



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9629-2020

[21 de octubre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 488 EN
RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 457 Y 509, DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL

ARTURO GUILLERMO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

EN EL PROCESO ROL N° 3221-19 (PENAL), SEGUIDO ANTE LA CORTE
DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, POR RECURSOS DE CASACIÓN EN
LA FORMA, Y APELACIÓN

VISTOS:

Con fecha 1 de noviembre de 2020, Arturo Guillermo Fernández Rodríguez ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 488 en relación a los artículos 457 y 509, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso Rol N° 3221-19 (Penal), seguido ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, por recursos de casación en la forma, y apelación.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“Código de Procedimiento Penal,

(...)



Artículo 457.- *Los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son:*

- 1° *Los testigos;*
- 2° *El informe de peritos;*
- 3° *La inspección personal del juez;*
- 4° *Los instrumentos públicos o privados;*
- 5° *La confesión; y*

6° *Las presunciones o indicios.*

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

(...)

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

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

2° *Que sean múltiples y graves;*

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

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

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

(...)

Artículo 509.- *En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.*

Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.”.

(...)



Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

El requirente afirma ser Oficial en Retiro del Ejército de Chile, condenado en el marco de un proceso penal regido por el Código de Procedimiento Penal, con fecha 29 de octubre de 2019.

En dicho proceso fue sancionado en primera instancia junto a otras 11 personas como coautor del delito de secuestro calificado de 38 víctimas, cometidos durante septiembre y octubre de 1973, imponiéndosele una pena de presidio perpetuo, sanciones accesorias de inhabilitación absoluta para cargos, oficios públicos y derechos políticos durante la vida del penado más sujeción a la vigilancia a la autoridad por el máximo legal.

Señala que la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de recursos de casación en la forma y apelación, modificó aquel título de imputación y resolvió condenarle por 38 delitos de homicidio calificado en sentencia del 10 de noviembre de 2020, imponiéndole una pena de 10 años de presidio mayor en grado mínimo.

Seguidamente, ha presentado recursos de casación en forma y fondo en contra de lo resuelto, pendientes de resolución ante la Corte Suprema.

El recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia, según consta a fojas 217, se sustenta en una infracción al art. 500 N° 4, en relación al art. 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, al no tener el fallo *“las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”*, no habiéndose así extendido la sentencia en la forma dispuesta por la ley.

A su vez, el recurso de casación en el fondo se funda en lo dispuesto en el art. 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, al haberse violado leyes reguladoras de la prueba, tras infringirse el artículo 488 de igual código en relación a los arts. 15 y 394 del Código Penal.

Señala que la condena que pesa en su contra le atribuye participación en calidad de coautor directo, ejecutor o inmediato, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, según lo indica el considerando 47° de la sentencia.

Entonces, para acreditar tal participación de autor directo el sentenciador se ha basado únicamente en una presunción judicial, medio probatorio reglamentado en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 457 del mismo cuerpo legal.

Explica que en el caso se ha construido *“una presunción judicial de culpabilidad”* en su contra, señalándose como hecho base de aquella haber sido un sub-teniente destinado a la 2ª Compañía de Fusileros del Chena en la época de los



hechos investigados, es decir, entre el 24 de septiembre de 1973 y el 16 de octubre del mismo año.

Afirma que ninguno de los antecedentes que fundan su condena culpabilizan a un subteniente y que ni siquiera es nombrado en los hechos investigados, pero, aun así, se ha elaborado una presunción judicial en su contra, a pesar de su inocencia y de la inconstitucionalidad de aplicar dichas normas sobre la presunción judicial.

Sostiene que, analizado todo el proceso, existe un solo antecedente que tomó en consideración la sentenciadora para construir una presunción judicial y aplicar el artículo 488 en relación al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la declaración judicial del Cabo José Hugo Vásquez Silva, quien señaló que quien habría participado en la detención y ejecución de las víctimas sería el sub-teniente Fernández, siendo dicho testimonio contrario al testimonio de todos los otros condenados que no señalaron el nombre o la identidad de Arturo Fernández como uno de las personas que habría participado en los hechos y contrario a posteriores declaraciones del mismo señor Vásquez Silva, quien se retractó mediante una declaración jurada ante notario.

Señala que, incluso si se pensara que está acreditado por una presunción judicial que un subteniente participó en los hechos, según las múltiples investigaciones que se llevaron a efecto en diferentes causas sobre tal materia, respecto a sucesos acaecidos en el Cerro Chena en la misma época de los hechos investigados, la sentenciadora no tomó en consideración que en dicho período de tiempo se desempeñaron allí como subtenientes una multiplicidad de oficiales, según se desprende de diversas declaraciones que cita a fojas 20 a 21.

En la especie, señala que la acreditación de la participación atribuida ha dependido sólo de presunciones, señalándose como hecho base de dicha presunción, la circunstancia de que el requirente fuera un sub-teniente destinado a la 2ª Compañía de Fusileros del Chena en la época de los hechos investigados, es decir, entre el 24 de septiembre de 1973 y el 16 de octubre del mismo año.

Por lo anterior, funda un conflicto constitucional en relación a una infracción al art. 19 N° 3 de la Constitución, en cuanto atendida la naturaleza de proceso seguido en su contra el Juez produce prueba, investiga los hechos y finalmente enjuicia.

El antiguo sistema penal se separa claramente en dos partes, una primera parte llamada sumario, en la cual la ley le asigna al juez la función de investigar y una segunda etapa, cual es el plenario, etapa en la que el juez que realizó la investigación debe cambiar de rol investigador, transformándose en un juez imparcial que juzga a los inculpados sin los prejuicios y la carga que trae desde la etapa de sumario, determinando en definitiva su inocencia o culpabilidad.

Explica que no resulta lógico que el juez del plenario cuya única función es recibir la prueba y valorarla, ahora produzca la prueba, y que, habiendo construido una presunción judicial para establecer la culpabilidad de un inculpadado, deba luego valorarla, para en definitiva condenar a ese mismo inculpadado. Ello, a su juicio,



demuestra que el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 457 del mismo cuerpo legal, atentan en específico contra el principio de la imparcialidad que debe tener el juzgador, lo que se traduce entonces en una contravención al debido proceso, y en particular al derecho de todo inculpado a un procedimiento e investigación racional y justa.

Adicionalmente las presunciones judiciales transgreden el principio de contradicción que debe informar a todo el procedimiento penal. Dicho principio garantiza que la actividad de los sujetos procesales que intervienen en el juicio, sea controlada recíprocamente a través de sus propias intervenciones por medio de las argumentaciones, la producción de prueba y contraprueba, preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y análisis de las actuaciones de las partes ante el órgano jurisdiccional, pero eso no ocurre con las presunciones judiciales, puesto que ellas son construidas finalmente en la sentencia, en donde ya no se pudo ejercer un contradictorio sobre ellas, y en donde el veredicto ya ha sido dictado en base a dicho medio de prueba no sujeto a contradictorio alguno.

Añade que las garantías cuya omisión reprocha en el sistema penal antiguo existen y resultan plenamente aplicables en el proceso penal actual. De esta manera, en un proceso tan sensible como lo es el penal, en el que se ven afectados derechos y principalmente el derecho a la libertad, existe un tratamiento distinto, un proceso distinto, y ello conlleva a que a algunos se les reconozcan sus derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y a otros no. Entonces, en lo concreto, la aplicación de dichas normas transgrede el debido proceso, la imparcialidad del juzgador, el principio contradictorio, el principio de la carga de la prueba y el principio de inocencia, importando una grave discriminación arbitraria, vulnerando el núcleo esencial de la igualdad ante la ley y la igual protección de los derechos.

A mayor abundamiento, hace presente que, según dispone el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, existe también inconstitucionalidad cuando la aplicación de un precepto legal vulnera lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados y vigentes en Chile, como el artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el conjunto de garantías sustantivas y procedimentales del debido proceso, y el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Afirma a fojas 36 que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de una facultad legal que es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede directamente, además de cautelar la supremacía constitucional, ejercer un control de convencionalidad que es reforzado por lo prescrito en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

Precisa, a su vez, que el cuestionado artículo 509 del Código de Procedimiento Penal permite al juez la posibilidad de aumentar en tres grados la pena del condenado, es decir, más de dos grados, cuestión que implica necesariamente aplicar al imputado



o condenado una ley penal más desfavorable que aquella que actualmente está vigente en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Señala que se le ha aumentado en tres grados la pena, aplicando la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, de manera contraria a la Constitución y los Tratados Internacionales conforme a ella, vulnerando así el artículo 19 N° 3 de la Constitución, y en particular el principio de retroactividad excepcional de la ley penal cuando la ley nueva es más favorable al afectado o condenado, como lo sería este caso concreto.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 26 de noviembre de 2020, a fojas 52. A su turno, en resolución de fecha 30 de diciembre de 2020, a fojas 1261, se declaró admisible. Conferidos traslados de fondo, la parte querellante de Flor Lazo Maldonado, a fojas 1272, y la Unidad programa DD.HH. de la Subsecretaría de DD.HH., a fojas 1286, abogan por el rechazo de libelo.

Parte querellante de Flor Lazo Maldonado

Advierte que de la lectura de los recursos de casación en la forma y fondo presentados por la requirente se verifica que no existe ninguna impugnación dirigida contra la determinación de la pena mediante el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

En realidad, la requirente busca discutir aspectos de hecho y de derecho de la sentencia de primera instancia, ya confirmada. Así, se funda el libelo en cuestionamientos a la forma en que -según su particular parecer- la Sra. Ministra en Visita habría incurrido en errores u omisiones en la valoración de la prueba, como queda de manifiesto de la lectura de las 42 páginas del requerimiento que discuten la ponderación de los medios de prueba por la sentenciadora del caso.

En lo que respecta al art. 509 del Código de Procedimiento Penal refiere que esta Magistratura ha recordado que la inaplicabilidad busca una contradicción en el caso concreto con la Constitución Política de la República y no con el Código Procesal Penal.

En el caso concreto, debe analizarse si el aumento de hasta tres grados por la reiteración de crímenes parece proporcional o si es desproporcionado a la luz de la Constitución Política. En la especie, advierte, estamos en presencia de 38 secuestros agravados (desapariciones forzados), luego recalificados como homicidios calificados por la Corte de Apelaciones San Miguel. Desde ahí, no vislumbra desproporción en sanciones, menos si el condenado fue beneficiado por la prescripción gradual, siendo acreedor de una pena de 10 años.



Así, el subir tres grados por la comisión de 38 crímenes no parece contrario a la Constitución. Menos si se piensa que tal regla es una alternativa a aplicar el régimen del artículo 74 del Código Penal que establece el concurso real; que la misma se encuentra apoyada por la disposición octava transitoria de la Constitución; y que existen normas de Derecho internacional que mandatan aplicar sanciones proporcionales en caso de desapariciones forzadas y otros crímenes de lesa humanidad.

Especifica que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que los Estados partes de la convención se comprometen a no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; a sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; y, a cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, entre otras.

Asimismo, el artículo III, inciso primero, de la misma convención, señala: *“Los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (...)”*.

Por su parte, el artículo 7.1. de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, establece: *“Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad (...)”*.

Refiere que ambas fuentes jurídicas convencionales del Derecho internacional son obligatorias y vinculantes para el Estado de Chile y, en tal sentido, para todos los poderes públicos incluyendo esta magistratura constitucional, que deben considerar la necesidad de aplicar condenas proporcionales.

En segundo término, existen deberes de investigar, juzgar y sancionar crímenes de lesa humanidad, que, emanan directamente del Derecho Internacional general, que tienen el carácter de normas de *ius cogens*. Esto es lo que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006).

En materia de las reglas sobre presunciones, a saber, los artículos 488 y 457 del Código de Procedimiento Penal, el requerimiento no contiene argumentos concretos respecto de las mismas.

Es parte esencial del derecho a la defensa, y del debido proceso, el saber en qué consiste cada medio de prueba, para poder rebatirlo de manera correcta y eficaz. El requerimiento, no obstante, es confuso porque no existe ninguna contradicción a que



existan normas legales que definan instituciones, ni menos, existe alguna definición o listado contradictorio en la Constitución Política o en los tratados internacionales.

El hecho de que las presunciones estén limitadas y tengan mérito probatorio sólo bajo ciertos respectos configura también una garantía para el inculpado. Las presunciones son formas de raciocinio, son esquemas, de hechos conocidos se deducen otros hechos como consecuencia de un estudio u análisis lógico. Pero esos análisis tienen también que cumplir requisitos claros y estrictos para poder ser un medio de prueba válido. Para eso existen las normas impugnadas que en realidad protegen al inculpado.

Afirma que el requirente pretende que no se consideren las presunciones, pero esto excede los límites de la inaplicabilidad, que en todo caso tiene como condición que una correcta aplicación de las reglas, genere un resultado inconstitucional. Pero, además, las presunciones son parte de la prueba no sólo en el proceso penal (tanto antiguo como nuevo) sino que también en el proceso civil (así, están también reguladas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil).

Unidad programa DD.HH. de Subsecretaría de DD.HH.

Respecto a la norma del art. 509 del Código de Procedimiento Penal señala que en autos no se ha argumentado en torno a la desproporción que implicaría subir tres grados de pena, especialmente, considerando la comisión de 38 crímenes.

Añade que es la propia Constitución Política de la República la que dirime el conflicto a través de la disposición octava transitoria de la Carta Fundamental y que esta Magistratura en causa Rol 1532-09 INA, de fecha 24 de agosto de 2010, rechazó un requerimiento de inaplicabilidad en contra de igual disposición.

Señala igualmente que, en torno a los planteamientos de inaplicabilidad de los artículos 457 y 488 del Código de Procedimiento Penal, el requerimiento carece de un fundamento real y sustantivo para sostener su inconstitucionalidad, sólo planteando un extenso disenso con la forma en que se expresa la valoración de la prueba.

El artículo 488 del Código de Procedimiento Penal establece una serie de requisitos que deben cumplir las presunciones para que pueda constituir plena prueba, no siendo ello extraño ni contrario a nuestro ordenamiento jurídico, y existiendo este tipo de pruebas tanto en el actual Proceso Penal como en el Procedimiento Civil. Lo que se desprende del requerimiento es que sus argumentos de ninguna manera pretenden impugnar una determinada norma que transgrede preceptos Constitucionales, sino que pretende atacar el sistema de valoración y, derechamente, la valoración en concreto de la prueba (cuestión propia más bien del recurso de apelación), siendo que el sistema de valoración probatoria no se encuentra consagrado constitucionalmente y es absolutamente compatible con ella.



Por último, hace presente que las normas cuestionadas ya han sido aplicadas a través del fallo de segunda instancia, que refrenda lo obrado por la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes pretendiendo una nueva apreciación de fondo del material probatorio incorporado en la causa y la apreciación de la misma, constituyéndose en una gestión totalmente dilatoria.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 8 de julio de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos por vía remota de la parte requirente, de la abogada Katerina Gnecco Sandoval; por las querellantes de Flor Lazo Maldonado y la Federación de Estudiantes de La Universidad Católica (FEUC), del abogado Francisco Bustos Bustos; y por la parte querellante de la Unidad Programa de DD.HH. de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del abogado Pablo Rubiño Lazo.

Se decretó medida para mejor resolver con fecha 9 de julio de 2021.

Se adoptó acuerdo en sesión del 14 de septiembre de 2021, conforme fue certificado por el relator de la causa.

CONSIDERANDO:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

PRIMERO.- El requirente Arturo Guillermo Fernández Rodríguez presentó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad *respecto de los artículos 488, en relación a los artículos 457 y 509, del Código de Procedimiento Penal*, a objeto que sean declarados inaplicables en el proceso penal -en el juicio denominado “Episodio Paine”- instruido por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Il. Corte de Apelaciones de San Miguel Sra. Marianela Cifuentes Alarcón, en que se lo condenó a la pena de presidio perpetuo, como autor de secuestro calificado de 38 personas.

Dicha sentencia fue objeto de recurso de apelación para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, fundando el recurso en que la presunción judicial elaborada no cumple con los requisitos legales de dicho medio de prueba, vulnerando los números 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, lo que impide presumir alguna responsabilidad a su respecto en calidad de autor de secuestro calificado de las víctimas; en lo penal, se confirma la sentencia en lo apelado y se aprueba en lo consultado, declarando respecto del requirente que se lo condena a la pena de 10 años como autor de los delitos de homicidio calificado de José Ángel Cabezas Bueno, Francisco Javier Calderón Nilo, Héctor Guillermo Castro Sáez, Domingo Octavio Galaz Salas, José Emilio González Espinoza, Juan Rosendo González Pérez, Aurelio Enrique Hidalgo Mella, Bernabé del Carmen López López, Juan Bautista Núñez Vargas, Héctor Santiago Pinto Caroca, Hernán Pinto Caroca, Aliro del Carmen Valdivia Valdivia, Hugo Alfredo Vidal Arenas y Víctor Manuel



Zamorano González, cometidos entre el 24 de septiembre de 1973 y el 3 de octubre del mismo año y, de veinticuatro delitos de homicidio calificado, en grado de consumado, de José Domingo Adasme Núñez, Pedro Antonio Cabezas Villegas, Ramón Alfredo Capetillo Mora, José Ignacio Castro Maldonado, Patricio Loreto Duque Orellana, José Germán Fredes García, Luis Alberto Gaete Balmaceda, Carlos Enrique Gaete López, Rosalindo Delfín Herrera Muñoz, Luis Rodolfo Lazo Maldonado, Samuel del Tránsito Lazo Maldonado, Carlos Enrique Lazo Quinteros, Samuel Altamiro Lazo Quinteros, René del Rosario Maureira Gajardo, Jorge Hernán Muñoz Peñaloza, Mario Enrique Muñoz Peñaloza, Ramiro Antonio Muñoz Peñaloza, Silvestre René Muñoz Peñaloza, Carlos Alberto Nieto Duarte, Andrés Pereira Salsberg, Laureano Quiroz Pezoa, Roberto Estevan Serrano Galaz, Luis Silva Carreño y Basilio Antonio Valenzuela Álvarez, cometidos entre el 8 de octubre de 1973 y el 16 de octubre del mismo año, en la localidad de Paine.

Respecto a la decisión, las partes (requirente y querellantes), dedujeron recursos de casación en la forma y fondo para ante la Corte Suprema (Rol 149.250-2020). Actualmente, la tramitación de los recursos se encuentra en estado de relación.

SEGUNDO.- En cuanto al conflicto constitucional precisó, el requirente, a partir de los preceptos legales reprochados, cuestiona dos grandes capítulos de asuntos sin olvidar un conjunto adicional de otros elementos que agrega a modo contextual de vulneraciones constitucionales, concentrándose en el juzgamiento por presunciones judiciales, y su afectación al principio del debido proceso y la igualdad ante la ley. En particular invoca que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera los artículos 1º, 5, 6, 7 y 19, numerales 2º, 3º y 26º, todos de la Constitución.

TERCERO.- En cuanto a la primera objeción deducida, señala que se vulnera el principio del debido proceso, establecido en el artículo 19 artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Constitución Política de Chile, toda vez que dicho artículo 488 vulnera uno de los principios del debido proceso, en relación a la producción de la prueba en un juicio penal, en cuanto lo vincula con el principio de imparcialidad (fs. 22).

Luego, agrega que el artículo 488 en relación al 457, ambos del Código de Procedimiento Penal, también es vulneratorio del debido proceso, ya señalado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, ahora respecto a una segunda garantía distinta a la imparcialidad del juzgador, en este caso, a juicio de esta defensa, las presunciones judiciales además transgreden el principio de contradicción que debe informar a todo el procedimiento penal, no a ciertas partes de él (fs. 24). Esto porque dicho principio garantiza que la actividad de los sujetos procesales que intervienen en el juicio, sea controlada recíprocamente a través de sus propias intervenciones por medio de las argumentaciones, la producción de prueba y contraprueba, preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y análisis de las actuaciones de las partes ante el órgano jurisdiccional, y así sucede con la prueba testimonial, en la cual tanto en el procedimiento antiguo (artículo 466 del Código de Procedimiento Penal), como en el procedimiento penal nuevo (artículo 329 y 330 del Código Procesal Penal), las partes



pueden preguntar a los testigos sobre sus dichos, y así ocurre en la prueba documental, en donde las partes pueden objetar u observar el documento que ha sido allegado al juicio en el procedimiento antiguo, (artículo 478 Código de Procedimiento Penal) o poder excluirlas en el procedimiento nuevo (según el artículo 276 Código Procesal Penal), y así ocurre en la prueba pericial, en que las partes pueden en el procedimiento antiguo pedir que se amplíe el informe pericial para aclarar dudas o pedir uno nuevo informe (artículo 471 Código de Procedimiento Penal), o en el procedimiento nuevo pueden preguntar al perito directamente sobre sus conclusiones (artículo 329 y 330 del Código Procesal Penal), pero eso no ocurriría con las presunciones judiciales, puesto que ellas son construidas finalmente en la sentencia, en donde ya no se pudo ejercer un contradictorio sobre ellas, y en donde el veredicto ya ha sido dictado en base a dicho medio de prueba no sujeto a contradictorio alguno (fs. 25).

CUARTO.- En cuanto al segundo cuestionamiento de índole constitucional alegado, señala que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Es una exigencia constitucional dirigida primeramente al legislador y se traduce en que, en el ejercicio de sus potestades legislativas, le está prohibido imponer diferencias, establecer desequilibrios e inequidades procesales en los derechos y obligaciones que distribuye, si ellas no están o son, normativa y públicamente, justificadas o justificables desde un punto de vista constitucional. Así las cosas, la Constitución prohíbe establecer discriminaciones arbitrarias y es el legislador quien debe, primero que nadie y por sobre todos, respetar y velar por tal presupuesto (fs. 26).

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

QUINTO.- A continuación identificaremos los preceptos del Código de Procedimiento Penal, respecto de los cuales el requirente solicita su inaplicabilidad de todos los preceptos en su integralidad.

La disposición impugnada es el artículo 488, en relación a los artículos 457, y 509, estos últimos en la parte que se indica:

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

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

2° Que sean múltiples y graves;



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

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

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

“Artículo 457.- Los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal, son:

6° Las presunciones o indicios.

(...)”

“Artículo 509.- En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.

Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos.”.

(...)”

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

SEXTO.- Que a esta Magistratura no le compete establecer orientaciones de ningún tipo, ni para validarla ni para cuestionar las actuaciones judiciales sobre las cuales reposan los fundamentos de la decisión de la gestión pendiente. Tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos, ni de sustitución o evaluación de las estrategias procesales penales de las partes ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento. Las apreciaciones sobre los hechos también se dan en el marco de la interpretación de la ley penal, lo que es un asunto resorte del juez de fondo o de mérito.

IV.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

SÉPTIMO.- Cabe advertir que esta sentencia se da en el contexto de una jurisprudencia de esta Magistratura que se ha pronunciado sobre buena parte de los dilemas planteados en este requerimiento, lo que torna ineludible reflexionar de cara a dichas sentencias roles 4210/2017; 4627/2018, 4704/2018; 5952/2019 y 8454/2020. A continuación, describiremos el conjunto de elementos interpretativos que guiarán esta



sentencia, como un modo de orientar el razonamiento jurisdiccional presente en esta causa. En primer lugar, es dable entender que los elementos contextuales de este requerimiento relativos al procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo exigen que deban ser resueltos mediante sus propios procedimientos de nulidad y, en sede constitucional, exigen que se explique pormenorizadamente lo que no se hace en este requerimiento. En segundo lugar, hay un conjunto particular de reproches que se realizan al régimen probatorio los que no identifican un parámetro constitucional contra el cual esta Magistratura deba declarar la inconstitucionalidad. Un tercer elemento es que las presunciones judiciales del Código de Procedimiento Penal operan como un completo test de reducción de la arbitrariedad judicial e instrumento de garantía para un procesado bajo esas reglas.

a. Críticas genéricas no pueden derivar en una inaplicabilidad circunstanciada.

OCTAVO.- El Código de Procedimiento Penal contempla mecanismos para desvirtuar los vicios procesales. En efecto, dicho procedimiento se divide en etapas de sumario y plenario. La primera etapa se orienta a la investigación de los hechos constitutivos de delitos, la determinación de los que participaron en él y las circunstancias que puedan influir en su penalidad. Ello ha llevado a la doctrina a calificar al sumario como un procedimiento secreto, que se desarrolla por escrito, sin contradicción o inquisitivo, carente de una tramitación ordenada, sin plazos y como una instancia preparatoria y provisional.¹

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

El plenario “es un juicio contradictorio entre el fiscal (o juez) y el querellante particular que acusan y el reo que se defiende, en todo diferente al sumario. Sus principales características son las siguientes aparte de que es contradictorio: 1) Es público; 2) Tiene tramitación ordenada, y 3) Es escrito”.²

NOVENO: 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,

¹ López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, pp. 135-142.

² López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Ediciones Encina, Santiago, p. 11.



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).

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

DECIMOPRIMERO: “En los procedimientos escritos lo anterior cobra suma relevancia. En éstos, prima la dispersión de los actos en fases o tiempos. Según ha desarrollado la doctrina procesal, cada acto del proceso viene a constituir una sub-fase del mismo, tomando la ley las riendas del asunto, estableciendo un orden legal máximo sobre su orden, con un mecanismo de articulación de dicha sucesión en que la preclusión entrega unión temporal a la dispersión de fases, haciendo así avanzar el proceso (Gandulfo, Eduardo, op.cit. p. 136), en un orden en que, dada su indisponibilidad, debe ser respetado por las partes y el tribunal adjudicador. Por ello, a vía ejemplar, precluida para las partes la facultad de impugnar de nulidad una resolución, también queda el juez privado de su potestad de corrección (Tavolari, Raúl, “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, Nº 1, primera parte, pp. 6-7)” (STC 4704/2018, c. 16º).

DECIMOSEGUNDO: “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. 17º).



DECIMOTERCERO: 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.

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

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

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

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

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

DECIMOSÉPTIMO.- “Sin embargo, la Constitución en esta materia no razona como frente a una hoja en blanco. No parten desde su determinación constituyente un orden jurídico *ex novo*. Todo lo contrario, en lo global la Constitución se impone sobre el orden normativo pero reconociéndole historicidad a todo el ordenamiento jurídico



general previo (disposiciones transitorias primera a quinta, especialmente ésta última) en cuanto no reciba “derogación expresa” (quinta transitoria) o en y “en lo que no sea contraria a la Constitución” (cuarta transitoria).

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

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

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

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

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

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

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

DECIMONOVENO.- El precepto impugnado, en definitiva, es el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, el cual junto a los artículos 485 y 486, “definen lo que son las presunciones, las clasifican, las identifican como franqueables [“susceptible de ser desvanecida (...)”] y formulan un test para su razonamiento judicial a objeto de ser prueba completa:

- a) Deben basarse en hechos reales.
- b) Deben basarse en hechos probados.



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

Por el contrario, no pueden basarse a su vez en otras presunciones.” (STC 5952/2019, c. 39°)

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

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

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

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

VIGESIMOPRIMERO.- “Se admite que las presunciones son “afirmaciones acerca de hechos sobre los cuales no se tiene una total certeza”.³ Se ha de referir a hechos pasados y acontecidos y no pueden tener ningún sentido de pronóstico alguno. Nuestra doctrina indica que se trata del “empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso”.⁴ En consecuencia, su cuestión esencial radica en la estructura probatoria de estas inferencias o deducciones.” (STC 5952, c. 41°).

VIGESIMOSEGUNDO.- “Las presunciones difieren según la naturaleza del procedimiento dentro del cual se inscriben. Siendo parte de un modelo acusatorio se

³ Joaquim Vogel (1994), “Los límites constitucionales a las presunciones del derecho penal económico alemán”, *Estudios de Derecho Penal económico*, Ediciones Universidad Castilla – La Mancha, Cuenca, p. 43.

⁴ Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López (2010), *Derecho procesal penal*, Tomo II, Thomson Reuters, Santiago, p. 1047.



difuminan como prueba específica puesto que rige como regla general el sistema de apreciación general de la prueba, propio del nuevo Código Procesal Penal. Se difumina, no desaparece. En cambio, en el modelo inquisitivo bajo un régimen de prueba tasada le corresponde una forma de apreciación asignándole un valor probatorio.

No siempre se ha visto como sinónimo a presunción judicial el indicio. “El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquélla. El indicio, de *inde dico*, “de allí digo”, es lo que nosotros llamamos dato inferidor o hecho base. Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es mono básica, se compondrá de un solo indicio; si es polibásica, de varios”.⁵

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

VIGESIMOTERCERO.- La noción más preclara sobre las presunciones las enuncia el Ministro Mauricio Silva Cancino⁶, quien escribe: “determinaremos a continuación, el verdadero alcance que creemos tienen los mencionados requisitos de acuerdo con las nociones doctrinarias previamente expuestas; indicando en cada caso, si la Ley se ha referido a las inferencias, sean constitutivas de indicio o de presunciones, a las consecuencias que ellas establezcan (conclusiones) o a los hechos indicadores.”

Y continúa: “una breve explicación: las inferencias representan la intervención del racionio en la prueba, o si se quiere, el acto de obtención del hecho desconocido; mientras que las consecuencias, son los hechos que las inferencias establecen.

Ahora bien, hemos considerado junto a los hechos circunstanciales, no sólo a las inferencias, sino también a las consecuencias obtenidas, cuando cada una de éstas en cuanto conclusión, importan hechos distintos pero que por ir en un mismo sentido se refuerzan, desembocando todas en la misma conclusión final.”⁷

VIGESIMOCUARTO.- Que el establecimiento de la construcción lógica de las pruebas indirectas, que es la bajada de título del libro del citado Silva Cancino, no hace más que reafirmar que en materia criminal la alusión negativa de que las presunciones no se funden en otras presunciones - requisito del citado artículo 488 del Código de Procedimiento Penal – cualquiera sea su origen, tiene por finalidad

⁵ Maturana y Montero (2010), p. 1048.

⁶ Mauricio Silva Cancino, *Las Presunciones Judiciales y Legales*, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1989, p.141.

⁷ Mauricio Silva Cancino, *op.cit.*,p. 141.



establecer que aunque una presunción descansa sobre un dato manifestado en el proceso, no es admisible construir a partir de ella una nueva presunción. No esta demás señalar, que si bien un indicio constituye en la generalidad de los casos sólo un juicio de probabilidad razón por la cual esta invalida la prueba, las exigencias de ser múltiples, graves, precisas, directas y concordantes implican que los hechos, son esos testigos mudos de que hablara Mittermaier⁸, deben ser concordantes, puesto que tal noción implica que cada uno tome su exacto lugar en relación con el desarrollo del delito, que se correspondan en cuanto al tiempo, el lugar y demás circunstancias, produciendo un ensamble perfecto.

VIGESIMOQUINTO.- Que la clave está en la lógica penal que tiene la obligación de establecer un concepto científico de presunción, puesto que la presunción configura una prueba que genera un medio de certeza, siendo en definitiva, en materia penal, la presunción una fuente especial de certeza a partir de calificarla como raciocinio probatorio equivalente a una prueba indirecta.

La moderna doctrina realiza un análisis más completo en este punto, conducente a determinar que son verdaderas reglas jurídicas aquellas consideradas como presunciones. Las presunciones pueden establecerse como normas pero a la vez como razonamientos. En la doctrina inglesa a partir de juristas del Common Law como Thayer y Wigmore quienes a su juicio la presunción debe ser entendida como una regla que obliga al fact finder, a asumir un hecho como existente, cuando se han acreditado los hechos descritos en antecedentes de la norma presuntiva. En el derecho continental, principalmente europeo se afirma que las presunciones absolutas no son verdaderas presunciones sino normas, prescripciones o mandatos legislativos de carácter sustantivo o material, cuya función consiste en la aplicación del derecho objetivo⁹. Sin embargo, la diferencia de las presunciones relativas se diferencian de las absolutas, al permitir la posibilidad de desvirtuar la presunción, lo cual configura que las presunciones judiciales más que una prueba son la manifestación del raciocinio judicial que impide la arbitrariedad, en términos que la parte esencial del razonamiento judicial es la fundamentación de la sentencia, y consecuentemente, desde el punto de vista normativa son acordes con la Constitución (STC: Roles 5952; 4627; 4256. Voto por rechazar STC Rol 4210).

VIGESIMOSEXTO.- “La pregunta fundamental que cuestiona el requerimiento es responder por qué las presunciones son constitucionales o no. Para ello, las presunciones tienen que satisfacer un conjunto de exigencias materiales desde la Constitución. La primera, según el doble mandato del inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, es que las presunciones respeten el principio de reserva legal. Esto implica que si son presunciones de legalidad deben estar revestidas

⁸ Karl Mittermaier, Tratado de la prueba en materia criminal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p.463 y siguientes.

⁹ Debatiendo con Taruffo, VVAA, Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez, Editores, 2016, Marcial Pons, Madrid, p.381.



del rigor normativo que las identifique como tales. En segundo lugar, se ha de referir a presunciones simplemente legales de aquellas que admiten ser desestimadas bajo otros medios de prueba. Por ende, están prohibidas las presunciones de derecho.

No obstante, en el caso concreto, no se vincula con ninguna presunción definida por el legislador, sino que se atribuyen al razonamiento judicial. Para ello hay que ir al tercer requisito implícito en la norma anterior, que las presunciones, ahora judiciales, respeten el principio de culpabilidad. Esto es, que la culpabilidad “es condición indispensable previa a la pena y fundamenta en el caso concreto el reproche del injusto. El principio posee además una doble vertiente procesal y material, desde esta última requiere que la punición se derive de ella, ya en su forma dolosa o imprudente, culpabilidad que además requiere ser efectiva en el caso particular, es decir, preciso que se afirme con certeza absoluta. Todas estas características aúnan el principio de culpabilidad con el procesal de búsqueda de la verdad material, formando esta parte de la garantía constitucional de aquél”.¹⁰ En consecuencia, las presunciones se han de vincular con el máximo estándar de la culpabilidad a objeto de fortalecerlo y no debilitarlo. Se trata del estándar pleno de convicción moral y jurídica para condenar.” (STC 5952, c. 43°)

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

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

¹⁰ Vogel (1994, pp. 52-3).



sentencia”.¹¹ Desde este punto de vista normativo, admitimos que son conforme a la Constitución.” (STC 5952, c. 44°).

VIGESIMOCTAVO.- El Diccionario de Jurisprudencia Judicial Chilena¹² ha señalado como criterio jurisprudencial lo siguiente:

a.- Presunción judicial, diferencia con indicios.

En doctrina suele diferenciarse entre indicios y presunciones, conceptos que nuestro Código de Procedimiento Penal identifica, según se desprende del propio mensaje, unido al texto de los artículos 110 y 457. En realidad (...) debe concluirse que el indicio y la presunción son conceptos diferentes pero que se relacionan, por cuanto el indicio (la voz latina *indicium* deriva de *indicare*, que significa indicar, hacer conocer algo) es un hecho conocido del cual se infiere la existencia de otro hecho desconocido, mediante un razonamiento del juez que es lo que constituye la presunción. Este es el alcance del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que la presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicio o hecho indiciario), deduce el tribunal (razonamiento, operación mental de inferencia lógica) ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona. (Corte Suprema, Rol N° 514-2009, de 10 de agosto de 2010. Revista Gaceta Jurídica N°362. Cita online:CL/JUR/4703/2010).

b.- Presunciones judiciales.

De acuerdo a los artículos 456 y 488 del C. de P. Penal y 1712 del C.Civil, corresponde a los jueces del fondo determinar si las presunciones judiciales reúnen o no los caracteres de gravedad, precisión y concordancia, evaluación que escapa del recurso de casación. (Corte Suprema, Rol N°2037-2001, de 29 de mayo de 2002. Revista Gaceta Jurídica N°263. Cita online: CL/JUR/2617/2002).

c.- Presunciones judiciales, requisitos.

La facultad para calificar la gravedad, precisión y concordancia de las presunciones, se corresponde con un proceso racional de los jueces del grado que no está sujeto al control del recurso de casación en el fondo. La gravedad es la fuerza, entidad o persuasión que un determinado antecedente fáctico produce en el raciocinio del juez para hacerle sostener una consecuencia por deducción lógica, de manera que la gravedad está dada por la mayor o menor convicción que produce en el ánimo del juez; la precisión está referida a lo unívoco de los resultados del razonamiento del juez, de modo que una misma presunción no conduzca sino a una consecuencia y no a múltiples conclusiones, pero esta precisión de la presunción está condicionada por el razonamiento del juez y por la ponderación de los elementos sobre los que la asienta

¹¹ Horvitz Lennon, María Inés/López Masle, Julián (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 269.

¹² Mario Verdugo Marinkovic, Diccionario de Jurisprudencia Judicial Chilena (2000-2014), Ed. Thomson Reuters, 2ª edición, 2015, Santiago-Chile, p.311.



y los demás antecedentes probatorios de la causa, de manera que resultará de la ponderación individual y comparativa de este medio con los demás quedando, de este modo, relativizada la misma precisión, y la concordancia se refiere a la conexión que debe existir entre las presunciones y que todas las que se den por establecidas lleguen a una misma consecuencia (considerando 17 de la sentencia de la Corte Suprema) (Corte Suprema, Rol N°16339-2013, de 22 de septiembre de 2014. Revista Gaceta Jurídica N°411. Cita online: CL/JUR/6667/2014).

d.- Conclusión.

Que resulta concluyente que la justicia de fondo en su aplicación de la norma del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, son el órgano competente y pertinente para evaluar la presunción judicial, la diferencia de esta con los indicios y calificar el mérito de ellas como asimismo los requisitos del razonamiento del juez, la ponderación y demás antecedentes de carácter probatorios del caso subjudice, que lo llevan a su convicción judicial.

V.- APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO.

VIGESIMONOVENO: En cuanto a los criterios antes verificados cabe entender que es una carga del requirente examinar cómo los preceptos legales reprochados producen el efecto inconstitucional cuyo único mecanismo de solución implicaría desaplicarlos.

La descripción de hechos enunciada en el requerimiento se introduce directamente en la dimensión probatoria al sostener a fs. 7 que los medios probatorios que intentan acreditar el hecho base se encuentran en los considerandos 4°, 7°, 12°, 15° y 30° de la sentencia y que el hecho desconocido y presumido o concluido a partir del hecho base consiste en que “don Arturo Fernández participó directamente en las detenciones y/o ejecuciones de las víctimas de autos en el mes de septiembre a octubre de 1973 y que cabe dar cuenta a este tribunal que *“dicha presunción judicial elaborada por la sentenciadora no cumple con los requisitos legales de dicho medio de prueba, vulnerando entonces el numeral 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, cuestión que impediría entonces presumir alguna responsabilidad respecto a mi representado en calidad de autor de los delitos de Secuestro Calificado de las víctimas de autos. 9. Que, ello se prueba, analizando detalladamente, cada uno de los considerandos en que intenta fundamentar la sentenciadora las presunciones judiciales en contra de mi representado, y los hechos en que se basa dicha presunción judicial.”*, pasando a analizar detalladamente cada uno de los “presuntos” elementos de prueba y las defensas esgrimidas.

TRIGESIMO: En síntesis, cabe entender que la hipótesis de concurrencia de vicios relativos a los elementos contextuales de este requerimiento que impugnan reglas generales del procedimiento penal antiguo y a la función del juez en el mismo, exigen que deban ser resueltos mediante los propios procedimientos de nulidad que



la legislación contempla para resolverlos, en la medida que existan y todos bajo control judicial y con recursos disponibles.

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

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

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

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

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

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.
- II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.



DISIDENCIA

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

1º.- Que el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido interpuesto en representación de Arturo Guillermo Fernández Rodríguez, Oficial en Retiro del Ejército de Chile, quien ha sido condenado -en primera instancia- a sufrir la pena de presidio perpetuo como autor del delito de secuestro calificado de 38 personas, en proceso penal sustanciado por la Ministra Instructora en Visita Extraordinaria, Marianela Cifuentes Alarcón, en la causa Rol Ingreso N° 4-2002, denominado "Episodio Paine", y que actualmente se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, a la espera del conocimiento por parte de dicho tribunal de alzada, respecto de los recursos de apelación y/o casación presentados por las distintas partes del juicio, atendido que junto al requirente, en el mismo proceso criminal y por los mismos hechos han sido condenadas, otras trece personas.

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

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



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

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

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

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

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



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

Empero, estos requisitos llamados a refrenar los prejuicios del juez -en su aplicación concreta y práctica- carecen de toda eficacia real, debido a tres circunstancias que suelen acontecer:

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

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

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

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

Por lo mismo que, en otra de sus obras, advierte que: *“el juez debe evitar caer en el confirmation bias, es decir, en el error típico de quien, debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de esa*



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

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

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

12º.- Que en el contexto reseñado, es posible advertir como la aplicación de estas presunciones ha resultado determinante para que la jueza a cargo de la



instrucción del procedimiento haya podido dar por establecida la participación del requirente en los hechos, cuestión que es posible apreciar en el apartado respectivo de su sentencia de primera instancia (considerandos cuadragésimo quinto y siguientes), oportunidad en que expone los argumentos que permitirían sustentar la participación punible del señor Fernández Rodríguez, indicando que *“el acusado Arturo Fernández Rodríguez reconoció que en la época de los hechos cumplía funciones en la Segunda Compañía de Fusileros de la Escuela de Infantería de San Bernardo; pero, niega su intervención en los hechos que se le imputan”* (considerando cuadragésimo sexto). Agrega a continuación que *“Sin embargo, su participación en calidad de autor de los delitos de secuestro calificado [...] se determinó con la prueba rendida en autos, en los considerandos cuarto, séptimo, duodécimo, décimo quinto y trigésimo, que como se dijo, permitió acreditar que las víctimas fueron detenidas y/o ejecutadas por soldados de la Segunda Compañía de Fusileros de la Escuela de Infantería de San Bernardo, entre el 24 de septiembre de 1973 y el 16 de octubre del mismo año y, asimismo con las declaraciones de los acusados [...] quienes refirieron que efectivamente intervinieron en los hechos dos Subtenientes de la citada compañía y, en especial, las declaraciones del Cabo [...] quien dando razón de sus dichos, refirió que uno de los subtenientes que intervino en la detención y ejecución de las treinta y ocho víctimas fue Arturo Fernández Rodríguez”*.

13º.- Que luego de las consideraciones reseñadas, culmina el análisis indicando en el siguiente razonamiento que *“en resumen, de la prueba de cargo antes referida, se desprende, que Arturo Guillermo Fernández Rodríguez realizó una serie de conductas que constituyen la ejecución inmediata y directa de los delitos de secuestro calificado de [...] en calidad de autor directo, ejecutor o inmediato de dichos ilícitos, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal”* (considerando cuadragésimo séptimo). Como se advierte, es a partir de las diligencias probatorias que menciona las que darían cuenta de la existencia de los hechos y a partir de declaraciones que no harían mención directa a la participación del requirente; salvo en lo referido a una de esas declaraciones, la que habría dado cuenta de la intervención específica del requirente en los hechos denunciados, no obstante lo cual, tal como se indica en el requerimiento, esa declaración habría sido retractada por el propio declarante, cuestión que constaría en una declaración jurada debidamente acompañada al proceso. Vale decir, se vuelve al punto inicial en el cual se carece de una imputación directa de la participación punible, no obstante lo cual a partir de hechos establecidos tales como la existencia de las víctimas, la participación de efectivos de la Segunda Compañía de Fusileros de la Escuela de Infantería de San Bernardo y la referencia testimonial de intervención en los hechos de Subtenientes de dicha compañía, la Magistrada a cargo se permite “desprender” la participación punible del requirente.

14º.- Que no compete a esta Magistratura efectuar un análisis de la prueba vertida en juicio, como tampoco realizar una valoración acerca de la contundencia, pertinencia y concordancia de la misma con los restantes antecedentes que obran en el proceso, pues ello compete a la judicatura respectiva, sin que se pretenda en el presente voto cuestionar tales facultades. Por ello no nos pronunciamos sobre aspectos



de fondo, así como tampoco los planteamientos del propio requirente en orden a cuestionar los requisitos para darle valor a las presunciones judiciales. Únicamente pretendemos señalar que en el caso concreto se advierte una aplicación de las normas cuestionadas, en particular los artículos 488 en relación al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, que han permitido en la especie, a partir de ciertas probanzas y diligencias desarrolladas en el proceso, presumir la participación punible de una persona en hechos de gran reproche punitivo, sin que se advierta un elemento de juicio que permita arribar a la misma conclusión de no mediar este ejercicio de correlación entre un hecho conocido del cual se deriva otro que no ha podido ser igualmente establecido.

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

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

17º.- Que de este modo, en el marco de un proceso penal desarrollado bajo normas de dudosa constitucionalidad, tratándose de hechos verificados hace décadas, con la dificultad probatoria derivada del paso del tiempo, todo ello unido al afán de dar una respuesta sancionatoria ejemplar ante hechos que por su naturaleza resultan de la mayor gravedad, generan un escenario particularmente complejo para la observancia y respeto a las garantías de un justo y racional juzgamiento, por lo que entregar la decisión acerca de la participación punible de una persona a la aplicación de normas que permiten atribuir a presunciones, la fuerza necesaria para establecer de modo indubitado la responsabilidad penal, constituye a todas luces una



transgresión a la garantía del artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución que no puede ser dejada pasar por alto en el caso concreto.

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

19°.- Que atendido lo anterior, es decir, la forma en que se ha conducido la gestión judicial concreta desde el punto de vista procesal y específicamente en cuanto a sus aspectos probatorios, conviene tener presente las advertencias acerca del juzgamiento de una persona sobre la base de pruebas legales (presunciones) o de indicios. En efecto, como lo ha distinguido Ferrajoli, la prueba es el hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere un hecho o delito pasado, mientras que el indicio constituye el hecho probado del pasado del que se infiere un delito o hecho del pasado que a su vez tenga valor de indicio. En consecuencia, considerando que la causa corresponde a la investigación de hechos acaecidos hace décadas atrás, pretender dar por acreditado un hecho pasado en base a pruebas necesariamente indirectas no puede sino afectar la fuerza inductiva de las pruebas e indicios, tal como señala Ferrajoli, tanto de “la fiabilidad o crédito subjetivo de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas...”, como de la “idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto”. Concluye el mismo autor desenmascarando la justificación de la inducción judicial basado en el sistema inquisitivo y el recurso a las pruebas legales: “Se trate de pruebas o indicios, la verdad de las conclusiones que pueden ser inducidas de unas y otros es sólo verdad probable, siendo siempre posible que la conclusión de una inducción sea



falsa aunque sean verdaderos los datos enunciados en las premisas” (Ferrajoli, op.cit., pp.130-132)

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

21º.- Que por otra parte, el requirente también plantea un cuestionamiento de constitucionalidad derivado de la aplicación al caso concreto del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en particular respecto de la expresión “tres grados” contenida en la parte final de la disposición. En efecto, el requirente expone que la posibilidad de aumentar la pena hasta en tres grados de acuerdo a la norma en comento, resulta atentatoria a la garantía de aplicación penal de la ley más favorable a que se refiere el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución.

22º.- Que, sobre el particular, cabe indicar que al comparar la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal con su equivalente del Código Procesal Penal, contemplada en el artículo 351, es posible advertir que esta última contempla para los casos de reiteración de crímenes o simples delitos -según las modalidades que la norma contempla- la posibilidad de aumentar la pena en uno o dos grados. De este modo, la aplicación de la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal resulta más gravosa que aquella contenida en el artículo 351 del actual Código Procesal Penal, no advirtiéndose el fundamento para hacer aplicación de una norma sin respetar la garantía de la ley penal más favorable, si el presupuesto de hecho contemplado en ambas normas es el mismo.

23º.- Que, sobre este último punto, es del caso recordar que ha señalado esta Magistratura, “*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" (STC 3216-16 c. vicesimotercero).

24°.- Que, por tanto, la aplicación al caso concreto de la expresión "tres grados" contenida en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal aparece como atentatoria a la garantía de la ley penal más favorable para el requirente, en cuanto dicho precepto legal establece un trato punitivo desfavorable y más gravoso para el condenado que aquel contenido en el artículo 351 del Código Procesal Penal, no existiendo impedimento alguno para que el juez que conoce del asunto velando por el respeto a las garantías del justiciable, aplique aquellas disposiciones que armonicen de mejor modo con el resguardo y observancia del texto constitucional, de manera tal, que correspondía igualmente declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la expresión antes reseñada, por transgredir el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor NELSON POZO SILVA. La disidencia corresponde al Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9629-20-INA

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

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



El Ministro señor Gonzalo García Pino concurre al pronunciamiento pero no suscribe por encontrarse con permiso administrativo.

Autoriza el Secretario (S) del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.