

Santiago, diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

Proveyendo al escrito de fojas 406, atendido lo dispuesto en el artículo 22, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, no ha lugar.

Proveyendo a las presentaciones de fojas 394, 401 y 404, a todo, estese a lo que a continuación se resolverá.

VISTOS:

Con fecha 23 de octubre de 2017, René Riveros Valderrama ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 78 inciso primero, 298, 299, 300, 303, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327 y 328 del Código de Procedimiento Penal, referidos al secreto del sumario, a la incomunicación y a la declaración del inculpado, por cuanto su aplicación resultaría contraria a la garantía del debido proceso y la igualdad ante la ley.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.

La preceptiva impugnada dispone:

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

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

Art. 298. (320) El detenido o preso puede ser incomunicado por el juez cuando fuere indispensable para la averiguación y comprobación del delito.

Art. 299. (321) La incomunicación podrá durar, si fuere necesario, todo el tiempo de la detención y, si ésta se convirtiere en prisión preventiva, podrá prolongarse hasta completar el término de diez días.

Art. 300. (322) El juez podrá decretar una nueva incomunicación del procesado cuando nuevos antecedentes traídos al sumario dieran mérito para ella; pero esta incomunicación no podrá exceder de cinco días.

Art. 303. (325) Se permitirá que el incomunicado conferencie con su abogado en presencia del juez con el objeto de obtener

medidas para hacer cesar la incomunicación. La solicitud oral o escrita en tal sentido no podrá ser denegada.

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.319. Todo detenido debe ser interrogado por el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que hubiere sido puesto a su disposición.

Lo dispuesto en el inciso precedente es sin perjuicio de lo que establece el artículo 272 bis.

Si la detención ha tenido lugar con motivo de un delito flagrante, el juez procederá conforme lo prescribe el artículo 264.

Art. 320. (342) La declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere.

Artículo 321.- La primera declaración del inculpado o procesado comenzará con un interrogatorio de identificación, al cual deberá siempre responder. Se le preguntará su nombre, apellido paterno y materno, su apodo si lo tuviere, su edad, lugar de nacimiento y de su residencia actual, estado, profesión, oficio o modo de vivir, si ha sido procesado anteriormente, por qué delito, en qué juzgado, qué pena se le impuso, si la cumplió, si sabe leer y escribir y si conoce el motivo de su detención. Se le interrogará también sobre los lugares donde trabaja y se dejará constancia de los números de teléfonos por medio de los cuales sea posible comunicarse con él y de los datos que arroje su cédula de identidad, la que deberá exhibir.

Si es menor, deberá indicar el nombre de los padres o de las personas a cuyo cuidado se encuentre, y todos los datos necesarios para verificar su edad.

Artículo 322.- Las demás preguntas que se dirijan al inculpado o procesado tendrán por objeto la averiguación de los hechos y de la participación que en ellos hubiere cabido a él u otras personas.

Según la naturaleza y circunstancias del delito, se le preguntará también acerca de los bienes que tiene y de los ingresos que percibe; el nombre, estado y profesión de las personas con quienes vive, las labores específicas a que está dedicado y demás circunstancias personales y domésticas que puedan influir en la determinación de los móviles del delito.

El juez informará al inculpado cual es el hecho que se le atribuye y podrá hacerle saber las pruebas que existieren en su contra, invitándole en seguida a manifestar cuanto tenga por

conveniente para su descargo o aclaración de los hechos, según lo previsto en el artículo 329, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Si las circunstancias exigieren explicaciones de su conducta que puedan establecer su inculpabilidad o culpabilidad o la de otras personas imputadas en el delito que se investiga, el juez procurará insertar literalmente las preguntas y respuestas que versaren sobre esta materia.

Art. 323. (345) Es absolutamente prohibido no sólo el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el inculpado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva, como sería la que tienda a suponer reconocido un hecho que el inculpado no hubiere verdaderamente reconocido.

A fin de asegurar 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.

Art. 324. (346) Las relaciones que haga y las respuestas que dé el inculpado serán orales.

Podrá, no obstante, el juez, en vista de las circunstancias del inculpado o de la naturaleza de la causa, permitirle que redacte a su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que consulte, también a su presencia, apuntes o notas.

Art. 325. (347) Se pondrán de manifiesto al inculpado todos los objetos que contribuyan a comprobar el cuerpo del delito a fin de que declare si los reconoce. Se le interrogará acerca de la procedencia y el destino de los objetos que reconociere y acerca de la razón de haberlos encontrado en su poder y, en general, sobre cualquiera otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad.

Gestión pendiente.

La gestión pendiente invocada es el proceso penal Rol 2182-998, seguido ante el Ministro Mario Carroza Espinoza, en la denominada "Operación Cóndor", en etapa de plenario, en el cual el requirente es acusado por delitos de secuestro de dos personas y homicidio calificado de cinco personas, en calidad de autor.

En cuanto a los fundamentos de hecho y derecho.

Expone que la imposición y obligación de prestar declaraciones indagatorias como inculpado y la privación del conocimiento de la investigación en forma previa a cualquier declaración, hace posible que el juez o el actuario puedan presentar al imputado información parcial o sesgada forzándolo psicológicamente a prestar declaración indagatoria, cosa que ha sucedido de manera sistemática en el proceso penal inquisitivo.

Alega que el juez tiene naturaleza humana y estas causas un sesgo político, por lo cual no se puede dar espacio a una presunción de rectitud, estando en juego las garantías constitucionales. Afirma que la gran mayoría de las normas del aludido Código referidas a citación, detención, prisión preventiva, arraigo y declaraciones del inculpado, vulneran flagrantemente el derecho a la igualdad y la igual protección en el ejercicio de los derechos recogidos por la Constitución, alegando que la prueba en el sumario sin control de la defensa ha sido fuente fértil de arbitrariedades.

Posteriormente, alega que la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal dejó fuera a las llamadas causas de derechos humanos que se tramitan con un sistema opuesto al vigente desde hace 17 años. Expone que en el nuevo sistema, el artículo 93 letra g), permite optar entre el derecho a la declaración voluntaria o el derecho a guardar silencio, sin consecuencias, se permite conocer en todo momento el contenido de la investigación y comparecer con abogados defensores, cumpliendo estándares de debido proceso emanados del derecho internacional.

Expone que una eventual condena debe fundarse en medio de prueba legalmente obtenido para lo cual es muy relevante la declaración de inaplicabilidad.

En referencia los artículos impugnados, señala que el auto de procesamiento invoca como fundamentos sus propias declaraciones, que las normas establecen la obligación de declarar y que se priva al imputado de su derecho a guardar silencio consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Código Procesal Penal.

Disposiciones constitucionales que se alegan infringidas.

Expone que así se vulnera la garantía de igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la presunción de inocencia y el derecho a defensa, todos ellos amparados por el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2º y 3º.

A continuación, expone que si bien la disposición 8º transitoria de la Constitución permitió la convivencia temporal de dos sistemas de ajusticiamiento criminal, ello no se refiere estrictamente a la

estructura orgánica y no implica una autorización para vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley, cita al efecto las sentencias Roles N°s 1718, 2493 y 2991 de esta Magistratura.

Argumenta que si bien es cierto no puede alterarse el juez natural de las causas, si se podría diferenciar entre jueces sustanciadores y jueces sentenciadores para poder dar plena vigencia a la garantía necesaria de diferenciar la investigación del juzgamiento.

A continuación, cuestiona que se le dé valor a la prueba del sumario sin que pueda ser confrontada, agregando que la comparecencia de testigos al plenario queda al arbitrio del juez, que es el mismo que ya procesó y acusó.

Cuestiona que el inquisidor impida al abogado defensor controlar y presenciar la indagatoria, que no se aplique a todos los delitos la valoración de prueba de la sana crítica y que no se elimine la incomunicación del inculcado propia del sistema antiguo, todo lo cual, reitera, vulnera las garantías constitucionales que ya invocó.

Expone que en este tipo de casos se ha aplicado la reclusión domiciliaria en lugar de la prisión preventiva, lo cual demuestra que el sistema antiguo puede ser aplicado en pleno respeto del estándar de garantías vigente, a lo cual agrega que no debe olvidarse que el Estado de Chile debió adecuar su sistema procesal penal a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos para cumplir sus compromisos internacionales.

Afirma que no existe razón constitucional para obligar a declarar al imputado y que tampoco existe motivo para privarlo del derecho a guardar silencio, por lo cual la aplicación de la preceptiva cuestionada genera una diferencia arbitraria al permitir este trato diferenciado y gravoso, agregando que el secreto del sumario hace ilusorio además el ejercicio del derecho a defensa al no poder saber de qué hay que defenderse.

Alega también como vulnerado, además, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, en cuanto a las garantías del debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que cita al efecto, además de los instrumentos de derecho internacional a que alude a fojas 23.

Admisión a trámite y admisibilidad.

Con fecha 3 de noviembre de 2017, en votación dividida, la Primera Sala de este Tribunal acogió el requerimiento y confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuado el traslado y tras oír alegatos, el requerimiento fue declarado admisible con fecha 4 de diciembre, en votación dividida,

ordenándose la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Traslado sobre el fondo del conflicto constitucional.

Posteriormente se confirió traslado para resolver acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 201, el Programa de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo evacuó el traslado conferido dando cuenta de los antecedentes de hecho de la gestión y de la función que cumplen las normas cuestionadas en el proceso penal antiguo.

Expone que la inaplicabilidad es una vía inidónea para impugnar resoluciones judiciales como lo ha declarado reiteradamente esta Magistratura en diversidad de procesos que cita al efecto, lo cual hace improcedente el requerimiento formulado.

Por otra parte, en lo que dice relación con las normas referidas a la incomunicación del reo, expone que las mismas ya recibieron aplicación y que la vía pertinente para reclamar órdenes decretadas con infracción a normas legales vigentes es el recurso de amparo, citando al efecto sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1463-15, referida al propio imputado en la gestión invocada, en la que se declaró que si el inculpado es puesto en libertad o se subsanan los efectos, el amparo será acogido, mas en el caso concreto no lo fue acogido y posteriormente el recurrente de amparo se desistió.

En cuanto a las garantías del imputado dentro de un proceso y el acceso de las víctimas a la justicia, se refiere a los elementos consignados como propios del debido proceso por este Tribunal en sentencia Rol N° 478: oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, derecho a la prueba y la impugnación de lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y que se encuentre establecido con anterioridad por el legislador. Posteriormente, agrega lo razonado en sentencia Rol N° 986 por este Tribunal, en orden a que una perspectiva de derechos fundamentales del debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho de las víctimas a acceder a la justicia para perseguir y sancionar a los culpables, debiendo descartarse toda interpretación que lesiones ese derecho del afectado por un delito, lo cual conlleva necesariamente el rechazo del requerimiento formulado.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento, con expresa condena en costas y acompaña un conjunto de documentos referidos al recurso de amparo que aludió, a la libertad del requirente y a una solicitud de nulidad de actuaciones formuladas por su defensa, incidencia que fue rechazada.

A fojas 267 la abogada Paola Flores, en representación de la querellante Paulina Veloso Valenzuela, en calidad de víctima, evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo del mismo, por no existir violación alguna a la Constitución Política. Expone que la participación criminal del requirente se encuentra acreditada no sólo por sus propias declaraciones, sino por la declaración de otros agentes, agregando que su abogado afirmó en el proceso que efectivamente el inculpado participó de la Brigada Lautaro de la DINA y que estuvo ocasionalmente en el cuartel Simón Bolívar, un centro de detención clandestino e ilegal que según los propios inculpados era un lugar de exterminio.

Agrega que la defensa afirma que en la época de ocurrencia de los hechos el requirente no habría estado allí, porque habría permanecido en la Subdirección Exterior de la DINA, lo cual llama la atención en la medida que lo investigado es justamente una operación internacional de dicho organismo.

A fojas 269, invoca un escrito del abogado de la defensa en el cual se señala que la detención de Alexei Jaccard, cónyuge de la querellante Veloso, se habría producido casualmente en Buenos Aires al detener a dos ciudadanos argentinos y que producto de la tortura a esas personas, se abrió una línea de investigación que derivó en su detención.

Expone que esa declaración espontánea, por escrito, en conocimiento del expediente y de su abogado, no puede ser calificada como vulneratoria de derechos fundamentales.

Agrega que el requirente invoca un sesgo político en la causa de la gestión pendiente. Es un hecho acreditado que en dicho proceso penal se investigan graves crímenes con propósito de eliminación, secuestro, desaparición y asesinato de adversarios políticos, de forma planificada, sistemática, masiva y reiterada, como se ha señalado por organismos internacionales y por tribunales en sentencias ejecutoriadas. Fue una decisión política de las autoridades del gobierno de la época el exterminar a las personas que integraban los partidos políticos opositores, secuestrando y torturando, incluso en otros países. Sin duda, las razones del exterminio de seres humanos eran políticas, mas en procesamiento la acusación fiscal y proceso penal de que trata el presente recurso, se han fundado en estrictas razones de derecho. Expone que los inculpados transgredieron gravemente derechos humanos y cometieron crímenes de lesa humanidad, pero a ellos se les han respetado todos sus derechos, argumentando que siempre el requirente ha tenido derecho a defensa, que ha conocido en su totalidad el expediente, que los procesados han podido recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que el requirente ha declarado libremente y que no se encuentra privado de libertad, agregando

que en el nuevo sistema del Código Procesal Penal la gravedad y reiteración de los delitos por los cuales se le acusa, probablemente no le permitirían estar en libertad en esta etapa procesal.

Concluye que tras la detención del desaparecido Jaccard, en 1977, los amparos fallidos en su favor, una querrela criminal por su desaparición, la persecución a los familiares de las víctimas, el silencio y denegación de justicia, recién tras cuarenta años, es posible conocer una parte de la verdad. Agrega que en ese contexto son los familiares de estas víctimas los que han sufrido violación de sus derechos: a la verdad, a la justicia y a encontrar los restos de sus familiares. Concluye así que la única finalidad del requerimiento es dilatar el proceso penal con la sola pretensión de extender el tiempo.

Expone que la preceptiva impugnada no tendrá aplicación ni resultará decisiva en lo que resta de la gestión pendiente, ya que la inaplicabilidad no puede tener efecto retroactivo y las normas cuestionadas se refieren al sumario aun cuando la causa está en etapa de plenario. Agrega que el requerimiento carece de fundamento plausible, que impugna un sistema normativo completo, lo cual lo hace improcedente, que busca modificar un sistema procesal previsto por el legislador y que no indica con precisión ni fundamento suficiente cómo se producirían las infracciones a la Carta Fundamental.

Finalmente, señala a fojas 278, que no son ciertas las infracciones a la Constitución, pues hubo conocimiento del sumario, se designó abogado defensor, hubo pleno conocimiento de la prueba de cargo, negación expresa de la participación criminal por el inculpado, derecho al recurso respecto de las acusaciones apelables y no ha habido vulneración de la presunción de inocencia puesto que el requirente se mantiene en libertad a pesar de la gravedad de los hechos.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento, con expresa condena en costas.

A fojas 280, comparecen las querellantes hermanas Stoulman Pessa, querellantes por la desaparición de sus padres, y Tatiana Jaccard, hermana de la víctima ya aludida, también querellante. Evacuan el traslado conferido solicitando el rechazo del requerimiento con expresa y ejemplar condena en costas, por no existir infracción alguna a la Constitución y derechos y por ser el requerimiento una maniobra únicamente dilatoria.

Exponen que en la gestión invocada el proceso penal por la Operación Cóndor, la causa se encuentra en estado de plenario y que el requerimiento no cumple con el estándar necesario para ser acogido, al no explicar la forma en que se vulneraría la

Constitución. Agregan, que en este proceso se juzga la Operación Cóndor, uno de los capítulos más oscuros de la historia del continente, en el cual gobiernos dictatoriales coordinaron una operación de terrorismo estatal transnacional. Exponen que el requirente sólo invoca los artículos cuestionados y los derechos que estarían infringidos, sin dar mayor argumentación, no probando por qué existiría lesión de derechos y cuestionando en realidad el sistema procesal aplicable a los procesos sobre graves violaciones a los derechos humanos. Agrega que la preceptiva impugnada ya recibió aplicación en etapa de sumario, señalando que varias de las normas que se cuestionan son garantías para el propio imputado, entre ellas, el artículo 323 que impide la tortura. Agrega que hay otros preceptos que no han sido impugnados, lo que conduce al rechazo del requerimiento, aludiendo a los artículos 108, 110 y 111 del Código de Procedimiento Penal, referidos a las facultades del juez en la etapa de sumario.

Agrega que según el artículo 424 del mismo Código, al dictar el auto acusatorio se deben fijar los hechos y los medios de prueba para acreditar los hechos y la participación y recién ahí se alude a la prueba del sumario.

Agrega que la acción de inaplicabilidad debe rechazarse porque se ajusta a la Constitución investigar y juzgar crímenes de lesa humanidad, agregando que el proceso penal por la Operación Cóndor es cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Almonacid Arellano con Chile.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo con costas.

A fojas 312, el abogado Alberto Espinoza, por los querellantes familia Velásquez, solicita el rechazo del requerimiento, alegando incompetencia de este Tribunal, puesto que más que una inaplicabilidad el requerimiento se refiere a un cuestionamiento global del sistema procesal que debe usar el juez del fondo, en base a enunciados genéricos abstractos, sin consistencia jurídica ni especificidad, extendiendo los argumentos a todos los declarantes e imputados, a títulos completos del Código, por lo cual el requerimiento carece de fundamento, el tribunal carece de competencia y el fondo constitucional del conflicto es difuso.

Expone que lo cuestionado es consecuencia del artículo 483 del Código Procesal Penal y de los artículos 77 y 8° transitorio de la Constitución Política.

Por todo lo anterior, solicita el rechazo del requerimiento y condena en costas.

Autos en relación.

Concluida la tramitación del proceso se ordenó traer los autos en relación.

Vista de causa y adopción de acuerdo.

Con fecha 26 de abril, se verificó la vista de la causa y se adoptó acuerdo.

Conflicto constitucional.

PRIMERO: Que el requirente plantea la solicitud de que se declare inaplicables por inconstitucionales los artículos 78, inciso 1°, 298, 299, 300, 303, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 326, 327 y 328 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la Causa de Rol N° 2.182-1998, conocida como la “Operación Cóndor”, en la cual está acusado en una investigación que se encuentra en estado de plenario (fs. 31 del expediente) y que ha sido investigada por el Ministro en Visita Extraordinaria señor Mario Carroza;

SEGUNDO: Que en su escrito plantea que el conflicto constitucional denunciado implicaría vulneraciones a los artículos 19, numerales 2° y 3° de la Constitución puesto que la aplicación de estas normas procedimentales afectarían la igualdad ante la ley y la igual protección en el ejercicio de los derechos, especialmente, en cuanto comprometen el derecho a defensa jurídica y el respeto al debido proceso;

TERCERO: Que las imputaciones específicas se refieren a los efectos de dieciséis artículos del Código de Procedimiento Penal en cuanto configurarían un medio para establecer prueba ilícita. Además, impondrían la obligación legal del inculpado de comparecer y declarar violando su derecho a guardar silencio. Tal normativa regularía la posibilidad de un régimen de incomunicación. Asimismo, impondrían vulneraciones a la presunción de inocencia y al derecho que tiene la defensa de conocer los antecedentes, hechos e imputaciones sobre los cuales se le acusa en razón del secreto del sumario;

II.- Cuestiones sobre las cuales no se pronunciará esta sentencia y otras que exigen pronunciamientos previos.

CUARTO: Que a esta Magistratura no le compete establecer orientaciones sobre la investigación judicial en que se funda la gestión pendiente. Que tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento;

QUINTO: Que del mismo modo en que esta Magistratura lo ha hecho en otras oportunidades, lo regular es que las salas, de

conformidad con el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución tienen la competencia en exclusiva para declarar la admisibilidad de estos requerimientos. Como es natural, tal examen lo realiza solo la mitad de los Ministros del Tribunal, sin perjuicio que compromete la voluntad completa de éste. Sin embargo, la incorporación de nuevos antecedentes de la gestión pendiente así como el nuevo análisis que hacen los Ministros que no integraron la sala que vio el caso en sede de admisibilidad, puede llevar a que se replanteen algunas cuestiones propias de admisibilidad por parte del pleno, pero bajo el rótulo de la procedencia/improcedencia de las causales establecidas en el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

SEXTO: Que sobre la base de estas consideraciones desarrollaremos algunos criterios mínimos y comunes al conjunto de Ministros que planteará la improcedencia de este requerimiento resolviendo el rechazo del mismo. Todo lo anterior, no impide que por la vía de las prevenciones las Ministras y los Ministros incorporen nuevos argumentos para sostener igual rechazo con argumentos adicionales;

III.- Criterios comunes de rechazo.

SÉPTIMO: Que desarrollaremos estos criterios como un mínimo común denominador, asociando los mismos a los preceptos legales que se estimaban inconstitucionales;

1.- En el estado actual de la gestión pendiente estos preceptos no son decisivos.

OCTAVO: Que los preceptos legales reprochados se refieren al procedimiento penal antiguo, el que se divide en etapas de sumario y plenario. Las normas cuestionadas, en su totalidad, se refieren a la etapa del sumario.

El sumario está constituido por “las diligencias dirigidas a preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos y asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria” (artículo 76, inciso segundo del CPP). 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).

Sin embargo, como consta a partir del certificado de la causa (fs. 31) y de la contestación de la acusación fiscal (fs. 208 y siguientes), la causa se encuentra en estado de plenario y, según lo debatido en la vista de la misma, dentro de éste el momento exacto de tramitación es que está en estado de oír sentencia.

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);

NOVENO: Que este estado de tramitación, en relación con la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada ante esta Magistratura, implica que las normas impugnadas no serán decisivas en la gestión pendiente por variadas razones. Primero, por su dimensión temporal lógica, no es posible retrotraer las actuaciones ya acontecidas en el tiempo. Segundo, por una regla de debido proceso. En los procedimientos hay un orden consecutivo legal que dimana del deber del legislador de establecer un “debido” proceso. Ese orden revela un ejercicio lógico, carente de arbitrariedad, en donde un trámite es el precedente de otro el que a su vez antecede al siguiente y así de un modo sucesivo. Tercero, porque los errores o vicios del procedimiento son parte de la estructura lógica del mismo debido proceso. Para ello, el vicio debe fundarse en dos consideraciones. Por una parte, en que del vicio respectivo se deduzca un daño o perjuicio. Y que éste se reproche mediante la respectiva interposición de la acción de nulidad que el procedimiento contempla (artículo 71 del Código de Procedimiento Penal). Tal como se reconoce a fs. 208 y siguientes de este expediente y basado en argumentos similares a los que fundan este requerimiento el ejercicio de las nulidades respectivas se realizó, resolviéndose los vicios indicados. Cuarto, que el reproche relativo a la configuración de la hipotética prueba ilícita durante el sumario no se consolida por sí misma en el plenario, puesto que para ello se requiere renuncia expresa a la práctica de diligencias por parte del procesado (artículo 449 del Código de Procedimiento Penal). Por el contrario, la actividad procesal del inculpado puede llevar a debatir toda la prueba, según lo acreditan todos los medios de prueba disponibles que se pueden presentar de acuerdo al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal y siguientes, entre ellos, las reprochadas declaraciones de testigos, la confesión y las presunciones e indicios, entre otros. La prueba se rinde “dentro del término probatorio” (artículos 453 y 490 del CPP), ordenando el juez diligencias probatorias “por decreto judicial notificado a las partes” (artículo 452 del CPP) y “conducentes a demostrar los hechos materia del juicio (artículo 452 del CPP). Su objetivo está delimitado por la convicción en la condena o absolución. “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por

la ley” (artículo 456 bis del CPP). Por tanto, no es posible un retorno al sumario ni lógica, ni temporal ni jurídicamente;

2.- Que los específicos preceptos legales ya se aplicaron siendo irrelevante su inaplicabilidad.

DÉCIMO: Que así como analizamos en general y abstracto la imposibilidad de que dichas normas puedan recibir aplicación, cabe analizarlas ahora en concreto;

DECIMOPRIMERO: Que existe un conjunto de cuatro preceptos legales reprochados (artículos 298, 299, 303 y 303 del CPP) que son parte del régimen de incomunicación que regula el párrafo 5°, del Título IV, del Libro XXX del CPP. En este caso, se trata de un reproche a la institución misma de la incomunicación y respecto de la cual no tendremos un pronunciamiento de fondo en esta sentencia;

DECIMOSEGUNDO: Que, sin embargo, a efectos del caso concreto, el requirente estuvo incomunicado por dos días y su defensa presentó un recurso de amparo por tal circunstancia. El informe del Ministro en Visita extraordinaria señor Mario Carroza indicó (fs. 263 del expediente) que su fundamento fue “mantener apartado al detenido de marras del resto de los procesados privados de libertad, en orden a garantizar que las declaraciones subsecuentes, en especial la de aquellos procesados que en declaraciones previas lo involucraban directa e inequívocamente en la comisión de los delitos que se cometieron en el Cuartel de Simón Bolívar, por efectivos de la DINA, y que investigados en la causa de autos, no se vieron influenciados durante el fin de semana, por una posible intromisión de éste”.

No obstante, su defensa, según consta a fs. 265 de este expediente, se desistió del recurso de amparo y no procedió a su continuación. Por lo tanto, este reproche dejó de ser relevante puesto que su propia defensa así lo desestimó el 2 de septiembre de 2015. En consecuencia, estas normas ya no tendrán nueva aplicación, no solo por estar en plenario el procedimiento sino porque ni siquiera en su momento se estimó perseverar en su reproche;

DECIMOTERCERO: Que el artículo 78 del CPP, impugnado, da cuenta de que las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por ley. En esta sentencia no nos pronunciaremos sobre el fondo de la cuestión que plantea el secreto de algunas actuaciones judiciales, sin embargo, atenderemos a su ejercicio concreto en esta causa;

DECIMOCUARTO: Que a fs. 255 del expediente la defensa del requirente en autos, solicita conocimiento del sumario el cual es concedido de inmediato por el Ministro en Visita, según consta a fs.

258 de este expediente. Por tanto, no existió una aplicación del artículo 78 del CPP que le impidiese conocer la investigación judicial a partir del momento en que adquirió noticias de la misma. En tal sentido, se trata de una norma que carece de sentido solicitar su inaplicabilidad puesto que no solo ya hay otro estadio, sino que en aquel en donde existió fue levantado en cuanto lo solicitó;

DECIMOQUINTO: Que el requirente impugna un conjunto amplio de artículos relativos a las declaraciones, aludiendo que en estos preceptos legales se vulnera su derecho a guardar silencio, particularmente, porque estas declaraciones permitieron “obtener una desinformada y forzada declaración judicial o extrajudicial del inculpado”. En especial, pone énfasis en el hecho de que “el juez que instruye el sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos” (artículo 318 del CPP). Sin perjuicio, de que en abstracto pueda estimarse una norma que puede inducir a la máxima garantía para el inculpado como a una especie de permanente hostigamiento judicial, lo cierto es que esta norma ni ninguna de las reprochadas sanciona el silencio;

DECIMOSEXTO: Que en la práctica, tal cual quedó en evidencia durante la vista de la causa, de sus declaraciones judiciales se desprende una defensa que hizo uso permanente de su derecho a guardar silencio y que no se vio coaccionada por la interpretación judicial (fs. 158 y 159 de este expediente). Esos actos procesales preparatorios ya se realizaron y en la etapa del plenario en su rendición de pruebas se garantiza dicho silencio (“el silencio del imputado no implicará un indicio de participación, culpabilidad o inocencia”. Artículo 484, inciso segundo, del CPP). Además, se trata de reproches respecto de los cuales la defensa del requirente interpuso incidente de nulidad, y recurso de hecho. Ambos fueron desestimados por no causar un gravamen irreparable (Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa criminal, 235-2017). En consecuencia, se trata de impugnaciones relativas a reglas que ya se aplicaron y que estando revestidas de otras garantías procesales o materiales para su cuestionamiento procesal posterior, fueron desestimadas en la práctica, siendo irrelevante una potencial inaplicabilidad de dichos preceptos cuestionados;

3.- Que algunos preceptos legales contienen reglas de garantías para el procesado no siendo razonable la estimación de vulneraciones constitucionales.

DECIMOSÉPTIMO: Que el estándar alegado ante esta Magistratura consiste en la vulneración de derechos fundamentales, en este caso, a la igualdad ante la ley y a la igual protección en el ejercicio de los derechos. En algunos casos, los preceptos legales

reprochados contienen una ausencia o deficiencia argumentativa acerca de cómo producirían 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;

DECIMOCTAVO: Que el artículo 319 del CPP nos refiere que “todo detenido debe ser interrogado por el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que hubiere sido puesto a su disposición”. El inciso segundo del literal c) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución, establece un plazo de cuarenta y ocho horas que tiene la autoridad para dar aviso al juez competente, “poniendo a su disposición al afectado”. De este modo, la inmediata interrogación del imputado es una garantía de sometimiento a la justicia y de dejar la sujeción administrativa que precede a una detención. Ello configura una garantía de la libertad personal y no se ve en qué puede afectar sus derechos fundamentales;

DECIMONOVENO: Que el artículo 320 del CPP establece que la “declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento”. De este modo, esta norma no hace sino reiterar una garantía constitucional como aquella que indica que “en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio” (artículo 19, numeral 7°, literal f) de la Constitución). Por tanto, no se divisa cómo este precepto legal podría generar una infracción constitucional;

VIGÉSIMO: Que el artículo 323 del CPP es un mecanismo de garantía de sus derechos y, especialmente, de la libertad de sus declaraciones, de un modo que tal que impida una declaración judicial o confesión bajo amenazas o coacciones. Asimismo, configura deberes judiciales gravosos respecto de descartar todo riesgo de torturas o amenazas al procesado;

VIGESIMOPRIMERO: Que el artículo 324 del CPP 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. 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, no se advierte que ello pueda devenir en una regla procesalmente que se ajuste a los parámetros de racionalidad y justicia que exige el debido proceso;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, finalmente, hay otro conjunto de preceptos impugnados, a saber, los artículos 318, 321, 322, 325, 326, 327 y 328 del CPP que tienen un carácter neutral en sus procedimientos de un modo que no parecen tener una incidencia significativa en la causa. Del mismo modo, lo plantea la minoría en esta causa que no parece encontrarle reproches específicos a estas reglas. Por lo anterior, parece innecesario centrarse en un examen profundo de los mismos, sin que el propio requerimiento haya aportado los elementos de juicio que permitan estimar la potencial infracción constitucional;

VIGESIMOTERCERO: Que, en consecuencia, adoptados estos criterios que nuevamente reseñamos, los preceptos legales reprochados no recibirán aplicación atendido el estado de plenario de la causa penal; que varios de los preceptos legales impugnados ya fueron aplicados sin que le hubiese generado menoscabo en el ejercicio de sus derechos por los reproches abstractos que aquí se hicieron, especialmente en lo relativo al secreto del sumario y a las declaraciones judiciales. Y, finalmente, porque un conjunto importante de normas legales que se solicita su inaplicabilidad se corresponde con garantías para el inculpado, incluso, varias de ellas con derechos constitucionales que expresamente la disponen. En consecuencia, a partir de estos criterios mínimos y sin recurrir a otros elementos argumentativos adicionales, estimamos que el presente requerimiento es improcedente por lo cual debe rechazarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1.- Que se rechaza el requerimiento de fojas 1.**
- 2.- Se alza la suspensión del procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto.**
- 3.- Que no se condena en costas a la parte requirente, por considerarse que tuvo motivo plausible para litigar.**

Acordada la sentencia de rechazo con el voto en contra de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las consideraciones siguientes:

CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

1°. Que la sentencia desestimatoria antes transcrita, con la que disentimos, basa su rechazo en tres géneros de razones, a saber:

(a) porque las normas impugnadas del sumario penal ya habrían consumado su aplicación, de modo que habiéndose acusado al requirente y encontrándose el proceso en estado de plenario, una sentencia de inaplicabilidad a su respecto habría perdido oportunidad;

(b) porque el Código de Procedimiento Penal distingue entre el sumario y el plenario, siendo en esta última etapa donde comenzaría el juicio propiamente tal, saneándose lo actuado en la investigación y operando recién a partir de ahí el derecho a defensa del encartado, y

(c) porque una a una examinadas en abstracto las normas cuestionadas, la sentencia anterior no divisa inconstitucionalidad alguna en ellas.

Por el contrario, este voto disidente estuvo por declararlas inconstitucionales, puesto que dichas reglas procesales obligan a los jueces a ponerlas en práctica de una forma que no se condice con los estándares actuales de justicia y de racionalidad. Así, una tras otra rigurosamente ejecutadas, tales normas amagan conducir al afectado hacia un inexorable fallo condenatorio como criminal;

PRECISIÓN PRELIMINAR

2°. Que debe acotarse al inicio que no corresponde a estos jueces constitucionales inmiscuirse en, ni emitir parecer respecto a, los hechos que se investigan en la causa Rol N° 2.182-98 seguida ante un Ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, por el denominado Episodio “Operación Cóndor”, constitutiva de la gestión judicial pendiente en que incide el presente recurso de inaplicabilidad.

Mas, tan cierto como lo anterior, es que en dicha causa -atendida su especial connotación- solo puede proclamarse como verdad aquello que deriva de un proceso justo y racional, por imperativo jurídico de la Carta Fundamental, lo que en la especie se encuentra en entredicho.

3°. Que, en efecto, la referida causa se sustancia con arreglo al antiguo Código de Procedimiento Penal de 1907, según ordena la disposición Octava Transitoria de la Constitución del año 1997, al establecer que las normas del nuevo Código Procesal Penal “se aplicarán exclusivamente a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones” (entre 2000-2005).

Por ende, esta Magistratura ha debido constatar que la aplicación concreta de la antigua preceptiva procesal en este caso contraría las nuevas garantías “de un procedimiento y una investigación racionales y justos” que la ley debe asegurar al afectado con particular intensidad en estos casos, según los criterios que caracterizan esta exigencia impuesta por el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, reformado con efectos directos e inmediatos por la Ley N° 19.519, de 1997;

SUPERVIVENCIA DE LAS NORMAS IMPUGNADAS

4°. Que, a este primer respecto, en concepto de estos disidentes, no cabe desentenderse del presente caso particular y omitir considerar los antecedentes que rolan a fs. 21.573 y 21.823 del expediente criminal, gestión judicial pendiente que sirve de base al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En efecto, a fs. 21.573 (27.12.2016) se lee una solicitud del requirente en orden a anular todo lo obrado porque se habría hecho un “uso ilegal de las facultades judiciales que describen los artículos 318, 319, 329, 321, 322, 326, 327 y 328 del Código de Procedimiento Penal”, entablando una reclamación esencialmente idéntica a la que plantea en estos autos constitucionales.

A fs. 21.823 (24.1.2017) el juez de la causa provee derechamente este incidente de nulidad: “déjese su pronunciamiento para la definitiva”.

En estas condiciones, resulta insostenible aducir que las citadas disposiciones legales no van a recibir aplicación al momento de dictarse sentencia definitiva;

5°. Que lo anterior sería bastante para no compartir el presente fallo desestimatorio de este Tribunal Constitucional (en especial su considerando 6°).

Agréguese que tampoco es posible compartir las deliberaciones que allí se hacen, en torno al orden consecutivo legal lógico y a la figura jurídica de la preclusión. Aseverar que las normas cuestionadas no han de tener aplicación en el juicio criminal, al paso de constituir una suposición errada, según ha quedado de manifiesto, implica desconocer la jurisprudencia constitucional asentada, en orden a que basta la sola posibilidad de que esas disposiciones legales puedan recibir aplicación para que el

requerimiento a su respecto sea decidido por el Pleno del Tribunal, yendo al fondo del caso concreto planteado;

6°. Que, precisamente porque una eventual sentencia condenatoria es el acto terminal de un proceso previo, que se ha desarrollado conforme a un orden consecutivo y en donde cada actuación presupone la anterior, de forma tal que dicha decisión final conlleva todas las anteriores, es que las normas procesales cuestionadas van a desplegar en este momento todas sus consecuencias inconstitucionales.

Si se reclama contra determinadas reglas procesales porque permiten inconstitucionalmente recabar pruebas durante el sumario, y dado que los antecedentes fácticos obtenidos por su intermedio irían a sustentar una sentencia condenatoria, es obvio que dichas normas procesales cobran sentido y revelan su potencial antijuridicidad recién en definitiva, cuando el fallo condenatorio da por acreditados los hechos inculpatórios través de esos medios de prueba, legales pero objetados por inconstitucionales;

7°. Que, aun aceptando que en el juicio penal se habría producido una especie de preclusión, en rigor, ello solo impediría una ulterior actividad de los jueces del fondo para volver sobre sus propios actos, pero que, por lo mismo, no empece a la labor del Tribunal Constitucional. Como tampoco enerva las atribuciones de esta Magistratura el artículo 71 bis del Código de Procedimiento Penal, que solamente subsana las nulidades debidas a ilegalidades cometidas por el juez del crimen, pero sin que a ese precepto simplemente legal pueda asignársele el desmesurado alcance de sanear las inconstitucionalidades que vayan resultando de aplicar esa ley procesal.

Ello en nada puede afectar la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional: con independencia del momento en que se dicten, cualquiera sea la etapa en que se encuentre la respectiva gestión judicial pendiente, el precepto legal apartado por inconstitucional no puede recibir allí aplicación, ya que ningún efecto jurídico cabe atribuir a una norma que no es conforme con la Constitución, acorde con lo prescrito en el artículo 6° de ella.

La sentencia estimatoria de esta Magistratura es declarativa dado que, en el proceso judicial en que incide, la norma adjetiva anulada no puede ni ha podido aplicarse, desde el mismo instante en que ha comenzado a producir algún resultado inconstitucional;

8°. Que, sostener lo contrario, que las normas legales ya han consumado su ejecución, *fait accompli*, aunque el proceso siga su curso, importa desconocer que la única causal de inadmisibilidad atendible por el Tribunal Constitucional es la contemplada sobre este particular en el artículo 84, inciso primero, N° 3, de la Ley N°

17.997, esto es “cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”.

Tan enfática redacción desmiente de plano que el actual requerimiento de inaplicabilidad resultaría extemporáneo;

SECRETO SUMARIAL

9°. Que, tocante a la objeción contra el artículo 78, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, obsérvese que él no abre la posibilidad para que el juez permita la participación de los interesados en la realización de las diligencias probatorias del sumario, ni aunque considere provechosa su comparecencia junto a su abogado. A la inversa de lo que ocurre hoy con el Código Procesal Penal, cuyo artículo 184, complementado por el acto reglamentario del Fiscal Nacional N° 133, de 2010, hace lugar a la presencia de los intervinientes durante la investigación “cuando el fiscal lo considere útil”.

Siendo ésta la esencia del problema que se discute acá, entonces el estado de inferioridad en que progresivamente ha ido quedado el acusado no se convalida por el hecho de que -a posteriori- se le otorgue conocimiento del sumario, como de hecho se le dio el 3 de septiembre de 2015 (fs. 18.225 del expediente criminal).

Acaso en este último momento, cuando ya se habían acumulado suficientes pruebas en su contra, el afectado pudo recién percatarse cuántas de ellas lo perjudicaban, precisamente porque las diligencias probativas se realizaron sin su comparecencia. O, con una mirada retrospectiva, advertir que al momento en que se practicaron, no existía motivo racional alguno que justificara la confidencialidad;

10°. Que no remedia esta desventaja el artículo 468 del Código de Procedimiento Penal, al declamar que “Durante el término probatorio, el juez ratificará a los testigos del sumario o a algunos de ellos, cuando lo considere conveniente o cuando lo pida alguna de las partes” (inciso primero), con la condición hecha en seguida de que “Estas pueden asistir a la diligencia de ratificación y hacer a los testigos las preguntas que el juez estime conducentes con arreglo a lo previsto en el artículo 466” (inciso segundo).

Y no medra la posición desmejorada del acusado, por tres motivos. Uno, porque “la reserva que se le hace al reo para que en el plenario se defienda es ilusoria”, ya que tratándose de una instancia circunscrita solo a la ratificación, “no le es permitido interrogar i contra preguntar a los testigos de cargo ni hacerlos explicar o ampliar sus dichos”, como ya en 1907 censuraba don

Robustiano Vera, en su clásica obra *Código de Procedimiento Penal comentado y concordado* (Imprenta El Debate pág. 130).

Dos, porque existe un riesgo cierto de inanidad; que esta audiencia de ratificación degrade -para el acusado- en una oportunidad meramente nominal, ya que únicamente podrá dirigir a los testigos de cargo aquellas preguntas “que el juez estime conducentes”. Si este juez es el mismo quien ofició en su momento como persecutor, recabó el testimonio y luego lo está acusando sobre la base de esa deposición testifical, que ya “estimó conducente” al efecto, es sensato afirmar que la ley procesal no está asegurando aquí las garantías de un proceso justo y racional.

Tres, porque aunque el testigo de cargo se retracte, igual el juez instructor-sentenciador puede darle valor a las declaraciones retractadas, atendidas sus amplias facultades para apreciar el valor de las pruebas o construir sendas presunciones judiciales a su amparo (Corte Suprema 10.1.1978 en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo LXXV, segunda Parte, sección Cuarta, pp. 254-258);

11°. Que, es de interés aclarar enseguida que la norma cuestionada tampoco encuentra asilo dentro de las bases generales del Poder Judicial, estatuidas en su ley orgánica constitucional, comoquiera que el Código Orgánico de Tribunales preceptúa a este respecto -en el artículo 9°- que todos “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones legales”.

Principio, éste, que viene a desnaturalizar el cuestionado artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, al invertir dicha norma orgánica constitucional, estableciendo como regla general el secreto y cual excepción la publicidad: “Las actuaciones del sumario -dice- son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley”;

12°. Que la publicidad debe infundir -como presupuesto general- todas las actuaciones judiciales donde exista comprometido algún interés procesal, lo demandaba con palabras dignas de transcribir el jurisconsulto inglés Jeremías Bentham:

“También necesitan de la publicidad para que les sirva de freno en el ejercicio de un poder de que tan fácilmente pueden abusar. Los jueces adolecen igualmente de vicios y defectos. Los defectos nacen del carácter, y la publicidad no los cambia; pero no se atreverán tanto a entregarse delante de una audiencia numerosa, a su mal humor, a su manera despótica que intimida a los abogados y a los testigos, o a estas deferencias parciales, favorables para los unos, y humillantes para los otros; por el contrario se presentará a la vista del público con dignidad, sin altanería, y con un sistema de igualdad sin bajeza” (Esteban Dumont, *Tratado de las Pruebas*

Judiciales, sacado de los Manuscritos de Jeremías Bentham, 1835, Tomo I pág.112);

13°. Que lo dicho no se agota en un simple interés colectivo por la publicidad, ya que el poder conocer y participar en la producción de las pruebas eventualmente incriminatorias, a los fines de levantar una defensa jurídica eficaz, constituye para el afectado el contenido esencial de un derecho subjetivo fundamental, que encuentra arraigo en las más antiguas tradiciones de la Justicia.

Entre los cuerpos jurídicos de España e Hispanoamérica, forjadores del respeto a los derechos fundamentales, cobra importancia el *Fuero Real* (1255), cuya ley 12ª. dispone que aquel contra quien se haya hecho pesquisa, bien sea por acusación o bien de oficio, se den los nombres y los dichos de las pesquisas porque se pueda defender en todo su derecho. En *Las Partidas* (1256-65) la ley 11ª, está concebida igualmente en el sentido que se dé traslado a aquellos que de las pesquisas resultaren culpados, de los nombres, de los testigos y de los dichos de ellos, para que puedan defenderse contra las personas de los testigos o sus dichos, y tengan todas las defensiones que tendrían contra los testigos;

14°. Que, justamente, apela a la necesidad de restablecer un “juicio público” el Mensaje presidencial del año 1995, con que se inició la tramitación del nuevo Código Procesal Penal, reconociendo que éste “constituye un componente antiquísimo de la cultura universal”.

Tanto, que su ausencia se le viene restregando al viejo Código de Procedimiento Penal desde su origen, cuando en 1907 el mencionado don Robustiano Vera estampara esta verdad consabida: “El procedimiento secreto o inquisitivo es contrario a las garantías individuales i deja en manos de los jueces la honra i el porvenir del acusado, por que en esto procede según sus buenas o malas inclinaciones i su buena o mala voluntad contra las personas a quienes procesa” (*Obra citada*);

DECLARACIONES DEL INculpADO O PROCESADO

15°. Que para poder vislumbrar con mayor claridad esta otra impugnación, resulta conveniente tener a la vista el texto de su articulado:

Artículo 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.

Como es posible advertir, hay más de un aspecto contenido en este precepto legal que debilita las garantías procesales del afectado;

16°. Que la primera de ellas dice relación con el hecho de que el inculpado debe dictar esa declaración “bajo la dirección del juez”, aspecto este último que amaga el ejercicio pleno del derecho a defensa, al poder coartar su elemento de fondo y esencial, cual es la declaración misma del inculpado. En efecto, si bien la decisión de dictar o no una declaración queda entregada a la voluntad del propio deponente, sabiendo leer y escribir, no parece que ello deba hacerse bajo una especie de tuición o vigilancia especial.

Siendo la finalidad de esta audiencia el constatar por escrito las palabras del declarante, con sus argumentos o defensas libremente expresadas, sin elementos que pudieren modelarlos en un determinado sentido, no se divisa la necesidad de que todo esto se haga bajo la férula del juez.

Un juez a todo esto, en este antiguo Código de Enjuiciamiento Penal, que además de ser quien dirige la investigación, a la postre termina decidiendo el asunto sometido a juzgamiento, doble carácter que -en lugar de asegurar un juicio justo y racional- alienta el temor de que este tipo de diligencias encauzadas puedan avalar alguna falta de imparcialidad;

17°. Que, por otra parte, un segundo aspecto a cuestionar dentro del mismo inciso primero del artículo 330, siguiendo la línea argumentativa ya expuesta, es aquella relativa al caso en que el inculpado no dicte su declaración, caso en el cual el artículo en comento permite que sea pronunciada por el juez, imponiéndole como única limitante el deber de hacerlo “procurando” emplear las palabras de que el inculpado se hubiere valido al deponer.

Según es dable visualizar, esta segunda parte del precepto termina anulando la facultad descrita en la primera parte de la norma, toda vez que, si la decisión del inculpado fuera la de no dictar su declaración, en la práctica la terminará efectuando el juez, quien como ya advertimos es quien conduce la investigación y juzga a la vez el asunto controvertido. Por lo que tener la potestad para redactar dicha declaración en lugar del propio inculpado, sin más exigencia que “procurando en lo posible” hacerlo con las mismas palabras que el declarante hubiese utilizado, podría implicar una afectación al derecho a defensa de éste al ver que la declaración reproducida, con las palabras del juez, no representase fielmente lo declarado.

Reafirma lo anterior, el hecho de que el artículo 330, inciso primero, no hace exigencia alguna en cuanto a la forma en que el juez a cargo de la investigación y decisión del asunto, ha de

efectuar la transcripción de la declaración del inculcado, ya que, tal como se indicó, la norma le sugiere que debe “procurar”, esto es, siguiendo la definición de la Real Academia Española, “Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”. No resulta imperativo, pues, que el atestado se haga con las palabras del declarante, por lo que legalmente podría efectuarse con palabras del propio juez, el cual además se formará convicción a partir de elementos tales como esa misma declaración;

18°. Que, a mayor abundamiento, y sin el afán de hacer un contrapunto entre las disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Penal y las del actual Código Procesal Penal, sí puede resultar gráfico hacer presente, a modo ejemplar, que el artículo 93 de este último cuerpo normativo contempla expresamente derechos y garantías del imputado, dentro de las cuales se encuentra el derecho que tiene a solicitar al juez que se convoque a audiencia a la cual podrá concurrir su abogado para efectos de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;

ACRITUDES DE LA LEY PROCESAL

19°. Que este potencial abuso de posición dominante suele endilgarse a los jueces del antiguo régimen procesal, atendido su doble rol de persecutores e investigadores (durante el sumario) y luego sentenciadores (durante el plenario).

El propio Mensaje de 1894, que dio comienzo a la discusión parlamentaria del Código de Procedimiento Penal, asumía los males originados en esta superposición de funciones, a sabiendas que “los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa”.

Dice así: “Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aun sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.

Confiando que en el futuro un “juez honrado” habría de conjurar el peligro anotado;

20°. Que, en cuanto reflejo del gobierno de los hombres y no de las leyes, la fe en un “juez honrado” dista de satisfacer las garantías de un debido proceso con fuente “legal”. Amén de que la doctrina moderna aconseja no depositar confianzas en este tipo de resguardos subjetivos, demostrado -como está- que los jueces son propensos “a caer en el *confirmation bias*, es decir, en el error

típico de quien debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de la elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” (Michele Taruffo, *La motivación de la Sentencia Civil*, Editorial Trotta 2011, pág. 24).

Tal yuxtaposición de roles fecundiza el sesgo de confirmación, inclinando al investigador a corroborar su propia versión y a seleccionar sólo la evidencia que respalda ese parecer, acogiendo los datos que lo secundan y evitando la que lo contradiga. De modo que, una vez apegado a una opinión o punto de vista a priori, expresada ya en el procesamiento y más encima ratificada en la acusación, arrastra al encartado a la tan ímproba como injusta tarea de abogar por su inocencia o probar irresponsabilidad;

21°. Que no amaina este riesgo la prevención del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que “el juez debe investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extinguen o atenúen”.

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

He ahí la consecuencia del proceso concebido como un mecanismo de fijación formal de los hechos, y no como un método de búsqueda de la verdad material de los hechos, tal como lo entiende el actual Código Procesal Penal (artículo 342 letra c), acorde con las exigencias más amplias de racionalidad y justicia, así como de consideración hacia el derecho a la defensa, que impone la Constitución (artículo 19, N° 3);

22°. Que tampoco legitima el déficit jurídico que padece el Código de Procedimiento Penal, el hecho de estar en manos de “jueces honrados” y en todo caso pasibles de ser implicados o recusados.

No hay duda en ello. Pero, abandonarse a la probidad tradicional de nuestros magistrados, no oculta que es el Código quien incumple el mentado deber constitucional, en cuya virtud “corresponderá al legislador” -y no a la gracia o buena disposición de los jueces- establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Por lo demás, acaso por esa rectitud proverbial, es que los jueces alzapriman el imperio de la ley y acostumbra ejecutar inflexiblemente los dictados del legislador, aun si ocasionan con ello graves secuelas inconstitucionales. Máxime cuando infringir la Constitución no es causal que los exponga a ver invalidadas sus sentencias. Permanentemente la Corte Suprema ha fallado que no procede fundar un recurso de casación en el fondo en la violación de normas de la Constitución Política, en particular cuando se trata del debido proceso de carácter legal, respecto a cuyas normas simplemente legales sí es posible recurrir de casación (Corte Suprema 30.10.2002, con comentario crítico del profesor don Raúl Tavolari, en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo XCIX, segunda Parte, sección Primera, pp. 274-278);

23°. Que, ciertamente, los jueces no pueden arrogarse atribuciones para declarar unilateralmente la inconstitucionalidad de las leyes, dado que para eso deben acceder previamente al Tribunal Constitucional. Apostillando su jurisprudencia, es lo que expuso el Pleno de esta Magistratura, en Declaración de 4 de noviembre de 2016, a propósito de sus II Jornadas de Reflexión Interna.

Sí les está impuesto a los jueces, por mandato del artículo 6° constitucional, interpretar las leyes de la manera que sea más conforme con la Carta Fundamental, obrando en consecuencia. Especialmente cuando por STC Rol N° 2991-16 el Tribunal Constitucional no podía hablar todavía más alto sobre este asunto, al señalar 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 de los derechos y garantías judiciales penales de aquellos inculcados 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 (considerando 20°).*

Lineamiento que fue reforzado en STC Rol N° 3216-16, en el sentido de que el juez debe ponderar la aplicación de las nuevas garantías que considere compatibles y procedentes al caso, de modo de asegurar el debido respeto a los derechos de los sumariados o inculcados adscritos al viejo régimen procesal. Si bien -se dijo en esta oportunidad- las disposiciones formales procesales, adjetivas u orgánicas del nuevo Código pudieron aplicarse una vez instaladas las Fiscalías y Tribunales reformados, no resultaría comprensible que aquellas normas de naturaleza sustantiva, consustanciales al debido proceso, solo fueren aplicables a los

hechos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, en circunstancias que precisamente se han establecido para cautelar los derechos reconocidos a todas las personas, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados por Chile (considerando 20°);

24°. Que, empero, habida cuenta que en el juicio penal de que se trata no aparece que la aplicación de la ley procesal de 1907 se haya modulado de un modo que resulte compatible con la Carta Fundamental, forzoso es para los infrascritos pronunciar su inconstitucionalidad.

Concretamente, por no adecuarse -la ley- al imperativo que le es exigido en su artículo 19, merced al cual “La Constitución asegura a todas las personas: 3° Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (inciso sexto);

JUSTICIA Y RACIONALIDAD EN EL DEBIDO PROCESO LEGAL

25°. Que conviene apuntar el contenido esencial de la precitada norma constitucional precitada.

Partiendo por la idea esencial y previa de que esa “seguridad” importa para el Estado el deber de hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro que pueda afectarlos (STC Rol N° 470 c. 47°).

Deber estatal de brindar seguridad que conlleva impedir el riesgo de que, durante el procedimiento, se vayan consolidando situaciones muchas veces irreversibles, ora por desconocer el derecho a la defensa jurídica que en cada uno de sus estadios le asiste al afectado (STC Rol N° 376, c° 37°), ora por ir dejándolo en una posición desmedrada (STC Rol N° 2796, c° 15°). Son inconstitucionales -ha sentenciado esta Magistratura- los procedimientos, no solamente cuando impiden a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, sino también cuando la colocan en una situación de inferioridad (STC Rol N° 1141, c° 7°);

26°. Que, así como el artículo 7° constitucional prescribe que los órganos competentes del Estado actúan válidamente “en la forma que prescriba la ley”, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la propia Carta corrobora que toda sentencia de los órganos jurisdiccionales debe fundarse en un proceso previo “legalmente tramitado”. Añade a punto seguido que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Dichas garantías, pues, no han de depender únicamente de la benevolencia o buena aptitud de cada juez. Ni, a la inversa, dejarse entregadas en manos de un intérprete tan nulamente garantista que crea ver en ellas meras sugerencias carentes de funcionalidad real, sin eficacia alguna para impulsar lo razonable e imparcial de sus averiguaciones y posteriores decisiones;

27°. Que, las garantías de racionalidad y justicia demandadas por la Constitución deben regir tanto en la investigación como en el procedimiento, más allá de sus evidentes diferencias procesales. En el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1907, habrán de recibir aplicación, entonces, durante todo el Juicio ordinario sobre Crimen o Simple Delito que regula el Libro I, ya sea en su Primera Parte “Del Sumario”, ya sea en su Segunda Parte “Del Plenario”.

De ahí que no pueda prosperar el planteamiento de que los derechos de los sumariados y procesados quedarían diferidos, para entrar a operar en plenitud solo una vez iniciado el Plenario penal.

Siendo de interés jurídico primordial que las causas criminales se resuelvan en un plazo razonablemente breve de tiempo, por respeto elemental hacia las víctimas del delito perpetrado, esa misma justicia pronta rechaza postergar el derecho a una defensa oportuna que le asiste al hipotético hechor, si una tal posposición amenaza solidificar situaciones que después se hacen prácticamente imposibles de revertir;

28°. Que, así como la Constitución separa la investigación del proceso, así también la racionalidad subyacente a ambos estadios impele radicarlos en distintos órganos estatales. Al igual que para hacer efectiva la responsabilidad constitucional de ciertas autoridades la Constitución separa los roles de la Cámara de Diputados y del Senado, o como para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de un funcionario se distingue entre el fiscal instructor y el jefe de servicio adjudicador, lo propio acontece en el ámbito de la responsabilidad criminal con la creación del Ministerio Público con sus fiscalías y de los tribunales del fuero criminal.

Mas, al no ser posible dicho desglose de funciones, porque para este tipo de causas criminales mantiene subsistencia el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1907, ha menester que ese deber del Estado de promover o impulsar el ejercicio efectivo del derecho a un proceso e investigación racionales y justos -a que alude el artículo 5°, inciso segundo del mismo texto supremo- se haga presente en su connotación más robusta.

Vale decir, que las facultades ampliamente discrecionales del juez investigador-sancionador se vean contrapesadas con una intensificada deferencia a favor de la referida garantía;

29°. Que, entre los presupuestos comprendidos naturalmente en esta garantía, es dable subrayar que en el génesis del artículo 19, N° 3, inciso sexto, constitucional, se dejó constancia expresa que entre ellos debían encontrarse la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448 considerando 40° y -para lo que interesa en este caso- el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N° 1718 considerando 10°).

Es comprensible que en una investigación criminal no todas han de ser audiencias públicas, cuando el secreto viene impuesto por la necesidad de proteger algún bien jurídico relevante. Como se entiende también que el poder para perseguir a la delincuencia es el poder para perseguirla con éxito; que el instructor debe ser proactivo en su labor, y que en la consecución de tal propósito tiene que servirse de las leyes procesales imperantes.

Sin embargo, cuando la ley extrema estas facetas, sin consultar proporcionales garantías para los perseguidos por dicho poder del Estado, es que sencillamente no se aviene con la Carta Fundamental;

30°. Que, por las razones antes expuestas, este último es el caso del Código de Procedimiento Penal, tanto más cuando existen antecedentes suficientes para sostener que gravita en su contra una presunción de inconstitucionalidad, que en estos autos procesales no se ha logrado levantar;

MANDATO LEGAL DE APLICACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO A LAS CAUSAS INICIADAS CON ANTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGENCIA

31°. Que a mayor abundamiento es imprescindible hacer presente en la gestión judicial pendiente, tal como lo resolvió unánimemente esta Magistratura constitucional en las sentencias rol N° 2991-16 y 3216-16, que nada obsta al juez natural que conoce del asunto, a ponderar la aplicación de las garantías del actual Código Procesal Penal que considere compatibles y procedentes al caso concreto, de modo de asegurar el debido respeto de las garantías del imputado, porque no resultaría comprensible que aquellas normas de naturaleza sustantiva, consustanciales al debido proceso, solo fueren aplicables a los hechos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, en circunstancias que precisamente se han establecido para cautelar los derechos reconocidos a todas las personas, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior tiene absoluto sustento legal, pues es el propio Código Procesal Penal en su artículo 11, el que dispone un mandato

expreso sobre la aplicación temporal de sus normas a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, como se desprende de su tenor literal, cuyo texto es el siguiente: ***“Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”***;

32°. Que para una adecuada comprensión de la citada nueva disposición procesal, cabe tener presente la Historia de la Ley N° 19.968, del Código Procesal Penal, cuyo proyecto de ley contenía originalmente el siguiente texto en su artículo 7°:

“Artículo 7°. Aplicación temporal ley procesal penal. Las leyes que se refieran a las facultades o garantías previstas en la Constitución, en los tratados internacionales vigentes en Chile o en el presente Código, no serán aplicables retroactivamente a los procedimientos ya iniciados, cuando la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.”

Como se puede apreciar, a diferencia del texto actualmente vigente, aquel hacía improcedente la aplicación de las garantías procesales consagradas en la Constitución a las causas o procedimientos ya iniciadas. Esta circunstancia fue objeto de diversos comentarios adversos por no referirse a la aplicación de las normas procesales, según se desprende del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Finalmente, aplicando el principio in dubio pro reo, se acordó señalar que las leyes procesales no serían aplicables retroactivamente, cuando la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado. (Historia de la Ley N° 19.968, página 263). Posteriormente en Oficio de ley enviado por la Cámara de Diputados a la Cámara Revisora del Senado, en enero de 1998, se dió cuenta del texto del artículo que en ese entonces indicaba:

“Artículo 8°.- Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales no serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, cuando la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.” (Historia de la Ley N° 19.968, página 692)

Posteriormente, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, se indicó lo siguiente:

“Artículo 8°. Las leyes procesales no serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, cuando la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

*“Si bien puede parecer extraña la posibilidad de que haya dos partícipes en un mismo hecho sometidos a diferentes reglas de procedimiento, ella está directamente relacionada con el principio pro reo consagrado en el artículo 19, N°3, de la Constitución Política y en el artículo 18 del Código Penal. **Dado que en la ley sustantiva se aplica la pena más favorable al reo, la lógica lleva a admitir que similar cosa ocurra con las normas procesales, que pueden estar referidas a los medios de prueba, la prisión preventiva, etc., haciendo excepción a la vigencia in actum de las leyes procesales contemplada en el artículo 24 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes**”.*

Finalmente, la Comisión aceptó este principio, si bien es cierto que estimó necesario precisar en el cuerpo del artículo que la referencia debía ser a las leyes procesales penales, como reza su título.

Asimismo, considerando que la redacción del artículo lo era en forma negativa y que daba la impresión de que la regla general era que no se aplicarían las nuevas normas procesales del nuevo Código, la Comisión prefirió consultarla de modo afirmativo, vale decir, expresando que las leyes procesales penales sí serían aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando la ley anterior, a juicio del tribunal, contuviere disposiciones más favorables para el imputado.

Los acuerdos se tomaron con votación unánime por los HH. Senadores señores Aburto, Hamilton y Larraín, excepto la redacción afirmativa, que convinieron también por unanimidad los HH. Senadores señores Aburto, Díez, Hamilton, Urenda y Viera-Gallo.” (Historia de la Ley N° 19.968, páginas 1193 y 1194).

Luego de efectuar su análisis y revisión, la Cámara del Senado remite el proyecto de ley a la Cámara de Diputados con una serie de modificaciones. Así el artículo 8° en análisis pasa a ser 11 y con el siguiente texto:

“Como se señaló en su oportunidad, ha consultado como artículo 11 el artículo 8° reemplazado por el siguiente:

“Artículo 11.- Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.” (Historia de la Ley N° 19.968, página 1691).

En Comisión Mixta se consolidó el artículo en cuestión, quedando su texto como lo conocemos (Historia de la Ley Nº 19.968, página 2036);

33°. Que, en resumen, en materia penal el nuevo Código Procesal Penal estableció en su artículo 11 una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, que como se sabe constituye una garantía del derecho penal sustancial, de forma tal que la ley procesal se debe aplicar a procedimientos ya iniciados, salvo cuando a juicio del tribunal la ley anterior contuviere disposiciones mas beneficiosas para el imputado.

Con esto se estableció el principio de ultraactividad de la ley procesal penal más beneficiosa, comportándose de la misma manera que en el derecho penal sustancial, dejando de ser una cuestión absoluta el hecho que la ley penal rija siempre in actum.

En consecuencia, el juez natural responsable de la gestión judicial pendiente se encuentra ante un mandato legal expreso de aplicación de las normas y garantías procesales del actual Código Procesal Penal, a fin de cautelar debidamente los derechos de las partes del proceso consagrados tanto en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como en las garantías de un justo y racional procedimiento desarrolladas en aquel cuerpo legal.

La Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al rechazo del requerimiento únicamente por las consideraciones contenidas en los Capítulos I, II y III. 1 y 3 del voto de rechazo que precede y que ponen énfasis en el estado procesal en que se encuentra la gestión pendiente.

La Ministra María Luisa Brahm y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previenen, de la misma manera que lo resuelto en los considerandos 15 y 16 de la sentencia rol 2991, 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 Nº 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 inculpadados y procesados de aquél sistema, cuestión que

el juzgador deberá armonizar con las disposiciones e instituciones de este último cuerpo legal” (c. 15).

“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 inculpado 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).

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino, la disidencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y las prevenciones, sus autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

RoI N° 3996-17-INA.

SR. ARÓSTICA

SR. GARCÍA

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

SR. LETELIER

SR. POZO

SR. VÁSQUEZ

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurrió al acuerdo, pero no firma la presente sentencia por haber cesado en su cargo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.