



Santiago, siete de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Solicitud de inaplicabilidad.

Con fecha 25 de noviembre de 2016, don René Villarroel Sobarzo ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Precepto legal reprochado.

El texto del precepto impugnado es del siguiente tenor:

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

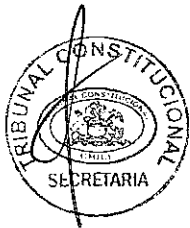
Específicamente, en lo que concierne al conflicto de constitucionalidad planteado, el precepto se impugna en tanto previene que las actuaciones del sumario son secretas, prescripción, en cuya virtud, la Magistratura competente dejó sin efecto la resolución que confirió el conocimiento del sumario de la causa penal, misma en la que el actor ha sido procesado por los delitos de detención ilegal, secuestro y apremios ilegítimos.

Gestión judicial pendiente.

Se trata del proceso penal, sustanciado de conformidad al Código de Procedimiento Penal por el Ministro en Visita Extraordinaria, señor Jorge Pizarro Astudillo, bajo el Rol N° 10.819-2008. Actualmente se encuentra en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Los citados ilícitos dicen relación con hechos ocurridos el 20 de septiembre de 1973, cuando aproximadamente 200 funcionarios del Ejército, Carabineros y Fuerza Aérea, por orden del General de ésta última, señor Leigh, detienen en un sector rural de la provincia de Llanquihue a 6 personas, que luego son fusiladas por orden del Consejo de Guerra.

Explica el actor que la investigación criminal se inició por querrela el año 2008. La sustanciación de la causa estuvo casi detenida entre los años 2013 y 2016, atendido que una querellante solicitó someter a proceso a más de 10 personas.



Después de tener conocimiento del sumario, en marzo del año 2016, conociendo entonces la investigación realizada durante 8 años, indica el actor que la misma ha sido fuertemente impulsada por su defensa, cuestión que le permitió solicitar diversas diligencias para desvirtuar la imputación penal.

Sin embargo, en el mes de septiembre del año 2016, el Ministro Instructor dejó sin efecto el conocimiento del sumario concedido a las partes "con el objeto de no entorpecer las diligencias y el éxito de la investigación del Tribunal". El actor apeló dicha resolución, cuya decisión está pendiente, siendo ese el estado de la gestión penal en la que se representan vicios de constitucionalidad respecto de la norma censurada.

Sustanciación del requerimiento

Por resolución de fojas 44, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento de autos y suspendió la tramitación de la gestión judicial pendiente invocada. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Presidenta de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados y notificado a las partes de la gestión judicial pendiente invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Fundamentación del requerimiento.

Se aduce que los derechos constitucionales que vulnera el impugnado artículo 78 en su aplicación son los siguientes: derechos a la presunción de inocencia, a la defensa legítima y al debido proceso, reconocidos en el artículo 19, N° 3°, constitucional, en relación con los artículos 1° y 4° de la Carta, vinculados al artículo 5° de la misma, que reconoce los derechos garantidos por tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Explica que estos derechos se le han desconocido pues, por el actual secreto del sumario, no se le permite conocer los antecedentes en que se fundan las imputaciones penales y, en consecuencia, no puede armar como corresponde su defensa para desvirtuarlas con todos los antecedentes del caso.

De esta manera, la presunción de inocencia pasaría a ser una quimera, dado que en los hechos no puede ejercitar su derecho a defensa, base esencial de la garantía del debido proceso.

Recuerda al efecto que el nuevo Código Procesal Penal, en sus artículos 4°, 7° y otros, reconoce y protege la presunción de inocencia, cuestión que no ocurre en la especie y sucede que, de conformidad a la normativa constitucional y convencional, la publicidad en los procedimientos judiciales en un derecho fundamental que no



se respeta en los procesos penales secretos, lo que sería el soporte de los vicios de constitucionalidad denunciados.

Observaciones al requerimiento.

Por presentaciones de fojas 178 y 210, la abogada Pamela Sánchez, por las partes querellantes del proceso penal invocado, y por presentación de fojas 184, el Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, formulan sus observaciones al requerimiento, precisando diversos hechos y desvirtuando la presencia de los vicios constitucionales denunciados.

Exponen que el año 2008 se entabla querrela por 6 víctimas, a las que el requirente detuvo, secuestró y torturó personalmente, además de declarar en contra de ellas, última cuestión que desencadenó que fueran fusiladas. A su vez, afirman que el actor fue uno de los más violentos partícipes en los delitos, los que también cometió respecto de personas que sobrevivieron y que hoy son testigos de los hechos.

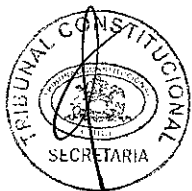
Explican que el Ministro de Fuero procedió a revocar el conocimiento del sumario, luego de que el señor Villarroel, al obtener su libertad provisional, hiciera declaraciones en el periódico El Llanquihue, en el mes de setiembre de 2016, donde da a conocer públicamente parte del proceso que es aún materia de investigación, pretendiendo inocular su inocencia en la opinión pública.

De esta manera, desvirtuó y cuestionó la seriedad de la investigación, entorpeció en una etapa en que estaban realizándose importantes diligencias pendientes, justo motivo para que el Ministro Instructor decretara nuevamente el secreto, con el fin de proteger y resguardar el éxito de la investigación penal.

Recuerdan que en materia de procedimiento penal, la etapa de sumario está amparada por el orden consecutivo discrecional, por lo que el juez puede disponer diligencias sin necesidad de conferir traslado a las partes. En cambio, en la etapa de plenario, procede el orden consecutivo legal y es allí, entonces, donde el requirente puede oponerse a los dictámenes del juez y apelar al principio de publicidad, siendo a su vez la etapa en que las pruebas recogidas pueden ser desvirtuadas por las probanzas que acompañen las partes.

La disposición reprochada, por consiguiente, no será decisiva en la resolución del asunto penal, pues dice relación con una etapa del proceso que es provisoria y preparatoria.

Por lo demás, todas las partes del proceso se encuentran en igualdad de condiciones, ya que a todas afecta el que se haya revocado el conocimiento del sumario. Sin perjuicio de ello, hay que considerar que a todas las partes les asiste el derecho de solicitar diligencias y, además, el derecho a ser parte de ellas, como ocurrió en la diligencia de 14 de diciembre de 2016, en que todos estuvieron presentes (procesados, testigos y acusados).



Plantean que los que más buscan agilizar el proceso son los querellantes, pues la condena de crímenes se viene arrastrando desde hechos ocurridos el año 73, en desmedro de la defensa de los derechos humanos. Por ello, a su vez, se deben descartar todas las interpretaciones que vayan en perjuicio de las víctimas.

A todo lo anterior, se agrega que el procesado Villarroel no está indefenso, justamente porque ha podido recurrir de apelación respecto de la resolución que revocó el sumario, misma que, en el fondo pretende impugnar en sede de inaplicabilidad. Así, tampoco se le ha negado el derecho al recurso, sin perjuicio del recurso de queja que puede deducir.

Aducen que, si bien es dable reconocer las críticas que en abstracto se predicán respecto del antiguo procedimiento penal, lo cierto es que éste cumple con las garantías mínimas del debido proceso, cuestión que ha sido reconocida por la Corte Suprema.

En el fondo, si se atiende a lo expuesto, el requirente busca en esta sede dilatar el proceso penal.

Vista de la causa y acuerdo

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 25 de mayo de 2017, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Ramón Seguel, por la parte requirente, Pamela Sánchez, por la querellante Edi Rodríguez, Álvaro Benavides, por la Unidad del Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, y Francisco Jara Bustos, por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos. Con igual fecha se adoptó acuerdo.

CONSIDERANDO:

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

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

TERCERO: Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el siguiente resultado:

Estuvieron por rechazar el requerimiento los Ministros señora **Marisol Peña Torres**, y señores **Carlos Carmona Santander**, **Domingo Hernández Emparanza** y **Nelson Pozo Silva**.

Estuvieron por acoger el requerimiento los Ministros Srs. **Iván Aróstica Maldonado**, **Presidente**, **Juan José Romero**



Guzmán, María Luisa Brahm Barril y Cristián Letelier Aguilar.

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

Y VISTO lo dispuesto en los artículos precedentemente citados y demás pertinentes de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones respectivas de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1°. Que, por no haberse reunido el quórum exigido por el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución Política para acoger el requerimiento respecto de la solicitud de inaplicabilidad de fojas 1, éste se entiende rechazado.

2°. Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para litigar.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, oficiándose al efecto.

LOS FUNDAMENTOS DE LOS VOTOS SON LOS SIGUIENTES:

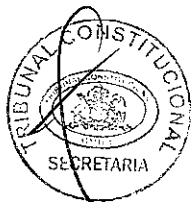
I. VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO.

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

1°. Que, en orden a desestimar el requerimiento planteado, estos Ministros hemos tenido en consideración tanto razones de forma como sustantivas que lo hacen francamente improcedente, las que analizaremos separadamente;

A.- Aspectos constitucionales de forma.

2°. Que, en efecto, por de pronto cabe señalar que la impugnación completa de la aplicación del artículo 78 referido del Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPOP) carece de sentido, toda vez que después de la primera parte de la norma, que enuncia el carácter secreto de las actuaciones del sumario, con las excepciones legales, todo su contenido siguiente se refiere al alcance del secreto del sumario cuando se investigan ciertos delitos de índole sexual (violación - propia o impropia -, abuso sexual,



producción de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución, pedofilia e incesto) lo que no guarda pertinencia alguna con el caso de la especie, de manera que mal podría consistir aquella en esa parte en una norma legal de aplicación decisiva, en este caso. Razones por las cuales se dan a este respecto los supuestos del artículo 84, inciso primero, número 5, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N° 17.997 (en adelante, LOCTC), para considerar el requerimiento formalmente improcedente en este punto;

3°. Que, además, mirándolo con precisión, la primera parte del precepto legal impugnado tampoco es decisoria, puesto que se trata más bien de una norma de reenvío o remisoria. En efecto, según consta en autos, tanto del requerimiento como de la apelación pendiente, se desprende que el ocurrente se siente agraviado porque no tiene acceso al conocimiento del sumario, sin que ello importe necesariamente cuestionar el precepto legal que estatuye el secreto del sumario en sí mismo, como lo establece el precepto impugnado, primera parte. De manera que, realmente, su queja radica en que no se ha entendido configurada por el señor Ministro de Fuero Instructor, uno de los casos de excepción legales -que no están en el precepto impugnado, sino sólo aludidos en éste- para otorgarle o mantener vigente el conocimiento del sumario en su favor;

4°. Que, así las cosas, vale la pena hacer presente que el requirente señala a fojas seis que "...el Ministro instructor dejó sin efecto el conocimiento del sumario concedido a las partes, 'con el objeto de no entorpecer las diligencias y éxito de la investigación del Tribunal'". A fojas siete insiste en que "...la investigación se encuentra en sumario, sin poder ser conocido por mi defensa que ha solicitado una serie de diligencias de investigación. Esto es, ejerciendo mi defensa 'a tientas'". Y luego, a fojas diez, remacha la misma idea: "...la Garantía Fundamental del derecho a defensa en un debido proceso, supone también otros derechos de carácter instrumental: derecho a Asistencia de un Abogado, derecho a no confesarse culpable, a guardar silencio, a la prueba, conocer el contenido de las imputaciones, lo que se vulnera, cuando no es posible acceder al conocimiento del sumario" (Lo destacado es nuestro). Es decir, tanto el requerimiento como la gestión subyacente reposan sobre la idea según la cual debe accederse al conocimiento del sumario, más que impugnar la institución del secreto del sumario en cuanto tal. Y, claro está, todo aquello es cuestión de mérito, que escapa a la competencia del Tribunal Constitucional y debe ser resuelto por los jueces de fondo, tanto en sus aspectos de hecho como de mera legalidad, especialmente si se atiende que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una acción constitucional declarativa y no un recurso, ni ordinario ni extraordinario, en contra de resoluciones judiciales. Por todo lo cual aquí tampoco resulta procedente el



requerimiento, en la medida que se configura a su respecto falta de fundamento plausible (no fundada razonablemente, en lenguaje constitucional), según dispone el artículo 84, inciso primero, N° 5, de la LOCTC;

5°. Que, a mayor abundamiento, no es efectivo tampoco que el tribunal unipersonal de excepción de la instancia, haya hecho aplicación específica y directa del artículo 78 del CPoP impugnado, como señala el requirente a fojas cinco, "...para privar a la defensa del conocimiento de la investigación". En vez de aquello, y tal como manifiesta el propio requirente, pero sin aquilatarlo debidamente, dicho Ministro Instructor "con el objeto de no entorpecer las diligencias y éxito de la investigación del Tribunal" (fojas seis), suprimió el conocimiento del sumario "después de 8 años de iniciada la investigación y de 43 años de ocurridos los hechos" (fojas quince);

6°. Que, en el contexto referido, es evidente que la verdadera disposición legal aplicada fue el artículo 80, inciso primero, del CPoP, conforme al cual: "Si el sumario se prolongare por más de cuarenta días desde aquel en que el inculpado hubiere sido procesado, éste tendrá derecho para que se ponga en su conocimiento todo lo obrado, a fin de instar por la terminación. Esta solicitud no puede ser denegada sino en cuanto sea peligroso para la investigación; y la apelación que en tal caso se entablare será otorgada en el solo efecto devolutivo cuando hubiere pendientes ante el tribunal diligencias de importancia que no deban retardarse." Es así como, no obstante los años que ha durado la investigación judicial sub lite, y conforme a los antecedentes que obran en autos, se suprimió el conocimiento del sumario, por razones relacionadas con el mejor éxito de la misma, que el requirente desde su ángulo considera dañosas para el ejercicio de sus derechos de defensa, debido proceso y presunción de inocencia. La cuestión de cuál de las dos perspectivas opuestas prima, no tiene tanto que ver con el enunciado legal sino con la subsunción que realizó el juez, dentro de sus atribuciones. Por ende, no es ésta tampoco una cuestión de constitucionalidad y, por lo demás, este precepto legal - que sí es el decisorio del asunto - no fue impugnado en autos. De manera que también procede el rechazo de forma, por este motivo;

7°. Que, las razones expuestas son de suyo bastantes para desestimar el requerimiento, no obstante lo cual formularemos también algunas precisiones de fondo, para así resolver.

B.- Aspectos constitucionales de fondo.

B.1.- ¿Es posible que subsista hoy el secreto del sumario propio del antiguo procedimiento penal, bajo el actual esquema constitucional?

8°. Aunque parezca paradójal, el procedimiento penal acusatorio o adversarial, oral y público, es más antiguo



que el procedimiento penal de oficio o inquisitorial, escrito y secreto. Aquél se practicó en Grecia y Roma, e incluso antes; el otro, a partir de la Roma Imperial y de las monarquías cristianas del siglo XII, siendo aplicado también por la inquisición eclesiástica. De manera que las modernas tendencias actuales no hacen sino regresar a la más antigua tradición. Según FONTECILLA (Cfr. FONTECILLA RIQUELME, Rafael, Tratado de Derecho Procesal Penal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T I, año 1978, p.39-40), "[E]l procedimiento acusatorio existió en Roma cuando las virtudes cívicas impulsaban a los ciudadanos a sostener acciones; pero, cuando se relajaron las costumbres y los delitos comenzaron a quedar impunes, el Estado, a fin de no romper de plano con la tradición, encargó a un ciudadano la función de acusar y sólo cuando ese sistema no dio resultado se instituyeron las pesquisas de oficio";

9°. Que, sin embargo, ya en la modernidad, a partir de la postrevolución francesa, se adoptaron formas mixtas de procedimiento penal, superando las debilidades y potenciando las fortalezas de ambos, siendo una de las más graves debilidades el carácter secreto del procedimiento inquisitivo. Dice FONTECILLA que "[L]a Revolución Francesa transformó el procedimiento inquisitorio, que aún se mantenía en su forma más abominable, como lo hacía notar Beccaria, en el capítulo XIV de su libro "De los delitos y de las penas", al combatir las acusaciones secretas...La Asamblea Constituyente ideó una forma nueva y dividió el proceso en dos fases: una secreta, que comprendía la instrucción, y otra pública, que comprendía la oral...Y esta forma cobró realidad legislativa en el Code d'instruction criminelle de 1808, y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificada, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de dos formas tradicionales." (Op. cit.p.43). Más adelante dicho autor comenta a CARRARA, según el cual: "[E]l concepto general de proceso mixto...no está en la compenetración, de modo que surja un tercer método especial, no es la "mixtio" en sentido propio; es la reunión y la alteración de ambas viejas formas...La mezcla del moderno juicio penal está en hacer dos procesos distintos: uno es inquisitorio y el otro tiene ciertas características del acusatorio. Por lo cual, en este sistema, precisa distinguir los dos períodos que lo componen." (Op.cit.p.44). Y, en lo tocante al tema del secreto o publicidad, se dice que en la primera etapa hay "absoluto secreto" y, en el segundo período, al dictarse el decreto de envío (envío), "[D]esde aquel momento nace la publicidad" (Op. cit.p.45);

10°. Que, las citas doctrinales del principal comentarista del CPoP chileno, ponen de manifiesto que la cuestión del secreto del sumario no es una de caso concreto sino de concepción del sistema procesal penal en su conjunto, globalmente considerado, y que debe encontrar solución legal dentro de éste. Ello, aun cuando el marco

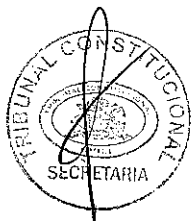
constitucional haya cambiado y los estándares garantistas se hayan elevado. Por cuanto, como también se ha hecho constar en estos autos por un voto disidente de inadmisibilidad, emitido por el Ministro señor Pozo, a fojas cuarenta y cinco de autos, la cuestión de la actual constitucionalidad del sistema procesal penal antiguo [secreto del sumario incluido, agregamos nosotros] ha quedado a salvo en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República. Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Magistratura Constitucional en el rol N° 2991-16, con algunos entendidos;

11°. Que, por consiguiente, una elevación de los estándares garantistas penales a nivel legislativo (nuevo Código Procesal Penal y su legislación complementaria, incluso orgánica constitucional y, además, alguna reforma constitucional puntual), no importa de suyo hacer decaer en la inconstitucionalidad sobreviniente a toda la normativa legal procesal penal precedente, que todavía permanece vigente en múltiples ámbitos (hechos pretéritos e, indirectamente, en la justicia militar). En otras palabras, una ley posterior mejor no causa la inconstitucionalidad de la ley anterior peor, aun cuando esta última quede más alejada de los parámetros constitucionales que de modo óptimo social satisface la primera, con los conocimientos disponibles al aprobarla. El texto constitucional no ha cambiado en lo pertinente, de manera que la constitucionalidad del antiguo CPoP sigue siendo, en general, inconcusa;

B.2.- ¿Es realmente negativo para el imputado el secreto del sumario y sin solución legal posible?

12°. Que, desde otra perspectiva, es dable hacer notar que el secreto del sumario es por definición transitorio y provisional. Es decir, no durará todo el proceso sino solo durante la investigación (fase previa al juicio propiamente dicho), en tanto se mantengan las circunstancias que lo justifican. Lo que equivale a decir que no es necesario ni posible terminar con la institución del secreto del sumario en sí, sino que simplemente la parte interesada debe echar mano de las herramientas legales que el mismo CPoP contempla, las que se procesan ante el tribunal de la instancia. En efecto, ya el propio artículo 78 impugnado, alude a las excepciones legales al secreto del sumario, cuales son:

- i. El artículo 79 da derecho al procesado para que se le dé conocimiento específico de aquellas diligencias que se relacionen con cualquier derecho que trate de ejercitar, siempre que con ello no se entorpezca la investigación;
- ii. El artículo 80 da derecho al conocimiento del sumario, transcurrido cierto plazo de la investigación y, también, siempre que con ello no se entorpezca la misma (limitación legal aplicada en la especie);



iii. El artículo 421, una vez cerrado el sumario, da derecho a las partes a solicitar su reapertura para que se practiquen todas las diligencias que se consideren omitidas, las que deberán mencionar expresamente en su solicitud. Luego de cumplidas éstas, se cerrará nuevamente el sumario y se elevará la causa a plenario (juicio público, controversial y acusatorio), si hay mérito para ello;

13°. Que, como se puede observar, el asunto propuesto tiene claras soluciones legales alternativas, de manera que no es menester acudir a la inaplicabilidad, la cual por lo demás es subsidiaria;

14°. Que, adicionalmente, cabe destacar que el secreto de la investigación es una herramienta operativa fundamental para la persecución de los delitos, de la cual es imposible desprenderse ingenuamente, incluso en el nuevo sistema procesal penal. En efecto, hoy se conserva el secreto de la investigación del Ministerio Público y de la Policía, aunque más acotada (artículo 182 del Código Procesal Penal, en adelante CPP). También puede haber secreto de las actuaciones judiciales (artículo 44 del CPP). Así es como cabe distinguir entre registros y documentos de la Fiscalía y/o Policía, de los registros de carácter judicial. Tocante a los primeros, la regla general es que las actuaciones de la investigación son secretas para los terceros ajenos al procedimiento. El imputado y los otros intervinientes pueden examinar y obtener copia de los registros y documentos de la carpeta investigativa fiscal, pero sólo pueden examinar (sin copia) los policiales. Ello, salvo que por razones de eficacia de la investigación, el fiscal resuelva el secreto de la misma. En tal caso, el secreto durará cuarenta días, que serán improrrogables respecto del imputado y a su defensa. De todo lo cual puede ocurrirse ante el juez de garantía;

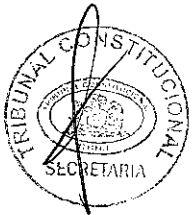
15°. Que, en ese orden de ideas, cabe considerar la clara opinión doctrinaria de uno de los principales exponentes del garantismo procesal penal en la actualidad: "[T]odo esto quiere decir que las garantías de la publicidad y la oralidad pueden ser admitidas sin términos medios una vez que se ha entrado, sin reservas ni compromisos, en la vía del proceso acusatorio puro. Es evidente que las investigaciones de policía deben efectuarse en secreto, bajo la dirección de la acusación pública. Pero esto sólo significa que no deben realizarse por el juez y han de preceder al juicio, so pena de desnaturalización en sentido policial tanto del juez como del juicio; que, por otra parte, debe estar vedada a la acusación y más aún a la policía, la formación de pruebas, que, por el contrario, deben producirse en régimen de contradicción con el imputado ante el juez del juicio oral y sólo excepcionalmente en forma de incidente previo; que, en fin, la formalización de la acusación deberá constituir el acto introductorio del ministerio público mediante el que se



llama a las partes a confrontar sus tesis y sus argumentos probatorios en condiciones de paridad" (Cfr. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Editorial Trotta, 2009, p.621). *Mutatis mutandis*, no cabe duda que la investigación puede ser secreta. Lo que no es posible que sea secreto es la producción procesal de la prueba. En el procedimiento acusatorio, la producción de la prueba ocurre en el juicio oral. En el procedimiento mixto, se verifica en el plenario, a menos que el mismo imputado acepte la prueba del sumario;

16°. Que, por lo demás, incluso dentro de un moderno procedimiento acusatorio y adversarial, tanto penal como civil, las atribuciones oficiosas otorgadas al juez son cada vez mayores (véase, por todos, TARUFFO, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", en DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho, 29 (2006), *passim*). Asimismo, ROXIN hace la misma distinción categóricamente: "...sólo el juicio oral es público, no así el procedimiento de investigación, ni el procedimiento intermedio" (Cfr. ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, 2000, p.406). El mismo autor refuerza la idea del carácter secreto de la investigación, pudiendo excluirse de todo conocimiento al imputado cuando hay peligro para el fin de la misma (op.cit.pp.332-333);

17°. Que, por otra parte, es conveniente recordar que esta Magistratura Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del sumario secreto tan sólo una vez y ello en relación a la impugnación de un auto acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre disciplina judicial (que ya no está en vigencia), pero únicamente por razones formales relacionadas con el régimen de fuentes de Derecho. En efecto, en el rol N° 783-07 (considerando DECIMOSÉPTIMO), se resolvió que: "...el carácter reservado de la investigación sumarial sólo está dispuesto en la letra d) del numeral 4° del Auto Acordado, pues no lo establecen así los preceptos legales contenidos en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que se refieren a la jurisdicción disciplinaria. Por su parte, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, en resguardo del principio de probidad, establece que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen...", agregando que "... sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos,". Si bien el artículo 4° transitorio de la Carta Fundamental valida las leyes ordinarias vigentes con anterioridad a su entrada en vigor que se refieran a materias reservadas por el Constituyente a las de carácter orgánico constitucional o de quórum calificado, no hace otro tanto con los Autos Acordados que regulen esas materias. Por ende, la contradicción de la norma impugnada con la Carta Fundamental se hace evidente con el solo



contraste de la literalidad de ambos preceptos, pues mientras el de rango inferior, la letra d) del número 4° del Auto Acordado establece una reserva absoluta del sumario administrativo -el que se compone de actuaciones y resoluciones de un órgano del Estado-, reserva que alcanza incluso al funcionario sujeto a investigación, el precepto de mayor jerarquía, contenido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, dispone la publicidad de los procedimientos y resoluciones de los órganos del Estado, salvo que el secreto sea dispuesto por una ley de quórum calificado, fundada en las razones que la propia Constitución establece, lo que no ocurre en la especie”;

18°. Que, sin embargo, lo relevante para nosotros en ese fallo, fue el voto de minoría emitido por el Ministro señor NAVARRO BELTRÁN, quien valida el secreto del sumario en consideraciones sustantivas vinculadas con los derechos del mismo encartado. En efecto, en dicho voto se expresa: “7. Que, en efecto, por su propia naturaleza las primeras diligencias de toda investigación pueden tener el carácter de reservadas o secretas, habida consideración de que en muchos de los casos la denuncia puede carecer de toda base; 8. Que lo anterior se encuentra por lo demás íntimamente ligado a la dignidad de la persona, bien jurídico fundamental que resguarda ni más ni menos que el artículo 1° de la Constitución Política de la República y que conforme a lo señalado por este Tribunal “es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados” (Rol N° 389, consid. 17°). Y, finalmente, remata el voto disidente apuntando: “12. Que como puede apreciarse, en este caso concreto, la reserva de las diligencias preliminares encuentra su fundamento en la protección de los derechos de la persona afectada y en su dignidad, puesto que es perfectamente posible que los procesos que se inicien carezcan de toda base o fundamento”;

19°. Que, como es posible percibir, en el ámbito del Derecho Disciplinario, componente del Derecho Administrativo Sancionador, para las personas sometidas a una especial relación de sujeción, el secreto del sumario es vista como una institución protectora del imputado, puesto que el proceso puede carecer de fundamento y, además, cesa para el imputado y su defensa al formularse cargos (por lo cual no la perjudica), al paso que los terceros sólo pueden tomar conocimiento del sumario, una vez que el proceso se encuentre afinado mediante acto administrativo terminal. Ha ocurrido que se ha solicitado amparo al Consejo para la Transparencia respecto de la negativa de un fiscal para entregar información de una investigación penal, ante lo cual dicho Consejo se ha declarado incompetente por estimar que sobre las normas de transparencia, en materia procesal penal priman las reglas orgánicas y de procedimiento especiales del rubro (Decisión

de amparo rol C911-10). Pero, sin duda, en este punto hay muchos principios y valores susceptibles de ser compartidos en ambas sedes;

20°. Que, por consiguiente, es posible apreciar también que dada la dinámica procesal de la materia sublite, íntimamente conectada con las circunstancias históricas y de contexto social y político que ha vivido el país en su pasado reciente, no debe aplicarse conforme a la Constitución para el ejercicio del ius puniendi mediante un debido proceso legal, un criterio exclusivamente cuantitativo y estrictamente cronológico para abrir al público la investigación criminal objeto del sumario. La misma, virtualmente, sólo ha comenzado en tiempo reciente, variable que la norma legal aplicable - que no es la impugnada - permite ponderar dentro del margen de apreciación legislativa, aun cuando el imputado requirente esté en desacuerdo con esa decisión. Por todo lo cual estos Ministros hemos sido de parecer de desechar el requerimiento intentado.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de rechazar el requerimiento teniendo únicamente presente los fundamentos contenidos en los considerandos sexto a decimoprimeros por estimar que, habiéndose rechazado el requerimiento por razones de forma, no corresponde entrar al análisis del fondo.



II. VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO.

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

1°. Que en la especie se objeta la constitucionalidad del artículo 78 del antiguo Código de Procedimiento Penal, porque sienta como principio general que todas las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones legales (inciso primero).

Dentro de estas excepciones se encuentran los artículos 79 y 80, que conceden al juez de la causa competencias discrecionales para acoger, rechazar o modificar -en cualquier momento- el conocimiento del expediente pedido por el imputado, cuando a su juicio exclusivo "no se entorpezca la investigación" o según "sea peligrosa para el éxito de la investigación".

Siendo evidente, como se verá, que en este caso concreto la aplicación del mencionado artículo 78 ha dado por resultado un desconocimiento del derecho a defensa que le asiste al reo o procesado, además de una infracción al principio de publicidad y a la garantía que le permite servirse de las nuevas leyes más favorables, según dispone la Constitución, por todo eso, el presente requerimiento de inaplicabilidad debió ser acogido;

PRECISIÓN PRELIMINAR

2°. Que conviene acotar desde un inicio que no corresponde al Tribunal Constitucional inmiscuirse en, ni

emitir parecer respecto de, los hechos que habrían acontecido en 1973 y que se investigan en la causa Rol Crimen 10.819 del Juzgado de Puerto Varas, tramitada por un Ministro de Fuero, constitutiva de la gestión judicial pendiente en que incide el presente recurso de inaplicabilidad.

Mas, como dicha causa se sustancia actualmente conforme a las reglas del antiguo Código de Procedimiento Penal, porque la disposición Octava Transitoria de la Constitución del año 1997 establece que las normas del nuevo Código Procesal Penal "se aplicarán exclusivamente a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones" (entre 2000-2005), entonces compete a esta Magistratura examinar si la aplicación de aquella preceptiva contraría o no el derecho a defensa en un juicio racional y justo que se debe asegurar al encartado, según los criterios que tradicionalmente han caracterizado esta exigencia constitucional.

Además, como la supervivencia de aquel viejo Código de Procedimiento Penal no implica que se haya hecho inmune a las nuevas reglas y principios constitucionales, este Tribunal habrá de examinar si esta ley procesal se adecua o no a dichos estándares sobrevenidos con posterioridad al año 1997, como son la plena publicidad de los actos estatales y su concordancia con las garantías procesales actualmente vigentes;

RACIONAL Y JUSTO PROCESO PENAL

3°. Que, a este respecto, cabe recordar que en STC Rol N° 1718 esta Magistratura tuvo ocasión de precisar que la supervivencia temporal de los procesos regidos por el Código de Procedimiento Penal no es obstáculo al pleno vigor de los principios y normas constitucionales relativos al debido proceso, de manera que los juicios correspondientes deben tramitarse conforme a ellos, al paso de agregar que la disposición Octava Transitoria de la Carta Fundamental no convalida la constitucionalidad esencial de la legislación preexistente ni excluye la posibilidad de que genere efectos inconstitucionales (considerando 6°).

Cuyo es este caso, donde el cuestionado artículo 78 se ha revelado contrario al 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución, habida cuenta que al obstaculizar e impedir la plena cognoscibilidad de las pruebas inculpatorias que pesan contra el encausado, respecto de hechos que habrían sucedido en 1973, lo priva a éste del derecho a un proceso justo y racional;

4°. Que, es así, en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, la Constitución otorga un mandato al legislador para establecer las garantías de un procedimiento justo y racional, sin perjuicio de tenerse presente que en el génesis de dicha norma se dejó constancia de cuales serían naturalmente algunos de sus presupuestos mínimos, tales como la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448 considerando 40°) y -para lo que interesa en este

caso- el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N° 1718 considerando 10°).

Es decir, no hay investigación o proceso justo y racional si se desconoce la facultad para rendir e impugnar las pruebas (STC roles N°s. 1200 considerando 5°, y 2204 considerando 9°);

5°. Que la posibilidad de ejercer una defensa jurídica eficaz y de acceder a las pruebas inculminatorias a fin de poder contradecirlas, constituye un derecho fundamental que encuentra arraigo en las más antiguas tradiciones de la Justicia.

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

6°. Que obviamente el carácter secreto o reservado puede disponerse por ley; aunque sólo excepcionalmente, por periodos determinados, respecto de antecedentes específicos y por causales legalmente acotadas, relacionadas con alguno de los objetivos concretos que persigue el juicio criminal, señalados con precisión en el artículo 76 del propio Código de Procedimiento Penal.

Pero lo que no puede ocurrir, porque resiente el derecho a la defensa, es que tal confidencialidad la pueda disponer del mismo investigador-juez, por apreciaciones globales, de manera general e indefinidamente, como permite hacerlo el artículo 78 cuestionado;

NUEVAS GARANTÍAS PROCESALES

7°. Que, enseguida, debe advertirse que no es óbice para declarar esta inconstitucionalidad la disposición Octava Transitoria de la Constitución, que fue agregada el año 1997 por la LRC N° 19.519, y merced al cual los llamados juicios por derechos humanos se rigen por el viejo Código de Procedimiento Penal de 1906, y no por las normas del nuevo Código Procesal Penal del año 2000.

Ello, porque si bien en la especie se trata de investigar hechos supuestamente acaecidos en 1973, la correspondiente causa criminal se inició recién el año 2008: cuando ya estaba rigiendo en plenitud el nuevo artículo 8° de la Constitución, sobre publicidad de los procedimientos que utilicen los órganos del Estado, incorporado el año 2005 por la LRC N° 20.050, y cuando también se encontraba imperando en todo el territorio



nacional el actual Código Procesal Penal, que a estos efectos -de mayor publicidad- debe entenderse como nueva ley más favorable al afectado, al amparo del artículo 19, N° 3, inciso octavo, constitucional;

8°. Que, en efecto, la circunstancia de que la causa de que se trata se ventile conforme al señalado Código de 1906 no impide, ni puede impedir, la plena vigencia de las ulteriores normas sobre publicidad, estatuidas con eficacia directa e inmediata a partir del año 2005 por el nuevo artículo 8° constitucional (LRC N° 20.050). En cuya virtud los actos del Estado son públicos por regla general, a menos que determinados actos, fundamentos o procedimientos se declaren por ley secretos o reservados, solo cuando su publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Ninguno de cuyos supuestos concurre a validar el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, pues éste invierte dicha norma constitucional, al establecer como regla general el secreto y cual excepción la publicidad: "Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley";

9°. Que el aludido inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, en su contenido vigente a partir del año 2005, vino a consagrar el principio general de que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen", añadiendo una restringida excepción: "Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

Vale decir, aunque se estime que el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal formalmente ha subsistido como ley de quórum calificado (por aplicación de la disposición Cuarta Transitoria de la Constitución), es evidente que su contenido no es conforme con esta nueva regla de la Constitución.

Primero, porque el Código de Procedimiento establece exactamente lo contrario, al estatuir el secreto como regla general. Y segundo, porque el propósito que tuvo en cuenta el Constituyente al encomendar al legislador de quórum calificado la consagración de las hipótesis en que cabe el secreto o reserva, fue sustraer la calificación de estos supuestos excepcionales del poder discrecional de los órganos de ejecución. Es decir, que la determinación del secreto o reserva no quedara entregada a la apreciación subjetiva de las autoridades concernidas, asilándose en fórmulas abiertas o vagas que pudieren prestarse para frustrar la publicidad;

10°. Que, lo antes señalado, no implica que los sumarios y demás investigaciones que realizan los órganos del Estado deban ser ilimitadamente abiertas y de libre

acceso público. Puede el legislador establecer el secreto o reserva, pero por tiempos definidos y únicamente respecto a piezas o antecedentes determinados.

Pero lo que resulta claramente reñido con la racionalidad y la justicia es que, sobre la base de pruebas secretas o reservadas, según calificación discrecional del propio acusador, se puedan adoptar actos contra los derechos del inculcado y cuyos antecedentes soportantes éste no puede conocer.

Es lo que ocurre con la resolución del juez que somete a proceso y a prisión preventiva a una persona: aunque el antiguo Código de Procedimiento Penal dice que la resolución respectiva se debe notificar al imputado (artículo 276), lo objetable es que -si hay secreto del sumario- éste no puede tener acceso a las pruebas inculpatorias de respaldo;

11°. Que, de otra parte, es útil tener presente que el artículo 19, N° 3, inciso octavo, de la Constitución dispone que los delitos se deben castigar con arreglo a las leyes promulgadas con anterioridad a su perpetración, a menos que "una nueva ley favorezca al afectado".

Si bien dicha norma se inspira en el artículo 18 del Código Penal, que es ley sustantiva, su inserción -sin hacer distingos- dentro de las reglas constitucionales que versan igualmente sobre las garantías procesales debidas a los encartados, permite hacerla extensiva a las nuevas leyes relativas al juzgamiento criminal, cuyo es el caso del Código Procesal Penal. Que en lo relativo a la publicidad de las actuaciones judiciales es más favorable por encontrarse acorde con el citado artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, así como con el artículo 9° del Código institucional: "Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley";

12°. Que, es así, el Mensaje que precede al nuevo Código Procesal Penal abunda en lo que son los "Principios Básicos" que deben regir el enjuiciamiento criminal en lo sucesivo, conforme a nuestro sistema jurídico y acorde con los estándares impuestos por la Constitución Política y Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Habida cuenta que entre estos principios se encuentra la necesidad de instruir un "juicio público", basta espigar el nuevo Código Procesal Penal para advertir que la posibilidad de secreto o reserva se recoge aquí de manera extremadamente módica, como se observa al leer sus artículos 44 y 182, que en nada se asemejan a la amplitud con que aparece concebido el artículo 78 del antiguo Código de Procedimiento de 1906;

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

13°. Que por eso ha dicho este Tribunal Constitucional que el hecho de que algunos juicios criminales continúen tramitándose en la forma prevista por las antiguas leyes procesales, no implica sustraerlos de aquellas garantías



sobrevinientes -constitucionales o legales- que les sean lógicamente compatibles.

En este sentido la STC Rol N° 2991 señala 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" (considerando 20°);

14°. Que en esta misma línea se inscriben las STC roles N°s 2492 (considerando 20°) y 2902 (considerando 23°), que han objetado el Código de Justicia Militar, no obstante que éste se encuentra expresamente reconocido por la propia Carta Fundamental (artículo 83, inciso final).

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

Sostener la crítica jurídica que se hizo allá al remitido artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, sin repetirla análogamente acá, implica incurrir en una inconsecuencia constitutiva de una discriminación arbitraria;

CONCLUSIONES

15°. Que, en definitiva, la aplicación que se ha dado al artículo 78 del Código de Procedimiento Penal se evidencia en este caso contraria a la justicia y a la razón. Por lo mismo, contraria a la Constitución, de las maneras como se han reseñado.

El secreto de la investigación puede dispensarla un juez, circunscrito por causales legales que son conformes con la Constitución, en lo relativo a piezas limitadas y por periodos acotados, mas nunca al tenor de una potestad cuyo ejercicio pueda prestarse para neutralizar los derechos del acusado. Una ley que permite proceder de esta forma -el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal- es desmedida y, por eso también, se torna inconstitucional.

Redactó el voto el voto por acoger, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, Presidente, por rechazar, el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, y la prevención, la Ministra señora Marisol Peña Torres.



Notifíquese, comuníquese, registrese y archívese.

Rol N° 3285-16-INA.

[Signature]
SR. CARMONA
[Signature]

SR. HERNÁNDEZ

[Signature]
SRA. BRAHM

[Signature]
SR. POZO

[Signature]
SR. ARÓSTICA

[Signature]
SRA. PEÑA
[Signature]
SR. ROMERO

[Signature]
SR. LETELIER

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.



Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rodrigo Pica Flores.

[Signature]

