosíblemente acaecerían los hechos y a los datos que arroje el proceso para apreciar los antecedentes, el carácter y la veracidad del procesado y la exactitud de su exposición.", por lo que la valoración de las circunstancias que exculpan o atenúan la responsabilidad deberá realizarla el juez sopesando los antecedentes que obren en el proceso, y resolverá según la convicción que adquiera.

Por lo tanto, si el requirente controvierte la acusación, debe solicitar las diligencias probatorias o acompañar los antecedentes probatorios que sirvan tal propósito, lo cual no es distinto al nuevo proceso penal, en el cual el imputado puede guardar silencio o, por el contrario, atacar la acusación del fiscal, para lo cual deberá

acompañar las pruebas en que apoye su teoría del caso o solicitar las diligencias al Ministerio Público, en su caso. En consecuencia, no hay vulneración de la presunción de inocencia, puesto que la carga de probar los hechos y la participación sigue recayendo en la parte que acusa y el acusado no debe probar que no es culpable, pero si estima que la acusación está considerablemente fundada y desea desvirtuarla, tendrá que abandonar la posición pasiva. Por lo demás, la sentencia condenatoria se hace cargo expresamente en los considerandos octavo y noveno de las defensas del requirente (fs. 78 y 79 del expediente constitucional).

#### IV. ARGUMENTACIONES FINALES

28°. Esta sentencia desestimatoria se ha articulado en torno al efecto normativo de la interpretación correcta a partir de cada precepto. Es ese el punto de partida y después, es necesario verificar, en un paso siguiente, el efecto inconstitucional concreto que produce la aplicación de la norma.

Por el contrario, el requirente realiza un conjunto de reproches amplios, generales, abstractos pero no usualmente basados en el cuestionamiento que se inicie desde una interpretación correctamente realizada de la norma.

Esta disonancia dificulta ajustar los argumentos generales con los específicos. Por lo mismo, precisaremos algunas conclusiones adicionales.

29°. En primer lugar, hay un cuestionamiento basado en el hecho del cambio constitucional y la existencia de un nuevo procedimiento penal.

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.

30°. 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). Ésta es una nueva forma de apreciar la supuesta inconstitucionalidad del modelo inquisitivo en circunstancias que la Constitución 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 inconstitucionalidad."<sup>21</sup>

31°. Una segunda, y última consideración genérica que realiza es que este Código de Procedimiento Penal implicaría una vulneración de la igualdad ante la ley al permitir la convivencia de dos procedimientos penales diversos distinguiendo entre dos tipos de chilenos sin un fundamento claro.

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 el ensayo y el 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.

---

<sup>21</sup> Historia de la Ley de reforma constitucional N° 19.519, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 45.

32°. En consecuencia, a partir de estos criterios. De su aplicación al caso concreto 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:**

- 
- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, EN LO QUE RESPECTA A LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 193; 205; 318; 330, INCISO PRIMERO Y 334, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.
  - II. QUE, POR NO HABERSE REUNIDO EL QUÓRUM EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, N° 6°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PARA ACOGER LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 481 Y 482 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SE RECHAZA TAMBIÉN A DICHO RESPECTO.
  - III. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.
  - IV. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

**DISIDENCIA**

Acordada la sentencia de rechazo con la disidencia de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán, y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes votaron por acoger, íntegramente, el requerimiento de autos, atendidas las consideraciones que exponen a continuación:

1º) Que son hechos relevantes de la causa las siguientes:

a) que el requirente, don Orlando Carter Cuadra, por entonces oficial de Ejército, ha sido condenado por sentencia de primera instancia de 11 de abril de

2017, por un hecho ocurrido el 13 de diciembre de 1973, esto es por haber dado muerte a dos personas pertenecientes al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, por no obedecer la orden de detenerse en horas de un toque de queda;

b) que la causa correspondiente fue sobreseída total y definitivamente el año 2015, no obstante lo cual a posteriori se reabre la investigación del hecho a raíz de una denuncia formulada por el Ministerio del Interior en contra del requirente, y

c) que este nuevo proceso penal -seguido como cuaderno separado en causa Rol N° 2182-98- se tramita conforme a las reglas del viejo Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación ha permitido que un mismo juez oficie de órgano instructor y enseguida de órgano sentenciador, y donde las pruebas acopiadas -obtenidas secretamente y sin abogado defensor durante el sumario-, han servido sucesiva e inexorablemente para procesar al afectado el 31 de diciembre de 2015 (fs. 3638), luego para acusarlo el 18 de abril de 2017 (fs. 3753) y, a la postre, para condenarlo el 11 de abril de 2017 (fs. 3863);

2º) Que los antecedentes reseñados en el párrafo inmediatamente precedente, revelan que, en su texto y consecuente aplicación, ese Código de 1906 no ofrece las garantías de un procedimiento y de una investigación justas y racionales, como exige el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental.

La posición dominante e incontrarrestable que asume el juez en estos casos, contrasta vivamente con las garantías y contrapesos que requiere actualmente un derecho a defensa cabal, como viene demandado, entre otros textos de reconocimiento general, por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cuyo solo enunciado, ni siquiera es advertido al afectado en presencia de un abogado defensor.

Estos disidentes ratifican, pues, los criterios expuestos por ellos en STC Roles N°s. 3681, 3699, 3996, 4210, 4390, 4391 y 4703, entre varias, relativas a esta temática. Además de reiterar el mandato que recae sobre los jueces de aplicar las garantías del nuevo Código Procesal Penal, a las causas que se tramitan con arreglo al referido Código de 1906, en la medida que contienen normas más favorables para los afectados.

### **PREVENCIÓN**

**La Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previenen que concurren a la sentencia, en sus respectivos votos, en el siguiente sentido:**

1º. De la misma manera que lo resuelto en los considerandos 15 y 16 de la sentencia Rol N° 2991, sobre aplicabilidad de las garantías de CPP al procesado bajo las reglas del antiguo procedimiento penal, que "si bien resulta comprensible la entrada en vigencia gradual -en tiempo y lugar-, del nuevo modelo procesal penal,

fundado en razones de índole prácticas relativas a su eficacia y adecuada implementación e instalación orgánica, de lo que dan cuenta la disposición Octava Transitoria de la Constitución Política así como de los artículos 483 y 484 del Código Procesal Penal y el artículo 4º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, esta circunstancia no podría obstar a que los jueces del crimen del viejo sistema procedimental, puedan aplicar aquellas garantías del nuevo Código evidentemente más favorables para los afectados, víctimas o inculpados y procesados de aquél sistema, cuestión que el juzgador deberá armonizar con las disposiciones e instituciones de este último cuerpo legal" (c. 15).

2º. "Lo anterior señalado de ninguna forma alterará la competencia del juez natural, es decir, del juez del crimen que debe conocer o que ha venido conociendo de los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal. Aquél, de comprobar que las garantías del viejo sistema pudieran resultar insuficientes para impedir la afectación de los derechos de un justo y racional procedimiento de un inculgado o procesado, no debiera tener impedimento para ponderar la aplicación de las nuevas garantías, pues, se encuentra obligado a respetar y dar cumplimiento a la Constitución, de acuerdo al mandato expreso del artículo 6º así como a las facultades de los artículo 10 y 11 del Código Procesal Penal, esto es, a adoptar las medidas y cautelas necesarias a los derechos de los imputados que no puedan ejercerlos y, asimismo, aplicar las nuevas leyes procesales a los procedimientos ya iniciados si fueren más favorables a tales sujetos" (c. 16).

3º. Lo razonado en los considerandos 15º y 16º del Rol N° 2991, precedentemente transcritos, tiene un correlato en la posterior sentencia Rol N° 3216, considerandos 20º a 24º, en que se mantiene el criterio, pero se formulan algunas precisiones concretas relativas a la presunción de inocencia, el derecho del imputado a guardar silencio, el conocimiento previo y completo de lo obrado en la investigación y, la libertad en la apreciación o valoración de la prueba y la incorporación al razonamiento, del principio *pro homine*, bajo el capítulo "E. Obligatoriedad de respetar las garantías del debido proceso y la aplicación del principio *pro homine* o favor persona.":

4º. "Que, por lo tanto, nada obsta a que un juez del crimen, del antiguo procedimiento penal, de comprobar que las garantías del viejo sistema pudieran resultar insuficientes para impedir la afectación del derecho a un justo y racional procedimiento, pueda ponderar la aplicación de las garantías contenidas en las nuevas leyes procesales, que amparen debidamente los derechos de los justiciados, afectados, víctimas, inculpados o procesados del antiguo sistema, respetando la naturaleza del anterior procedimiento. Ello -como ya se ha expresado- no implica alterar la competencia del juez natural, es decir de aquél que ha venido conociendo de los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal" (c. 20º).

5º. "Que de acuerdo a lo anteriormente señalado y en base a un ejercicio de interpretación conforme a la Constitución y de naturaleza progresiva y extensiva,

debe entenderse que los preceptos del Código Procesal Penal rigen desde su entrada en vigor, por reconocer derechos y garantías acordes a la Constitución Política de la República. En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina, precisando que: (...) así ocurre en las normas que obligan al juez de garantía a cautelar los derechos que le otorgan al imputado las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren, vigentes (art. 10); cuando se reconoce el derecho de todo imputado a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, o cuando se establece que en el proceso penal la libertad personal podrá ser afectada en grado de privación -prisión preventiva- sólo en forma excepcional, y que debe preferir la aplicación de otras medidas cautelares de carácter personal de menor intensidad" (PFEFFER, Emilio, Entrada en vigencia del nuevo código procesal penal en el país, Revista *Ius et Praxis*, vol. 7 n° 2, julio-agosto, 2001, pp.261-262)"(c. 21).

6°. "Que lo anterior también puede decirse de otras normas sustantivas procesales que contemplan garantías judiciales penales, tales como la presunción de inocencia, el derecho del imputado a guardar silencio, el conocimiento previo y completo de lo obrado en la investigación y, la libertad en la apreciación o valoración de la prueba" (c. 22).

7°. "Que por lo demás, lo anteriormente expuesto guarda armonía con la jurisprudencia de esta Magistratura, la cual ha sostenido al respecto, que el hecho de que algunos juicios criminales continúen tramitándose en la forma prevista por las antiguas leyes procesales, no implica sustraerlos de aquellas garantías sobrevinientes - constitucionales o legales- que les sean lógicamente compatibles" (STC Rol 3285 c.13 del voto por acoger el requerimiento). En el mismo sentido la STC Rol N° 2991 señaló en su considerando 20 que "no puede existir incompatibilidad entre el viejo procedimiento penal con respecto a todos aquellos preceptos del nuevo Código que se ajustan a las garantías constitucionales de un justo y racional procedimiento, debiendo el juez del crimen aplicarlos sin dilación ni habilitación especiales. El desconocimiento -agrega- de los derechos y garantías judiciales penales de aquellos imputados o procesados de acuerdo al viejo sistema. Importa una vulneración a los derechos esenciales de la persona, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes" (c 23).

8°. "Que la interpretación que se viene señalando guarda, por lo demás, una apropiada correlación con el principio *pro homine* o favor persona que esta Magistratura ha propugnado, a modo de criterio interpretativo, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 1191 (c. 19°). En efecto, el aludido principio supone, en términos generales, favorecer aquella interpretación normativa que propicie el resultado más acorde con los derechos de la persona.

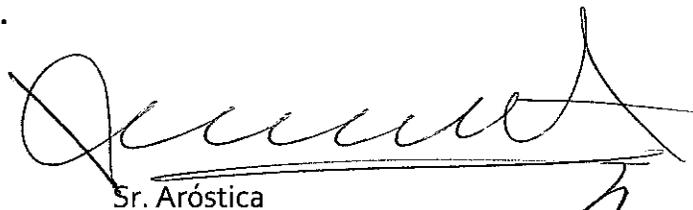
Como lo dijera el juez Rodolfo Piza Escalante, en su voto particular, de la Opinión Consultiva OC-7/86, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de "(Un) criterio fundamental (que) (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen." De esta forma, si bien se trata de un parámetro hermenéutico desarrollado originalmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido proyectando sobre el ámbito del derecho interno de los Estados. Con mayor razón, cuando una Carta Fundamental como la nuestra, se apoya en una visión esencialmente antropológica donde la persona -esencialmente digna- es el centro del quehacer del Estado y de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico como un todo. (Arts. 1º, incisos primero y cuarto). En este sentido, el principio *pro homine* supone, desde luego, aplicar, como en este caso, la ley penal más favorable a quien es objeto del juzgamiento con tal de que no se vaya en detrimento de los derechos de otras personas y sin que resulte relevante que la norma sea posterior si "es que ello supone favorecer en mejores términos el derecho a un procedimiento racional y justo. De allí que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos vs. Perú (2001), no se trata de impedir, en el caso concreto; la investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables en un crimen o delito sino que, simplemente, de asegurar que dicho enjuiciamiento se verifique conforme a los estándares de un procedimiento racional y justo asegurados a toda persona en el inciso sexto del artículo 19 N° 3º de la Constitución Política". (c. 24).

Redactó la sentencia y el voto por rechazar la impugnación a los artículos 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, el Ministro señor Gonzalo García Pino. A su turno, el voto por acoger dichas normas fue redactado por el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González.

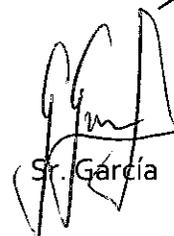
La disidencia fue redactada por el Presidente del Tribunal, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 3948-17-INA.**



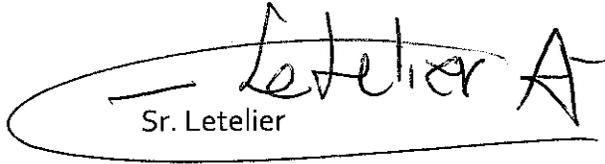
Sr. Aróstica



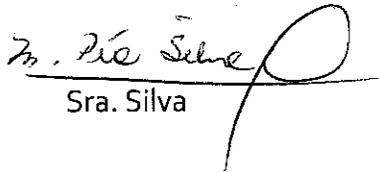
Sr. García



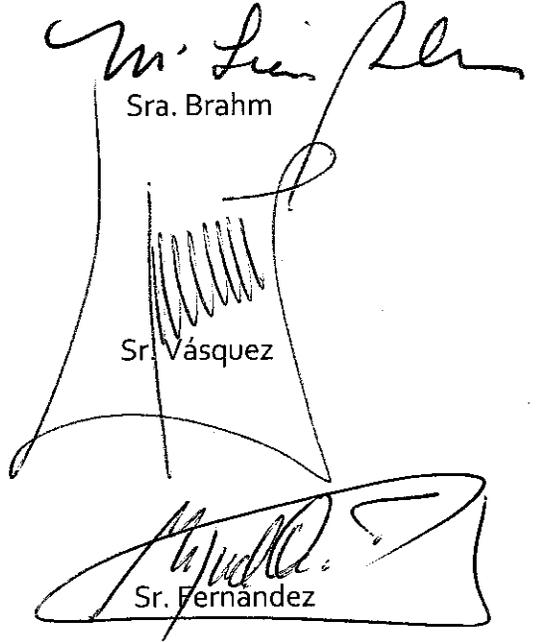
Sr. Romero



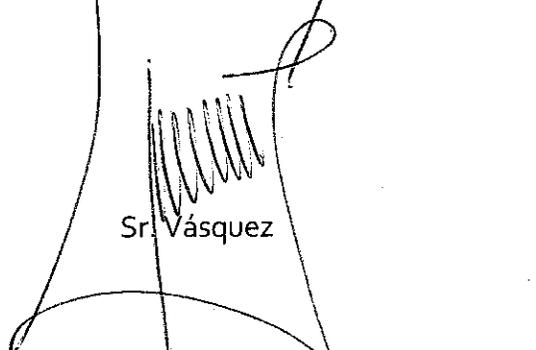
Sr. Letelier



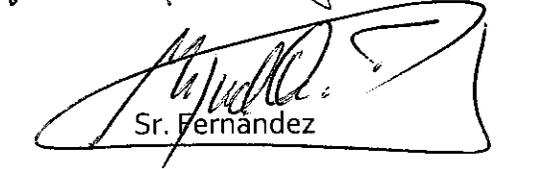
Sra. Silva



Sra. Brahm



Sr. Vásquez



Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

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

