



Santiago, dos de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 12 de julio de 2017, Pedro Pablo Montabone, Oficial ® del Ejército de Chile, domiciliado en Dr. Sotero del Río N° 508, oficina N° 418, Santiago, requiere la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 193, 205, 318, 330, inciso primero, 334, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, en el proceso penal seguido ante la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, por el delito de secuestro calificado de Franklin Valdés Valdés, bajo el Rol Ingreso N° 186-2011.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna

Los preceptos cuya aplicación se impugna disponen:

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

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

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

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

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

Art. 351.- *Cuando los testigos o los procesados entre sí, o aquéllos con éstos, discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés en el sumario, podrá el juez confrontar a los discordantes a fin de que expliquen la contradicción o se pongan de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido. Procederá asimismo esta diligencia con respecto a los querellantes y meros inculpados.*



No será procedente el careo de las personas que no tienen obligación de prestar declaración como testigos, salvo que hubieren consentido en declarar ni lo será tampoco con respecto a aquellas que no están obligadas a concurrir.

Tampoco procederá el careo entre inculpados o procesados y la víctima en los delitos contemplados en los artículos 361 a 367 bis del Código Penal y en el artículo 375 del mismo cuerpo legal. Si el juez lo estima indispensable para la comprobación del hecho o la identificación del delincuente, deberá emplear el procedimiento indicado en el inciso primero del artículo 355, reputándose a la víctima como testigo ausente, a menos que ella consienta expresamente en el careo.

Art. 352 (375) *Para verificar el careo, el juez hará comparecer ante él a las personas cuya declaración sea contradictoria, y juramentando o tomando promesa a los que sean testigos o querellantes y exhortando a todos a decir verdad, hará leer o leerá por sí mismo el punto en que las declaraciones se contradigan, y preguntará a cada uno de los discordantes si se ratifica en su dicho o si tiene algo que agregar o modificar a lo expuesto.*

Si alguno altera su declaración concordándola con la de otro, el juez indagará la razón que tenga para alterarla, y la que tuvo para haber declarado en los términos en que antes lo hizo.

Si los discordantes se limitaren a ratificarse, el juez les manifestará la contradicción que existe entre sus respectivos dichos y les amonestará para que se pongan de acuerdo en la verdad, permitiendo al efecto que cada uno de los careados haga a cualquiera de los otros las preguntas que estime conducentes y las reconvenciones a que las respuestas dieran lugar, y cuidando de que no se desvíen del punto en cuestión, ni se insulten o amenacen.”.

Gestión pendiente

La gestión pendiente que se invoca es el proceso penal por secuestro calificado de Franklin Valdés Valdés, cometido entre los días 28 de septiembre y 4 de octubre de 1973, seguido por la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, bajo el Rol N° 186-2011, en el cual el requirente tiene la calidad de procesado desde junio de 2015. Al momento de requerir de inaplicabilidad la causa se encuentra en estado de sumario, con diligencia pendiente.

Fundamentos de Derecho



Expone el requirente que la pretensión de tomar declaraciones y verificar careos durante el sumario del antiguo proceso penal, en aplicación de la preceptiva impugnada, sin la presencia de abogado defensor del imputado, vulnera las normas señaladas del inciso segundo del artículo 5° y los numerales 3° y 26° del artículo 19, todos de la Constitución, en lo relativo a la tutela judicial efectiva en un proceso racional y justo.

Agrega que la preceptiva impugnada le da al juez la atribución de tomar cuantas declaraciones estime, bajo su “dirección”, pudiendo incluso realizar el dictado material de la declaración para su testimonio en el expediente, requiriendo aclarar al inculpado o a los testigos sus contradicciones. Expone que los artículos 193 y 205 permiten tomar declaración en secreto a testigos, todo lo cual se verifica sin abogado defensor.

Señala que existe el riesgo cierto de que se le apliquen estas normas, al fundar la acusación en la etapa de sumario, que contiene piezas obtenidas de la forma reglada en la normativa impugnada, vulnerándose el derecho a defensa, mediatizándose los dichos y pre constituyendo prueba de cargo en un mecanismo que hace fácil llevar a respuestas guiadas, sin defensor, agregando que incluso si el declarante se niega a firmar ello no obsta al valor de las actuaciones.

Señala que así se vulnera la neutralidad necesaria del juez para el respeto de la presunción de inocencia, que el inculpado simplemente está a disposición del juez, vulnerándose el test de proporcionalidad, en la medida que no existe justificación razonable para restringir así la tutela judicial.

A fojas 10 enuncia diez actuaciones realizadas en aplicación de la preceptiva impugnada, expone la necesidad de la presencia del abogado defensor y en referencia al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución alega como vulneradas normas de derecho internacional, a las cuales se refiere en detalle.

A fojas 14 y siguientes se refiere en detalle al carácter constitucional del conflicto y al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, dando por vulnerado el contenido esencial de la misma y del derecho a defensa.

A fojas 18 concluye la incompatibilidad de la preceptiva impugnada con las normas de derecho internacional a las que alude y señala que este tribunal en ejercicio de las facultades de inaplicabilidad por inconstitucionalidad puede directamente además ejercer un control de convencionalidad que es reforzado por el artículo 5 de la Constitución Política, señalando que es preciso que



este Tribunal aborde también un control convencional, en el marco de sus mecanismos de control constitucional.

Admisión a trámite y admisibilidad

Acogido a tramitación el requerimiento se decretó la suspensión del procedimiento y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Habiéndose hecho parte el procesado Alfonso Faúndez Norambuena, el Programa de Derechos Humanos del Gobierno, los querellantes familiares de la víctima del hecho punible y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se confirió traslado sobre el fondo del conflicto.

Traslado sobre el fondo del conflicto

A fojas 84, el Programa de Derechos Humanos evacua el traslado conferido señalando que los hechos de la causa fueron conocidos y sobreseídos temporalmente por una fiscalía militar de tiempo de guerra en 1974, agregando que las declaraciones cuestionadas ya fueron prestadas en la gestión pendiente en etapa de sumario, motivo por el cual este Tribunal no puede entrar a conocer acerca de la validez de actos procesales ya ejecutados al amparo del sistema penal pertinente. Agrega que en el futuro de la gestión las normas no tendrán aplicación, pues ya la recibieron en etapa investigativa, agregando que a la defensa se le ha permitido intervenir en todas las actuaciones judiciales, apeló del auto de procesamiento y que además no impugnó el cierre del sumario, agregando que con argumentos similares a los del libelo de inaplicabilidad pidió dejar sin efecto el procesamiento, lo cual fue rechazado en primera y segunda instancia. Expone que el derecho de defensa tiene como manifestaciones la incoercibilidad del imputado, el conocimiento de la imputación, el deber de correlación y la prohibición de la *reformatio in peius*, nada de lo cual se ha afectado, agregando que la imputación es conocida por el inculpado desde 1974 y que ha ejercido con creces el derecho a ser oído.

Argumentando en base a jurisprudencia de este Tribunal descarta las violaciones a la Constitución alegadas y concluye invocando el deber de los Estados de investigar y sancionar ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por todo lo expuesto, solicitó el rechazo del requerimiento, con costas.



A fojas 89, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo de la acción, con ejemplificadora condena en costas, por tener un carácter puramente dilatorio y no tener poco o nada de argumentación de inaplicabilidad, agregando que es un cuestionamiento genérico al Código y a la Ministra en Visita más allá de las normas que se pretenden impugnadas, a pesar de lo cual no se ha usado por el requirente el amplio régimen recursivo respecto de las resoluciones del proceso penal antiguo. Concluye que el punto de la requirente es cuestionar declaraciones y careos, además de la prisión preventiva.

Agrega que los artículos 193 y 205 impugnados se refieren a testigos, mas no al inculpado por lo que no son pertinentes. En cuanto a las otras normas, se refieren a actuaciones ya verificadas y se impugnan bajo supuestos incomprobables. En ese orden, señala que si la parte requirente dejó de ejercer derechos procesales ello no es motivo de inaplicabilidad y que el estado del proceso indica que la investigación está prácticamente acabada.

En otro capítulo, señala que la paralización del procedimiento afecta obligaciones derivadas de tratados internacionales de derechos humanos, aludiendo como norma de *ius cogens* el deber de juzgar hechos de esta naturaleza según el fallo del caso Almonacid Arellano con Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Agrega que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha celebrado los avances en la tramitación de estas causas, al amparo del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que la Ministra en Visita ha obrado conforme al Derecho Internacional.

Autos en relación y vista de la causa

Concluida la tramitación del proceso se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa en la Tabla de Pleno. La vista de causa se verificó el día 12 de abril de 2018, conforme certificó el relator.

CONSIDERANDO:

I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL

PRIMERO: Que el requirente plantea la solicitud de que se declaren inaplicables por inconstitucionales los artículos 193, 205, 318, 330, inciso 1°, 334, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la Causa de Rol N° 186-2011, seguido ante la



Ministra en Visita Extraordinaria señora Marianela Cifuentes, en la cual está acusado en una investigación que se encuentra en estado de sumario (fs. 23 del expediente);

SEGUNDO: Que en su escrito plantea que el conflicto constitucional denunciado implicaría vulneraciones a los artículos 1°, 5°, 6°, 7° 19, numerales 3° y 26° de la Constitución así como con los siguientes preceptos convencionales (artículos 1°, 2°, 8°, 24° y 25° del Pacto de San José; los artículos 2°, 14° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 10° y 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre);

TERCERO: Que las imputaciones específicas se refieren a los efectos de siete artículos del Código de Procedimiento Penal en cuanto configurarían infracciones al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Éstas regulan las declaraciones de testigos y del inculpado y careos entre éstos y el procesado. Con ello, se afectaría el derecho que tiene la defensa de conocer los antecedentes, hechos e imputaciones sobre los cuales se le acusa en razón del secreto del sumario y que impiden una pertinente defensa jurídica al ser actos procesales que se realizan sin la presencia del abogado defensor;

II.- CUESTIONES SOBRE LAS CUALES NO SE PRONUNCIARÁ ESTA SENTENCIA Y OTRAS QUE EXIGEN PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS

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

QUINTO: Que del mismo modo en que esta Magistratura lo ha hecho en otras oportunidades, lo regular es que las Salas, de conformidad con el artículo 93, numeral 6°, de la Constitución tienen la competencia en exclusiva para declarar la admisibilidad de estos requerimientos. Como es natural, tal examen lo realiza sólo la mitad de los Ministros del Tribunal, sin perjuicio que compromete la voluntad completa de éste. Sin embargo, la incorporación de nuevos antecedentes de la gestión pendiente así como el previo análisis que hacen los Ministros que no integraron la Sala que vio el caso en sede de admisibilidad, puede llevar a que se replanteen algunas cuestiones propias de admisibilidad por parte del Pleno, pero bajo el rótulo de la procedencia/improcedencia de



las causales establecidas en el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;

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

III.- CRITERIOS COMUNES DE RECHAZO

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

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

OCTAVO: Que los preceptos legales reprochados se refieren al procedimiento penal antiguo, el que se divide en etapas de sumario y plenario. Las normas cuestionadas, en su totalidad, se refieren a la etapa del sumario, contenida en el Libro II del Código de Procedimiento Penal, que a partir del artículo 76 del mismo se orienta a la investigación de los hechos constitutivos de delitos, la determinación de los que participaron en él y las circunstancias que puedan influir en su penalidad. Ello ha llevado a la doctrina a calificar al sumario como un procedimiento secreto, que se desarrolla por escrito, sin contradicción o inquisitivo, carente de una tramitación ordenada, sin plazos y como una instancia preparatoria y provisional (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, pp. 135-142).

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

El plenario “es un juicio contradictorio entre el fiscal (o juez) y el querellante particular que acusan y el reo que se defiende, en todo diferente al sumario. Sus principales características son las siguientes aparte de que es contradictorio: 1) Es público; 2) Tiene tramitación ordenada, y 3) Es escrito” (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Ediciones Encina, Santiago, p. 11);



NOVENO: Que 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, N° 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 3°, 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. 14°);

DÉCIMO: Que 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.15°);

DECIMOPRIMERO: Que “en los procedimientos escritos lo anterior cobra suma relevancia. En estos prima la dispersión de los actos en fases o tiempos. Según ha desarrollado la doctrina procesal, cada acto del proceso viene a constituir a una sub-sub-fase del mismo, tomando la ley las riendas del asunto, estableciendo un orden legal máximo sobre su orden, con un mecanismo de articulación de dicha sucesión en que la preclusión entrega unión temporal a la dispersión de fases, haciendo así avanzar el proceso (Gandulfo, Eduardo, op.cit. p. 136), en un orden en que dada su indisponibilidad, debe ser respetado por las partes y el tribunal adjudicador. Por ello, a vía ejemplar, precluida para las partes la facultad de impugnar de nulidad una resolución, también queda el juez privado de su potestad de corrección (Tavolari, Raúl, “Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, N° 1, primera parte, pp. 6-7)” (STC 4704/2018, c. 16°);



DECIMOSEGUNDO: Que “verificada la sistemática del Código de Procedimiento Penal, lo anterior tiene repercusiones concretas. Su régimen de nulidades procesales es manifestación clara de lo razonado, puesto que, de conformidad a lo establecido en el artículo 71 “[l]as partes solo podrán pedir incidentalmente la nulidad de los trámites y los actos procesales en las siguientes oportunidades: 1.- La de aquellos realizados en el sumario, durante él, o en el plazo señalado en el artículo 401 o en los escritos fundamentales del plenario, y 2.- La de los trámites y actos realizados en el plenario dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se tuvo conocimiento del vicio”, agregando el artículo 72 que dichas nulidades quedan subsanadas de no ser alegadas en la oportunidad procesal correspondiente y que no pueden ser solicitados por la parte que sea causante del vicio ni aquella a quién no le afecta (artículo 70)” (STC 4704/2018, c. 17°);

DECIMOTERCERO: Que, en consecuencia, frente a la hipotética existencia de vicios procesales concretos que se produzcan en el marco de la gestión pendiente, la legislación contempla mecanismos oportunos y pertinentes en el Código de Procedimiento Penal para enmendarlos sin necesidad de recurrir al ordenamiento constitucional para proveer fórmulas que envuelven una creación normativa y recursiva incompatible con las atribuciones de esta Magistratura;

2.- Algunas normas impugnadas, si fuesen declaradas inaplicables, impedirían la indagación de delitos

DECIMOCUARTO: Que el requirente impugna un conjunto amplio de artículos relativos a declaraciones de testigos, aludiendo que en estos preceptos legales se vulnera su derecho a tutela judicial efectiva, particularmente, porque “aumenta los motivos de sospecha de que el juez no cumple con su rol de investigación neutral. En ese sentido, cabe mencionar que existe evidencia sobre la vulneración del principio de objetividad que lleva a investigar con igual celo las circunstancias que favorezcan o perjudiquen al sujeto investigado” (fs. 7 del requerimiento);

DECIMOQUINTO: Que en tal sentido pone particular énfasis en el hecho de que “el juez hará concurrir a su presencia y examinará por sí mismo a los testigos indicados en la denuncia, querrela o auto cabeza de procesos, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyendo datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente” (artículo 193 del Código de Procedimiento Penal). Asimismo, nos indica que



tales riesgos se acrecientan porque “salvo los casos exceptuados por la ley, los testigos serán examinados separada y secretamente por el juez en presencia del secretario” (artículo 205 del Código de Procedimiento Penal);

DECIMOSEXTO: Que estas impugnaciones a estos preceptos legales adolecen de algunas serias dificultades de fundamentos que impiden entender su consagración normativa como vulneraciones constitucionales. Por una parte, porque aluden a declaraciones de testigos las que son coherentes con un modelo constitucional que exige que el juez deba “investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen” (artículo 109 del Código de Procedimiento Penal). Como dice un autor, “bajo el epígrafe que antecede da el Código diversas reglas de carácter reglamentario que tienden a orientar al juez en la investigación de ciertos delitos, reglas casi todas que no son más que la repetición detallada de un principio de carácter general que preside su actividad, principio ya enunciado por nosotros en los siguientes términos: *el juez debe investigarlo todo*” (López, Osvaldo (1969), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Ediciones Encina, Santiago, p. 183). En segundo lugar, porque la impugnación de estas normas podrían tener dos modalidades de aplicación. Por un lado, impugnando todo tipo de declaraciones de testigos con lo cual se anularía uno de los objetivos del proceso penal en la investigación de los hechos punibles y la comprobación de la persona de los delincuentes. Y si adoptamos el otro criterio, esto es, que se impugnen únicamente las declaraciones de los testigos de cargo sobre el inculpado, estaríamos cuestionando solamente determinadas resoluciones judiciales y no solicitando la inaplicabilidad de un precepto legal. En tercer término, porque la referencia del artículo 205 cuestionado, asunto que el requirente no especifica, podría referirse únicamente a las declaraciones secretas, cuestión que no acontece en la práctica porque existe pleno conocimiento del sumario. En cuarto lugar, porque estas declaraciones adoptadas en el sumario no son inmutables en ningún sentido. La prueba testimonial puede rendirse en el plenario y hay todo un régimen legal de estimación del valor de la misma, ratificando el carácter esencialmente provisorio del sumario. En consecuencia, estas disposiciones impugnadas no pueden ser estimadas inconstitucionales puesto que de serlo afectarían a la propia sociedad interesada en la investigación de los hechos punibles y en la indagación de la persona del delincuente como objetivos constitucionales legítimos. El estándar exigido por el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto de la Constitución, es que el procedimiento penal cuente con las garantías de una justa y

racional investigación la que se obtiene otorgando los medios para indagar los delitos y no para impedirlo. Todo lo anterior, sin comprometer los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso;

3.- La presencia del abogado en las diligencias no está vedada por el procedimiento penal

DECIMOSÉPTIMO: Que el reproche más sistemático de este requerimiento es que se pueden tomar declaraciones al inculpado “sin la presencia del abogado” o “sin asesoría letrada” (fs. 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 14 y 15, en medio de reiteradas referencias a lo mismo). Lo anterior, le infringe una afectación a su derecho a tutela judicial efectiva y a contar con defensa jurídica. Agrega que se impone una revisión de convencionalidad de dichas normas, especialmente, la referida a su derecho “durante el proceso (...) a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección” (artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En similares términos, el literal d) del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos);

DECIMOCTAVO: Que la hipótesis fuerte de esta impugnación reside en el hecho de que la normativa procesal penal no cumple con el estándar constitucional de proveer el “derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale” (artículo 19, numeral 3°, inciso segundo de la Constitución). Para ello hay que indagar en el propio Código y resulta que ese requisito se encuentra satisfecho en los siguientes términos:

“Todo inculpado, sea o no querrellado, y aún antes de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa.

En especial, podrá:

- 1.- Designar abogado patrocinante y procurador;*
- 2.- Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen;*
- 3.- Rendir información sumaria de testigos para acreditar su conducta anterior, sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente;*
- 4.- Pedir que se active la investigación;*
- 5.- Solicitar conocimiento del sumario, en conformidad a las reglas generales;*
- 6.- Solicitar reposición de la orden de detención librada en su contra;*



7.- *Apelar de la resolución que niegue lugar al sobreseimiento o sobresea sólo temporalmente, y*

8.- *Intervenir ante los tribunales superiores en los recursos contra la resolución que niega lugar a someterlo a proceso y en los recursos y consultas relativas al sobreseimiento.” (Artículo 67 del Código de Procedimiento Penal);*

DECIMONOVENO: Que la normativa indicada no impide, como sostiene el requerimiento, que sea imposible nombrar un abogado defensor. Más bien todo lo contrario, éste puede disponerse aún antes de ser procesado. Por ende, no es razonable imputarle a la legislación algo que no sostiene. Por cierto, que la dimensión práctica del nombramiento efectivo reside en cuestiones ajenas a la impugnación constitucional de un precepto legal;

VIGÉSIMO: Que cabe constatar que las disposiciones del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal no eran originales de dicho cuerpo legal y fueron introducidas por dos modificaciones relevantes.

La primera, es la Ley N° 18.857 que introdujo significativas reformas a dicho procedimiento. En la que nos interesa se reconoce que los inculcados pueden designar abogado patrocinante y procurador. Con ello, los jueces amplían las potestades de defensa. Esta norma faculta “al inculcado de un delito para explicar los hechos y justificar su inocencia y, con tal propósito, le permite requerir que se practiquen las diligencias probatorias conducentes, parece inconcuso que dicha facultad podrá ser ejercida en forma eficaz únicamente si el imputado es representado ante el instructor por un apoderado con los conocimientos jurídicos necesarios” (Eduardo Novoa Aldunate, “las modificaciones de la Ley N° 18.857 al Ministerio Público, derechos del inculcado, defensa del procesado, comprobación del hecho punible, tramitación del plenario y prueba en el plenario” en Alberto Chaigneau y otros, *Las reformas de la Ley N° 18.857 al Código de Procedimiento Penal*, Cuaderno de Análisis Jurídico, N° 14, Universidad Diego Portales, p.62).

La segunda modificación es de la Ley N° 19.047, de 1991, conocida como parte de las reformas denominadas Leyes Cumplido. En lo que interesa limita las funciones inquisitorias del juez penal imponiendo la obligación de velar por los “derechos (del inculcado) que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa” (inciso primero del artículo 67 del CPP). Por ende, el nuevo marco incorpora un contexto que restringe la función investigadora estableciendo obligaciones de imparcialidad en la garantía de derechos del inculcado. Todo lo anterior, en



consonancia con la racionalidad y justicia de un procedimiento investigativo en materia penal;

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

VIGESIMOPRIMERO: Que el estándar alegado ante esta Magistratura consiste en la vulneración de derechos fundamentales, en este caso, a la igual protección en el ejercicio de los derechos. En algunos casos, los preceptos legales reprochados contienen una ausencia o deficiencia argumentativa acerca de cómo producirían tales graves infracciones constitucionales. Tal falta de argumentación resulta un antecedente indiciario de la falta de razonabilidad del reproche, cuestión que veremos, caso a caso, en el examen de algunas normas que se impugnaron;

VIGESIMOSEGUNDO: Que el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal cuestionado dispone que *“[e]l juez que instruye el sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos.”* Esta libertad indagatoria del juez se corresponde con la naturaleza del procedimiento y con una garantía para el inculpado. Esto es, que resulta racional y justo que se investigue, mediante declaraciones indagatorias, todo lo que tenga por objeto determinar la comisión de un hecho que resulte punible y, por consiguiente, la identificación de la persona responsable. Nada en ello puede estimarse ajeno a un estándar de configuración de un procedimiento que le afecte en sí mismo al requirente;

VIGESIMOTERCERO: Que el artículo 330, inciso primero, impugnado, nos señala que *“[e]l inculpado o procesado podrá dictar por sí mismo su declaración bajo la dirección del juez. Si no lo hiciere, la dictará éste, procurando en lo posible emplear las mismas palabras de que aquél se hubiere valido.”*

En primer lugar, el mandato normativo nos indica que en el contexto de un proceso penal el dueño de las declaraciones es el propio inculpado. La función judicial es accesoria y solo aparece frente al impedimento de que el inculpado las dicte.

En segundo lugar, se trata de una norma que no podemos interpretarla aisladamente. Por una parte, está el artículo 324 del CPP que establece el modo en que deben quedar recogidas las relaciones y respuestas orales que dé el inculpado en el marco de sus declaraciones judiciales. Sin perjuicio de la oralidad, podrá *“permitirle que redacte a su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar, o que consulte, también a su*

presencia, apuntes o notas”. Este precepto está configurado como una regla que está a favor de la verdad del proceso.

En tercer lugar, el propio artículo 330 cuestionado en otros incisos nos indica el derecho del inculpado de leer en voz alta la declaración (inciso segundo); de corregirla (inciso segundo); de garantías de secreto en la reproducción (inciso cuarto); de grabación (inciso quinto) y, por supuesto, “de ampliar o de aclarar sus dichos de inmediato” (inciso quinto).

En consecuencia, no se estima que configure una regla favorable ni menos desfavorable. Es simplemente un medio de garantía que le permite al inculpado precisar hechos complejos. Por ende, el inciso primero del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal se ajusta a los parámetros de racionalidad y justicia que exige el debido proceso en una investigación penal;

VIGESIMOCUARTO: Que el requirente impugna tres artículos relativos a las contradicciones en las declaraciones del inculpado y a la resolución de las contradicciones mediante los careos. Dichas normas indican lo siguiente:

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

“Artículo 351.- Cuando los testigos o los procesados entre sí, o aquéllos con éstos, discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés en el sumario, podrá el juez confrontar a los discordantes a fin de que expliquen la contradicción o se pongan de acuerdo sobre la verdad de lo sucedido. Procederá asimismo esta diligencia con respecto a los querellantes y meros inculpados.

No será procedente el careo de las personas que no tienen obligación de prestar declaración como testigos, salvo que hubieren consentido en declarar ni lo será tampoco con respecto a aquellas que no están obligadas a concurrir.

Tampoco procederá el careo entre inculpados o procesados y la víctima en los delitos contemplados en los artículos 361 a 367 bis del Código Penal y en el artículo 375 del mismo cuerpo legal. Si el juez lo estima indispensable para la comprobación del hecho o la identificación del delincuente, deberá emplear el procedimiento indicado en el inciso primero del artículo 355, reputándose a la víctima como testigo ausente, a menos que ella consienta expresamente en el careo.”

“Artículo 352 (375) Para verificar el careo, el juez hará comparecer ante él a las personas cuya declaración sea contradictoria, y juramentando o tomando promesa a los que sean testigos o querellantes y exhortando a todos a decir verdad, hará leer o leerá por sí mismo el punto en que las declaraciones se contradigan, y preguntará a cada uno de los discordantes si se ratifica en su dicho o si tiene algo que agregar o modificar a lo expuesto.

Si alguno altera su declaración concordándola con la de otro, el juez indagará la razón que tenga para alterarla, y la que tuvo para haber declarado en los términos en que antes lo hizo.

Si los discordantes se limitaren a ratificarse, el juez les manifestará la contradicción que existe entre sus respectivos dichos y les amonestará para que se pongan de acuerdo en la verdad, permitiendo al efecto que cada uno de los careados haga a cualquiera de los otros las preguntas que estime conducentes y las reconvenciones a que las respuestas dieran lugar, y cuidando de que no se desvíen del punto en cuestión, ni se insulten o amenacen”;

VIGESIMOQUINTO: Que el requirente impugna estos tres artículos de un modo genérico que impiden la especificación de la infracción constitucional. Por el contrario, parece lógico que advertidas las contradicciones en una declaración se proceda a indagar el móvil o causa de dicho cambio (artículo 334 del Código de Procedimiento Penal). Asimismo, detrás de los careos hay una exigencia de explicar la contradicción o de ponerse de acuerdo en la verdad de los hechos (artículo 351 del CPP). Esta exigencia puede llevarlos a un conainterrogatorio personal entre los intervinientes (artículo 352 del CPP).

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

VIGESIMOSEXTO: Que, adicionalmente, el requirente impugnó los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19 N° 3° y 19 N° 26° de la Constitución Política de Chile; los artículos 1°, 2°, 8°, 24° y 25° del



Pacto de San José de Costa Rica; los artículos 2º, 14º y 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 10º y 11º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y; el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Sin embargo, en la explicación de su requerimiento sólo se hace alusión sistemática al numeral 3º del artículo 19 de la Constitución y solo a algunas normas convencionales que identificamos pero que el requirente no explica la forma ni el método en que producirían una infracción constitucional con lo cual deben desecharse estas impugnaciones;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en consecuencia, adoptados estos criterios que nuevamente reseñamos, podemos sostener que el procedimiento penal contempla mecanismos para desvirtuar los vicios procesales; que algunas normas impugnadas, si fuesen declaradas inaplicables, impedirían la indagación de delitos; que la presencia del abogado en las diligencias no está vedado por el procedimiento penal y que algunos preceptos legales contienen reglas de garantías para el procesado no siendo razonable la estimación de vulneraciones constitucionales. En consecuencia, 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 dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EN TODAS SUS PARTES EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1. OFÍCIESE.**
- II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA



Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Juan José Romero Guzmán y José Ignacio Vásquez Márquez, estiman pertinente hacer presente que no comparten ninguno de los argumentos expresados en el voto de mayoría para el rechazo del requerimiento respecto de los artículos cuestionados, toda vez que tales criterios allí vertidos no reflejan el parecer de estos Magistrados disidentes los que han decidido en esta oportunidad acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 205, 318 y del inciso primero del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal -atendidas las características del caso concreto y entendido que se verifica un conflicto de constitucionalidad-, haciendo presente, además, que en la medida que las garantías de un justo y racional procedimiento, no acompañen el ejercicio de las atribuciones contenidas en los restantes preceptos impugnados, el reproche de inconstitucionalidad debe entenderse extendido a todos ellos.

Es parecer de estos Ministros que los artículos 5º y 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, consagran un mandato general de promover y respetar los derechos esenciales de la persona humana y, en lo concreto, de garantizar un justo y racional procedimiento e investigación, es decir, un debido proceso judicial, el cual, contrastado con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal resulta evidente que éste carece de los elementos o garantías más fundamentales que le permitan ser considerado un juicio criminal moderno, público y oral, con los más elevados estándares de garantías procesales, como sí ocurre con el actual Código Procesal Penal en consonancia con los más avanzados sistemas de enjuiciamiento del mundo civilizado.

Por lo demás, fue el propio legislador del Código de Procedimiento Penal, quien en su Mensaje el año 1907 advirtió que *“Aunque en diversas épocas algunas de esas reglas han sido modificadas, la base misma del procedimiento se ha mantenido intacta, de manera que puede decirse con verdad que subsiste todavía en pleno vigor entre nosotros el sistema inquisitorial establecido desde la edad media”*.

El juicio se desarrolla bajo el mismo procedimiento penal del antiguo Código -con algunos maquillajes menores-, el que proviene de la época colonial y, aún antes, con características inquisitivas, por el cual se somete completamente a quien se investiga -sin gozar siquiera del derecho a la presunción de inocencia-, a un sistema persecutorio que carece de suficientes garantías de



defensa, transformándolo en primer lugar y, ante todo, sólo en objeto del *ius puniendi* del Estado.

El sistema inquisitivo del procedimiento penal, que concentra en un juez absoluto, que investiga, procesa y condena, un juez que funge de instructor y sentenciador, que lleva un expediente escrito, no se aviene y es incompatible con la necesaria concentración que un proceso penal justo debiese importar, esto es, la de juzgar en un plazo razonable. Al contrario, precisamente la persistencia judicial de continuar aplicando el sistema inquisitivo y no recurrir al nuevo proceso legal, como lo establece y mandata por lo demás el propio artículo 11 del CPP, ha permitido la dilación de los procesos de esta naturaleza por excesivos espacios de tiempo, afectando los derechos, garantías y expectativas de las partes. El mismo Mensaje del Código hacía presente con absoluta honestidad que *“Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles”*.

Finalmente es conveniente recordar que en el mismo Mensaje por el que presentaba en el año 1894 a la aprobación del Congreso, el texto del Código antiguo por el Presidente de la República de la época, Jorge Montt, manifestaba en relación a las críticas y advertencias por el carácter retrógrado, inconveniente y poco fiable del procedimiento penal que contenía, lo siguiente: *“Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo 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”*.

No se ve entonces, ningún motivo razonable para justificar la insistencia judicial en conducir un proceso mediante reglas evidentemente caducas, porque a la luz de lo antes expuesto y de lo que estos Magistrados han sentenciado reiteradamente en cuanto a que el artículo 11 del Código Procesal Penal mandata a los jueces ha aplicar sin más las reglas y garantías procesales en él consagrados a las causas ya iniciadas. De igual modo que, tampoco resultan convincentes los argumentos meramente formales del voto de mayoría, que desvirtúa sin más el requerimiento de autos y defiende las supuestas virtudes de un procedimiento penal que ya fue sustituido por su carácter retrógrado y no garantista, y en

estricto rigor, derogado por decisión de un legislador que hace ya tiempo comprendió la necesidad de reformar el sistema de enjuiciamiento penal, concordante con la Constitución Política y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sobre la base de estas consideraciones previas y con la convicción jurídica que el procedimiento penal y, en especial, las normas que se han requerido de inaplicabilidad en la causa sublite, no aprueban ni siquiera de manera suficiente el examen de constitucionalidad que compete a esta Magistratura realizar, los Ministros que suscriben este voto disidente vienen en acoger el requerimiento por las razones que se consignan a continuación:

I. Impugnación del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal

1°. Que, como se ha expresado en la parte expositiva, el requirente de autos impugna diversas normas del Código de Procedimiento Penal basado en que ellas resultarían contrarias a la tutela judicial efectiva en la medida que mal puede ejercerse este derecho *“si se toma la declaración indagatoria a una persona, respecto a hechos que pasaron hace 40 años, todo ello sin la presencia de un abogado que pueda asistirle”* (fojas 11). Precizando dicha afirmación el actor aduce que en el procedimiento penal antiguo -aplicable en la especie- se encuentra restringida la intervención del letrado, pero que *“Tal es la forma señalada en la ley”* agregando que *“En esta acción, con todo, no se impugna esa forma per se, sino su aplicación al caso concreto por los efectos inconstitucionales que de ello se siguen hic et nunc -aquí y ahora- (...) (fojas 10).*

Sin perjuicio de lo señalado, el libelo indica que, en la especie, *“ha existido una transgresión a las garantías constitucionales mínimas del derecho a la tutela judicial efectiva en un debido proceso, independiente del resultado final de la causa, en la medida que ha sido procesado, por el delito de secuestro calificado, en virtud a sus propias declaraciones indagatorias obtenidas sin la presencia de un abogado defensor, y en virtud de los careos realizados, nuevamente, sin la presencia de abogados defensores (fojas 11), todo lo cual demostraría el carácter decisivo de los preceptos impugnados para efectos de la declaración de inaplicabilidad solicitada;*

2°. Que el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal prescribe que: *“Salvo los casos exceptuados por la ley, los testigos serán examinados separada y secretamente por el juez en presencia del secretario.”*



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

3°. Que ambas disposiciones forman parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal. El artículo 205 se encuentra dentro de la Primera Parte de su Título III que regula la comprobación del hecho punible y la averiguación del delincuente. El artículo 330 se ubica dentro de la Primera Parte del Título VI referida a las declaraciones del inculpado. Ambas disposiciones, por su parte, se insertan dentro de la tramitación del sumario que se caracteriza porque en él se desarrolla la investigación de los hechos que constituyen la infracción y la determinación de la persona o personas responsables de ella, así como de las circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad (artículo 76). Las actuaciones del sumario son secretas por expresa determinación de la ley, salvo las excepciones que ella misma establece (artículo 78);

4°. Que, sobre la base de lo expresado, puede afirmarse, en primer término, que la regla contenida en el artículo 205 del cuerpo legal que se analiza es una expresión del carácter secreto que reviste todo el sumario dentro del antiguo sistema de procedimiento penal y que fuera sustituido en el nuevo sistema por la oralidad fundada en los siguientes argumentos extraídos del Mensaje del Código Procesal Penal:

“(...) además de constituir una garantía, el juicio público y su realización por el método oral, constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso, penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido el juicio público constituye un componente antiquísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente (...).”;

5°. Que precisado lo anterior, cabe indicar que aun en este contexto de secreto no podemos olvidar que en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, la Constitución otorga un mandato al legislador para establecer siempre -en toda y en cualquier causa- las garantías de

una investigación justa y racional, sin perjuicio de tenerse presente que en el génesis de esta norma se dejó constancia de cuales serían naturalmente algunos de sus presupuestos mínimos, tales como la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448 considerando 40°), el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N° 1718 considerando 10°). La posibilidad de levantar una defensa jurídica eficaz y de conocer las pruebas eventualmente incriminatorias a fin de poder declarar con pleno conocimiento de causa, constituye para el afectado el contenido esencial de este derecho fundamental, reconocido por el Constituyente justamente por encontrar arraigo en las más antiguas tradiciones de la Justicia. Tal como hace, entre los cuerpos jurídicos fundamentales de España e Hispanoamérica atinentes a los derechos individuales, el *Fuero Real* (1255), cuya ley 12ª dispone que aquel contra quien se haya hecho pesquisa, bien sea por acusación o bien de oficio, se den los nombres y los dichos de las pesquisas porque se pueda defender en todo su derecho. *Las Partidas* (1256-65) ley 11ª, está concebida igualmente en el sentido que se dé traslado a aquellos que de las pesquisas resultaren culpados, de los nombres, de los testigos y de los dichos de ellos, para que puedan defenderse contra las personas de los testigos o sus dichos, y tengan todas las defensiones que tendrían contra los testigos;

6°. Que, todavía más cuestionable resulta este carácter secreto en el marco de un proceso donde un mismo juez funge de investigador y de sentenciador. Propenso, por ende, “a caer en el *confirmation bias*, es decir, en el error típico de quien debiendo justificar una determinada elección, escoge todos los factores que confirman la bondad de la elección, pero sistemáticamente deja de considerar los factores contrarios, introduciendo una distorsión sustancial en el propio razonamiento” (Michele Taruffo, *La motivación de la Sentencia Civil*, Editorial Trotta 2011, pág. 24);

7°. Que, además esta Magistratura Constitucional ha tenido la oportunidad de destacar que, bajo la actual preceptiva constitucional, “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*” (artículo 8°). La reserva o secreto de las actuaciones públicas es hoy excepcional: debe ser dispuesta por una ley de quórum calificado y sólo en caso de que se afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional;

8°. Que lo anterior explica que el requirente no haya centrado su alegación en el carácter secreto de las declaraciones

de los testigos en el antiguo sistema de procedimiento penal que le es aplicable, sino que en la indefensión que le ha generado que las citadas declaraciones, vertidas en diversos careos, lo hayan sido sin la presencia del abogado defensor del inculpado, lo que, a su juicio, lesiona su derecho a la defensa.

Y, desde esta perspectiva, ciertamente, estamos ante un conflicto de naturaleza constitucional que este Tribunal debe resolver, pues, como ha señalado en su sentencia Rol N° 2991: *“(...) la gradualidad en la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal se debe entender circunscrita a lo orgánico y, por tanto, a lo adjetivo de la reforma (...) no podría entenderse que los derechos y garantías del debido proceso no pudiesen ser ejercidos por todas las personas, más aún cuando, como se ha expresado anteriormente, los modelos procesales difieren sustancialmente, al extremo que el modelo inquisitivo carece de la mayoría de las que contempla el nuevo Código”* (considerando 17°);

9°. Que, desde esta perspectiva, resulta necesario indagar en la relación que existe entre el derecho a la asistencia letrada en juicio y el debido proceso legal.

Desde luego, la adecuada defensa y la asesoría de abogados forman parte de los elementos esenciales que configuran el proceso previo racional y justo garantizado por el inciso sexto del artículo 19 N° 3° de la Constitución. Así lo ha afirmado este sentenciador al precisar que: *“El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, **adecuada defensa y asesoría con abogados**, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por los tribunales inferiores”* (énfasis agregado). (STC roles N°s 478, c. 14°; 699, c. 9°; 1448, c. 60°; 1968, c. 42°; 2381, c. 12°; 2743, c. 24°; 3309, c. 28° y 3119, c. 19°);

10°. Que en lo que atañe a la defensa jurídica, ha precisado que *“se trata de un derecho fundamental de naturaleza procesal que se proyecta, sustantivamente, como interdicción a la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales.”* (STC Rol N° 2029, c. 32°). Ha agregado que *“El derecho a la defensa está efectivamente garantizado por la Constitución, pero debe ejercerse en conformidad a la ley”* (STC Rol N° 977, c. 21°), pero aún cuando el legislador pueda regular su ejercicio debe cuidarse de *“no entorpecerlo o imponerle requisitos*



irrazonables o injustificados” (STC Rol N° 2279, c. 2°). Y, concluyendo que “El derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles.” (STC Rol N° 376, c. 37°);

11°. Que en lo que se refiere al derecho a la asistencia de un abogado, esta Magistratura ha indicado que *“El derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho.” (STC roles N°s 621, c. 6°; 1602, c. 23° y 2381, c. 35°);*

12°. Que la doctrina jurisprudencial recordada es del todo coincidente con la sustentada por el Tribunal Constitucional de España, el que luego de afirmar que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada forman parte de las garantías de un proceso justo, ha puntualizado también que: *“Este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE. Parámetros que no varían siquiera cuando la intervención letrada en la instancia es, incluso, facultativa (...).” (STC 146/2007, de 18 de junio).*

De lo señalado puede colegirse, entonces, que el derecho a ser asistido por un abogado durante un juicio tiene por objeto general evitar la indefensión, pero, además, persigue asegurar una efectiva bilateralidad de la audiencia a través de un contradictorio que mantenga equiparadas las posiciones de ambas partes;

13°. Que, por otra parte, el mismo Tribunal Constitucional de España, siguiendo lo fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido que la falta o denegación de asistencia letrada no conduce necesariamente a una vulneración del derecho de defensa y, finalmente, del derecho a un procedimiento racional y justo. Para que ello ocurra es necesario que la falta de abogado o letrado, en atención a las circunstancias concurrentes del caso, haya producido a quien la invoca una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso. Entre estas circunstancias debe prestarse especial

atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (SSTC 47/1987, de 22 de abril; 216/1998, de 14 de noviembre; 233/1998, de 1 de diciembre; 22/2001, de 29 de enero; 67/2007, de 27 de marzo y 146/2007, de 27 de marzo);

14°. Que, precisamente, los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional de España concurren en este caso tanto en lo que se refiere a las declaraciones de los testigos como del propio inculpado en el proceso criminal que sustancia la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, bajo el Rol N° 186-2011, en el cual el requirente tiene la calidad de procesado desde junio de 2015;

15°. Que, por de pronto y como sostiene el requirente, en caso de que la Ministra instructora formule acusación en su contra, los artículos 205 y 330, inciso primero, del Código Penal, *“operarán como el antecedente legal de los hechos por los cuales se resolverá el asunto”* (fojas 5). No se trata de que la acusación haya de fundarse sólo en las declaraciones del procesado y de los testigos que han depuesto en la causa, pero atendida la naturaleza del proceso de que se trata, unido al tiempo que ha transcurrido desde los hechos que han servido de base al mismo, no es descartable que dichas declaraciones sean la base sustancial de una futura acusación en contra del requirente.

A mayor abundamiento aduce el actor que las normas impugnadas (como otras que no abarca este voto estimatorio) ***“permitieron al juez resolver el procesamiento en este asunto de gestión pendiente, y resultarán necesariamente decisivos en la eventual dictación de la acusación y de la eventual sentencia”*** (fojas 16) (Énfasis agregado);

16°. Que, entonces, es posible sostener que la autodefensa del inculpado resultó perjudicial para sus intereses desde el momento en que sus declaraciones -prestadas sin el apoyo de un abogado defensor- se constituyeron en base del procesamiento en su contra, el que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando está justificada la existencia del delito que se investiga (secuestro calificado) y aparecen presunciones fundadas de que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor;

Por lo demás, el requirente es un Oficial en retiro del Ejército que no tenía los conocimientos jurídicos necesarios para defenderse adecuadamente ante el juez de forma de no inculparse

a través de sus propias declaraciones o contrainterrogando a los testigos de la parte querellante en los careos a los que fue sometido;

17°. Que, de acuerdo a lo que se viene argumentando es posible sostener que si el juez puede dictar la declaración de un inculpado que no posee los conocimientos necesarios para defenderse y no autoinculparse, como en el presente caso, ello se traduce, inevitablemente, en una defensa débil que ha sido base del procesamiento y que, seguramente, lo será también de la acusación que se dicte en un futuro. Lo anterior cobra particular relevancia cuando se trata de declaraciones prestadas frente a hechos ocurridos hace más de 40 años atrás donde es natural pensar que los detalles se tornan difusos incluso para quien haya podido conservar el pleno uso de sus facultades mentales.

Del mismo modo, si es solo el juez quien examina a los testigos, en forma reservada y secreta, sólo en presencia del secretario, sin que el inculpado pueda hacerse defender por un abogado que los contrainterroga, se afecta un aspecto sustancial del derecho a defensa que también tiende a perjudicar la posición del inculpado;

18°. Que, sobre este último punto, cabe recordar que el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, como garantía mínima dentro de un proceso, el derecho de toda persona acusada de un delito de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (letra e). Del mismo modo, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos asegura a toda persona inculpada de un delito el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y, como garantía mínima, el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Ambos tratados internacionales son aplicables en la especie en virtud de lo previsto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

19°. Que la sentencia de la que se discrepa confunde el derecho a nombrar un abogado defensor, contemplado en el Código de Procedimiento Penal (considerandos 18° y 19°) con el derecho a que el abogado defensor intervenga en las diligencias propias del sumario. Este último se encuentra impedido por la propia naturaleza del sumario, ratificada por las normas impugnadas: los artículos 205 y 330, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.

En otras palabras, el inculpado pudo haber designado abogado defensor, pero éste se habría visto impedido de

contrainterrogar a los testigos y de asistir al inculpado al momento de prestar sus declaraciones por la forma en que se encuentran redactadas las normas citadas del Código de Procedimiento Penal.

Y la conclusión precedente no queda desvirtuada porque el mismo Código permita al juez tomar al inculpado cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (artículo 318) o porque se haya regulado expresamente el modo en que deben quedar recogidas las declaraciones del mismo (artículo 324). La razón es la misma que se viene explicando: la imposibilidad de que el abogado defensor asesore al inculpado, que no es un experto en temas jurídicos genera, en este caso, que tales declaraciones en lugar de favorecer sus intereses, los haya perjudicado, como ha quedado en evidencia al momento de ser procesado;

20º Que la doctrina nacional más experta en esta materia, ha señalado con respecto a este artículo que se impugna: *“El inculpado y su abogado no tienen derecho de presenciar la declaración de los testigos ni a contrainterrogarlos durante el sumario. El artículo 205 del Código de Procedimiento Penal señala que su interrogación se realizará en secreto durante esta etapa. Sólo en cuanto el sumario no se encuentre bajo secreto, la defensa podrá leer las actas de las declaraciones de los testigos. Durante esa etapa, la defensa sólo podrá pedir al juez que se interroge a determinados testigos, una o más veces, y que se les formulen determinadas preguntas, todo lo cual quedará entregado a la decisión del juez. (...) En consecuencia, los derechos de la defensa en relación con la prueba prácticamente no tienen vigencia durante la etapa del sumario, el imputado o su defensor deben esperar al plenario para ejercitar sus facultades de interrogar a los testigos de cargo y presentar testigos de descargo. El problema que esta situación genera es que, como ya se ha dicho, muchos procesos en Chile se concentran y hasta se agotan en la etapa de sumario, con 10 que, en la práctica, los derechos de la defensa respecto de las pruebas se ven severamente disminuidos en el funcionamiento normal y diario del sistema”* (El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos”, Cristián Riego, Cuaderno de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, 1994);

21º. Que no atenúa la consecuencia que se viene articulando el hecho de que, en la etapa de plenario, el procesado pueda actuar con la debida asesoría de su abogado, pues los efectos - eventualmente difíciles de revertir- de haberse desarrollado diligencias vitales para el curso del juicio, durante la etapa de sumario, sin la presencia del letrado, ya han tenido una primera manifestación en el procesamiento;



22°. Que, por las razones que se han desarrollado, quienes suscriben este voto estiman que, en la especie, se ha vulnerado el derecho a un procedimiento racional y justo, puesto que uno de sus elementos -el derecho a defensa- se ha visto severamente afectado en las declaraciones prestadas por el requirente, en calidad de inculpado, como por aquéllas prestadas por testigos de cargo.

En efecto, al no poder contar con asistencia letrada, al momento de producirse tales declaraciones en la etapa de sumario, ha ocurrido que la autodefensa se ha revelado insuficiente y perjudicial para los intereses del inculpado, afectando una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, lo que se ha visto coronado por la complejidad del debate procesal en torno a una figura delictiva como la del secuestro calificado y a que el inculpado carecía de conocimientos jurídicos adecuados para enfrentarla;

II. Impugnación del artículo 318 del Código de Procedimiento Penal

23°. Que, relativo a las declaraciones del inculpado durante el sumario penal, el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal dice así:

“El juez que instruye el sumario tomará al syndicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos”.

Obviamente, esta norma no es cuestionable por el hecho de que juez instructor pueda hacer declarar al implicado en un delito, sino porque puede hacerlo sin que éste cuente con la participación de su abogado;

24°. Que, contrariamente a lo aseverado en la sentencia con la que discrepamos (considerandos 17° a 20°), el vicio señalado no se remedia por el hecho de que el involucrado pueda “designar” un abogado. Este no es el tema en discusión. Lo reprochable es que dicha ley procesal no respeta ni promueve el derecho a que un abogado esté presente en los interrogatorios a que es sometida la persona interpelada.

“La asistencia letrada -hace mucho hizo la diferencia la Suprema Corte norteamericana- comprende no sólo la posibilidad de hablar con un abogado antes de que dé comienzo el interrogatorio sino también el derecho a que éste se halle presente



durante todo el proceso” (*Miranda v. Arizona*, año 1966, 384 US 436, en “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, Miguel Beltrán de Felipe-Julio V. González García, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2006, pp. 356-368);

25°. Que el derecho de defensa incluyendo la asistencia letrada, tanto para el detenido como para el procesado, ha sido reivindicado categóricamente por el Tribunal Supremo de España (STS, 2ª, de 3 de abril de 2013 rec. 1044/2012), así como por el Tribunal Constitucional de aquel país, apuntando que esa “asistencia” debe ser concreta y efectiva, por lo que no se satisface con el mero nombramiento de un abogado defensor. (STC 196/1987, de 11 de diciembre, en “Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional”, Luis López Guerra, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 315-328).

Tal “asistencia” pues no puede reducirse a una simple designación de abogado ni a un mero asesoramiento a la distancia, sino que -al tenor del Diccionario de la Lengua- debe poder concretarse en la “acción de estar o hallarse presente” en la diligencia realizada, con posibilidades ciertas de que esta concurrencia pueda resultar efectiva y no un puro formulismo carente de significación real;

26°. Que, por su parte, este Tribunal Constitucional ha manifestado que la adecuada defensa y la asesoría de abogados forman parte de los elementos que configuran el proceso previo racional y justo garantizado por el inciso sexto del artículo 19, N° 3°, de la Constitución. Así lo ha afirmado al precisar que: “El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, **adecuada defensa y asesoría con abogados**, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por los tribunales inferiores (énfasis agregado). (STC roles N°s 478 c. 14°; 699 c. 9°; 1448 c. 60°; 1968 c. 42°; 2381 c. 12°; 2743 c. 24°; 3309, c. 28°, y 3119 c. 19°);

27°. Que en lo que atañe a la defensa jurídica, ha precisado que se trata de un derecho fundamental de naturaleza procesal que se proyecta, sustantivamente, como interdicción a la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales” (STC Rol N° 2029 c. 32°). Ha agregado que “El derecho a la defensa está efectivamente garantizado por la Constitución,



pero debe ejercerse en conformidad a la ley” (STC Rol N° 977, c. 21°), pero aun cuando el legislador pueda regular su ejercicio debe cuidarse de “no entorpecerlo o imponerle requisitos irrazonables o injustificados (STC Rol N° 2279 c. 2°). Y, concluyendo que “El derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles” (STC Rol N° 376 c. 37°).

En lo que se refiere al derecho a la asistencia de un abogado, esta Magistratura ha indicado que “El derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho” (STC roles N°s 621 c. 6°; 1602 c. 23°, y 2381 c. 35°);

28°. Que, precisando cuándo puede verse lesionado el derecho a defensa jurídica a través de un abogado, el Tribunal Constitucional de España, siguiendo lo fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido que la falta de asistencia letrada no conduce necesariamente a una vulneración del derecho de defensa o a un procedimiento racional y justo.

Para que ello ocurra -ha dicho- es necesario que la falta de abogado o letrado, en atención a las circunstancias concurrentes del caso, haya producido a quien la invoca una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido que su autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial, impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso. Entre estas circunstancias debe prestarse especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal (SSTC 47/1987, de 22 de abril; 216/1998, de 14 de noviembre; 233/1998, de 1 de diciembre; 22/2001, de 29 de enero; 67/2007, de 27 de marzo y 146/2007, de 27 de marzo).

Siendo precisamente estos criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional de España los que concurren en el presente caso, en lo que se refiere a las declaraciones del propio inculpado en el proceso criminal que sustancia la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, bajo el Rol N° 186-2016;

29°. Que, efectivamente, en este caso la Ministra instructora ya ha procesado al requirente sobre la base de las declaraciones



prestadas por él, antecedente que, verosímilmente, podría tenerse en cuenta a futuro para acusarlo y, en definitiva, condenarlo.

No se trata que la acusación haya de fundarse sólo en las declaraciones del procesado y de los testigos que han depuesto en la causa, pero atendida la naturaleza del proceso de que se trata, unido al tiempo que ha transcurrido desde los hechos que han servido de base al mismo, no es descartable que dichas declaraciones sean la base sustancial de una futura acusación en contra del requirente.

Entonces, es posible sostener que la autodefensa del inculpado resultó perjudicial para sus intereses desde el momento en que sus declaraciones -prestadas sin el apoyo de un abogado defensor- se constituyeron en base del procesamiento en su contra, el que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando está justificada la existencia del delito que se investiga;

30°. Que, de acuerdo a lo que se viene argumentando, es posible sostener que si el juez puede dictar la declaración de un inculpado que no posee los conocimientos necesarios para defenderse y no auto inculparse, como en el presente caso, ello se traduce, inevitablemente, en una defensa débil que ha sido base del procesamiento y que, seguramente, lo será también de la acusación que se dicte en un futuro. Lo anterior cobra particular relevancia cuando se trata de declaraciones prestadas frente a hechos ocurridos hace más de 30 años atrás donde es natural pensar que los detalles se tornan difusos incluso para quien haya podido conservar el pleno uso de sus facultades mentales.

Debiendo reiterarse que no atenúa la consecuencia que se viene articulando el hecho de que, en la etapa de plenario, el procesado pueda actuar con la debida asesoría de su abogado, pues los efectos -eventualmente difíciles de revertir- de haberse desarrollado diligencias vitales para el curso del juicio, durante la etapa de sumario, sin la presencia del letrado, ya han tenido una primera manifestación en el procesamiento;

31°. Que, por las razones que se han desarrollado, quienes suscriben este voto estiman que, en la especie, se ha vulnerado el derecho a un procedimiento racional y justo, puesto que uno de sus elementos -el derecho a defensa- se ha visto severamente afectado en las declaraciones prestadas por el requirente, en calidad de inculpado.

En efecto, al no poder contar con asistencia letrada, al momento de producirse tales declaraciones en la etapa de sumario, ha ocurrido que la autodefensa se ha revelado insuficiente y

perjudicial para los intereses del inculpado, afectando una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, lo que se ha visto coronado por la complejidad del debate procesal en torno a una figura delictiva como la del homicidio y a que el inculpado carecía de conocimientos jurídicos adecuados para enfrentarla;

III. Impugnación del Artículo 330 del Código de Procedimiento Penal

32º. Que en este apartado nos haremos cargo de lo expuesto por el requirente en relación al artículo 330 inciso primero, del mencionado cuerpo legal;

33º. Que, al respecto, el requirente sostiene que esta disposición, en conjunto con las otras que cuestiona, pondrían al juez en una multiplicidad de roles de modo permanente, cuestión que en su concepto terminaría siendo atentatorio a su garantía de una tutela judicial efectiva;

34º. Que, sin que en este apartado pretenda hacerse cargo del supuesto efecto atentatorio derivado de la interacción conjunta y en los términos planteados por el requirente de las normas en cuestión, si parece pertinente referirse a la eventual vulneración que podría acarrear para el caso concreto la aplicación del mencionado artículo 330 en su inciso primero;

35º. Que para poder vislumbrar con mayor claridad el conflicto descrito, resulta conveniente tener a la vista el texto del articulado a analizar:

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

36º. Que, la disposición en cuestión se encuentra contenida en el Título VI del Libro II del Código de Procedimiento Penal, bajo el enunciado "DE LAS DECLARACIONES DEL INCULPADO" y precisamente integra un conjunto de disposiciones relativas a la toma de declaraciones que puede llevar a cabo el juez con el fin de esclarecer los hechos y la participación punible del inculpado;

37º. Que, en este contexto, el artículo 330 en su inciso primero alude en primer término a la posibilidad, expresada a través del vocablo "podrá", de que el inculpado pueda dictar por sí mismo su declaración, para agregar a continuación que ello se hará "bajo la dirección del juez";



38º. Que continúa la norma en cuestión, indicando que en caso que no lo hiciere -el inculpado, en orden a dictar su propia declaración- la dictará éste -el juez- procurando en lo posible emplear las mismas palabras de que aquel se hubiera valido;

39º. Que como es posible advertir, hay más de un aspecto contenido en este precepto legal que merece un pronunciamiento a la luz de las garantías del inculpado. El primero de ellos dice relación con la facultad que tiene este último para decidir dictar su declaración, cuestión que no resulta reprochable toda vez que la decisión de hacerlo o no queda entregada al mismo declarante, siendo plenamente armónica con el ejercicio del derecho a defensa, el que tal como ha manifestado esta Magistratura, forma parte integrante de la garantía de un debido proceso contemplada en el numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República;

40º. Que, en este orden de ideas, el ejercicio de esta facultad, que tal como mencionáramos anteriormente, resulta concordante con la garantía de un debido proceso, se encuentra sujeta a dos restricciones que resulta importante analizar;

41º. Que la primera de ellas dice relación con el hecho de que el inculpado debe dictar esa declaración bajo la dirección del juez, aspecto este último que pudiese importar una afectación al ejercicio pleno del derecho a defensa, toda vez que, si bien la decisión de dictar o no una declaración queda entregada a la voluntariedad del mismo declarante, no parece que ello deba hacerse bajo una dirección que pudiese importar una restricción al ejercicio pleno de tal derecho, máxime si se considera que la finalidad de esa facultad es poner por escrito las palabras del mismo declarante con sus argumentos y defensas libremente expresadas, sin elementos que pudieran modelar las mismas en un determinado sentido;

42º. Que, sobre este punto, no se puede dejar de tener en consideración que esta declaración se efectúa en el marco de las disposiciones del antiguo Código de Enjuiciamiento Penal, en las cuales el juez además de ser quien decide el asunto controvertido sometido a su juzgamiento, dirige la investigación del mismo, cuestión que acrecienta la necesidad de eliminar cualquier atisbo de falta de imparcialidad que pudiese afectar la garantía igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos;

43º. Que siendo de este modo, resulta conveniente en aras de un pleno respeto a las garantías constitucionales del inculpado, que la dictación de su declaración sea efectuada en forma libre, al margen de cualquier limitación o direccionamiento que pudiese poner en jaque su derecho a defensa, pudiendo considerarse que la obligación de efectuar esa dictación bajo la dirección del juez

podiera importar una afectación al elemento de fondo y esencial, que es la declaración misma del inculpado;

44º. Que, por otra parte, un segundo aspecto a cuestionar dentro del mismo inciso primero del artículo 330, siguiendo la línea argumentativa ya expuesta, es aquella relativa al caso en que el inculpado no efectúe la dictación de su declaración, caso en el cual el artículo en comento permite que sea dictada por el juez, imponiéndole como única limitante el deber de hacerlo "procurando" emplear las palabras de que el inculpado se hubiere valido al declarar;

45º. Que como se puede visualizar, esta segunda parte del precepto termina anulando la facultad descrita en la primera parte de la norma, toda vez que, si la decisión del inculpado fuera la de no dictar su declaración, en la práctica la terminará efectuando el juez, quien como ya advertimos es quien conduce la investigación y juzga a la vez el asunto controvertido, por lo que tener la potestad para redactar dicha declaración en lugar del propio inculpado que se ha negado a dictarla, sin más exigencia que "procurando en lo posible" hacerlo con las mismas palabras que el declarante hubiese utilizado, podría implicar una afectación al derecho a defensa del primero, que podría ver que la declaración reproducida, con las palabras del juez, no representase fielmente lo declarado;

46º. Que por lo demás, reafirma lo anterior, el hecho de que el artículo 330 inciso primero no hace exigencia alguna en cuanto a la forma en que el juez a cargo de la investigación y decisión del asunto controvertido, efectúa la transcripción de la declaración del inculpado, pues tal como se indicó, la norma le señala que debe "procurar", esto es, siguiendo la definición de la Real Academia Española, "*Hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa*", vale decir, no resulta imperativo que se haga con las palabras del declarante, por lo que válidamente podría efectuarse con palabras del propio juez, el cual además se formará convicción a partir de elementos tales como esa misma declaración;

47º. Que adicional a lo anterior, el inciso segundo del mencionado artículo 330 establece el derecho del inculpado a leer la declaración una vez escrita (sea que la dictare el mismo o el juez con sus palabras), pero la parte final de este inciso señala que, si el inculpado agregare o corrigiera algún aspecto de la declaración, ello se consignará al final de la misma, pero en caso alguno se podrá alterar lo escrito, cuestión que vuelve a poner en entredicho la posibilidad de que sea el juez quien efectúe la dictación de la declaración del inculpado;

48º. Que a mayor abundamiento y sin el afán de hacer un contrapunto entre las disposiciones del antiguo Código de



Procedimiento Penal y las del actual Código Procesal Penal, si puede resultar gráfico hacer presente a modo ejemplar que el artículo 93 de este último cuerpo normativo contempla expresamente derechos y garantías del imputado, dentro de las cuales encontramos el derecho que tiene a solicitar al juez que se convoque a audiencia a la cual podrá concurrir su abogado para efectos de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;

49º. Que además, la garantía antes descrita debe ser considerada en armonía con el derecho expreso a guardar silencio que siempre tiene el inculpado para efectos de su declaración, según dispone la letra g) del mencionado artículo 93 del Código Procesal Penal, en contraste con el reconocimiento mucho más atenuado que se hace en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, pues en este último caso más que un derecho a guardar silencio en términos explícitos, se menciona a propósito de la confesión haciendo hincapié únicamente en que *"El silencio del imputado no implicará un indicio de participación, culpabilidad o inocencia"*;

50º. Que lo anterior, hace que el tenor del artículo 330 inciso primero que se requiere de inaplicabilidad en esta oportunidad, resulte evidentemente limitativo del ejercicio pleno del derecho a defensa, entendido este como parte esencial de la garantía de un debido proceso;

IV. Cuestionamiento común a la impugnación de los artículos del Código de Procedimiento Penal

51º. Que al margen de las disposiciones de los artículos 205, 318 y 330 a las que estos Ministros disidentes se han referido latamente en el presente voto, no podemos dejar de hacer mención a que el requerimiento cuestiona una serie de otros preceptos del antiguo Código de Enjuiciamiento Penal, todos los cuales guardan relación con diligencias de toma de declaración, tanto al inculpado como a los testigos del proceso, así como a los careos a que estos pueden ser sometidos;

52º. Que, sin entrar al análisis de dichas disposiciones en particular, porque en definitiva esta minoría no se pronunciará acerca de la inaplicabilidad de las mismas, si parece pertinente consignar que los cuestionamientos a todas estas disposiciones encuentran, como elemento en común, la falta de intervención efectiva de un letrado en las diversas diligencias contempladas en las mencionadas normas;



53°. Que sobre el particular y tal como ha reflexionado esta Magistratura, el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho (STC N° 621 c. sexto);

54°. Que, a mayor abundamiento, corresponde recordar que la Constitución garantiza a todas las personas un procedimiento justo y racional, cuya significación debe acentuarse todavía más tratándose de investigaciones y juicios penales, cuando el Estado se encuentra en condiciones de ejercer su potestad punitiva, esto es, el más penetrante de los poderes de coacción que le es dable imponer sobre las personas. Máxime si, como ocurre en este caso, se está aplicando al requirente un Código de Procedimiento Penal que data de 1906, y que se encuentra derogado para el resto de los ciudadanos, precisamente -entre otros déficits garantizadores- por contemplar un proceso sumario que, no obstante resultar determinante para sentenciar, se lleva a cabo en el más absoluto secreto”;

55°. Que en tal sentido, la imposibilidad de una intervención efectiva de un letrado que asista al inculpado en las diversas diligencias desarrolladas en el procedimiento penal, termina produciendo -por sobre la consideración particular de las normas cuestionadas- un atentado a las garantías de un justo y racional procedimiento, más aun considerando las particularidades del antiguo procedimiento, por lo que al margen de que el pronunciamiento de estos Ministros recaiga específicamente en tres disposiciones (artículos 205, 318 y 330 del Código de Procedimiento Penal), ello no excluye del reproche de constitucionalidad a las restantes en cuanto las prerrogativas que dichas normas contemplan, sean ejercidas con prescindencia de las garantías de un justo y racional procedimiento;

56°. Que, de este modo, como ya se ha indicado -y a diferencia de lo manifestado en el voto de mayoría-, la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución no se satisface por la mera designación de un abogado defensor. Entenderlo de ese modo, equivaldría a dar por cumplido el estándar de protección constitucional con una cuestión meramente formal, cuando ese no es el sentido del mandato del constituyente;

57°. Que el objeto de la mentada protección constitucional consiste en brindar una efectiva y consistente protección a los intervinientes del proceso, lo cual únicamente puede entenderse logrado mediante una activa y eficaz participación del defensor letrado en las diversas diligencias a que sea sometido su



representado. Solo de este modo se puede asegurar una debida y pertinente asistencia que asegure un juzgamiento acorde a las exigencias del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental;

58°. Que, por tanto, en la medida que las diligencias contenidas en las demás normas cuestionadas por el requirente, no satisfagan el estándar descrito, estos Ministros compartirán el reproche de constitucionalidad a los mismos;

V. Mandato del Código Procesal Penal de auto aplicación a las causas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigencia

59°. Que se ha venido sosteniendo respecto de las disposiciones del Código Procesal Penal que éstas sólo pueden ser aplicadas a partir de su entrada en vigencia. Ello en base a una particular y errada interpretación, poco fiel al tenor de los artículos 483 y 484 de ese nuevo cuerpo orgánico como de la disposición Octava Transitoria de la Constitución Política. Sin embargo, como ya lo ha señalado esta Magistratura en las sentencias roles 2991-16 y 3216-16, y bastando una atenta y objetiva lectura de su texto, las disposiciones del artículo 484 y Octava Transitoria, se refieren de forma exclusiva a la entrada en vigencia gradual del Ministerio Público en base a plazos y regiones, no así respecto a la entrada en funcionamiento de los tribunales del nuevo sistema o reformados;

60° Que, en lo que se refiere a los tribunales, el inciso final del artículo 77 de la Constitución, consagra una disposición que autoriza de modo general al legislador a establecer, respecto de normas de procedimiento, fechas diferentes para su entrada en vigencia. Cabe advertir en todo caso, de acuerdo a lo expresado en esta parte, que el Código Procesal Penal no dispuso la entrada gradual de los nuevos tribunales reformados, sino prescripciones sobre el momento de aplicación de sus disposiciones contenidas en los artículos 11 y 483. En efecto, la primera disposición legal permite la **aplicación temporal del nuevo Código a las causas o procedimientos ya iniciados** y, la segunda norma, establece su **aplicación a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigor**, lo que en principio excluiría su aplicación a los hechos previos, salvo que a la luz del artículo 11 citado, existieran causas o procedimientos ya iniciados y, por ende, regidos por el antiguo Código de Procedimiento Penal;

61°. Que, con todo, en relación a lo expresado precedentemente, no podemos dejar de reiterar lo resuelto en la precitada jurisprudencia de este Tribunal en el sentido que nada obsta al juez natural que conoce del asunto, a ponderar la



aplicación de las garantías del Código Procesal Penal que considere compatibles y procedentes al caso concreto, de modo de asegurar el debido respeto de las garantías del inculpado, porque de lo contrario no resultaría comprensible que aquellas normas del mismo nuevo cuerpo legal, de naturaleza sustantivas, que garantizan el debido proceso, solo fueren aplicables a los hechos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, en circunstancias que precisamente de acuerdo a la Constitución, el mandato al legislador, consagrado en el artículo 19 N° 3, de establecer siempre las garantías de un justo y racional procedimiento, se aseguran a todas las personas, al igual que lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Chile en materia de derechos humanos (STC Rol 3216-16 c. vigesimosegundo);

62°. Que tal obligación del juez se desprende del citado artículo 11 del Código Procesal Penal, el cual dispone un mandato expreso sobre la aplicación temporal de sus normas a los procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, como se desprende de su tenor literal, cuyo texto es el siguiente: ***“Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”***;

63°. Que, en resumen, en materia penal el nuevo Código Procesal Penal estableció en su artículo 11, luego de la discusión parlamentaria sobre su texto definitivo, una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, que como se sabe constituye una garantía del derecho penal sustancial, de forma tal que la ley procesal se debe aplicar a procedimientos ya iniciados, salvo cuando a juicio del tribunal la ley anterior contuviere disposiciones más beneficiosas para el imputado.

De esta forma, se estableció el principio de ultraactividad de la ley procesal penal más beneficiosa, comportándose de la misma manera que en el derecho penal sustancial, dejando de ser una cuestión absoluta el hecho que la ley penal rija siempre *in actum*;

64°. Que, en consecuencia, el juez natural responsable de la gestión judicial pendiente se encuentra ante un mandato legal expreso de aplicación de las normas y garantías procesales del actual Código Procesal Penal, a fin de cautelar debidamente los derechos de las partes del proceso consagrados tanto en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como en las garantías de un justo y racional procedimiento desarrolladas en aquel cuerpo legal;



65º. Que por los argumentos vertidos precedentemente y porque tal como se ha expuesto, el juez que conoce de la gestión judicial pendiente cuenta con las alternativas procedimentales que le permitan efectuar la toma de declaración al inculcado con pleno respeto a las garantías fundamentales de éste, estos Ministros que suscriben la sentencia, están por declarar la inaplicabilidad del artículo 330 inciso primero del Código de Procedimiento Penal;

66º Que, asimismo y en consecuencia, estos Ministros estiman que, en la especie, la aplicación de los artículos 205, 318 y 330, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, vulnera los artículos 19, N° 3º, inciso sexto, y 5º, inciso segundo, de la Constitución, por lo que debió acogerse el requerimiento deducido en esta parte;

67º. Que por tanto, únicamente para este caso concreto no se ha estimado pertinente declarar la inaplicabilidad de los restantes preceptos cuestionados, por no haberse acreditado que las infracciones al debido proceso se hayan verificado en la especie, pero en caso alguno, por los criterios que ha pretendido definir el voto de mayoría;

PREVENCIÓN

La Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar concurren al rechazo del requerimiento de fojas 1, pero previenen en el siguiente sentido:

1. De la misma manera que lo resuelto en los considerandos 15 y 16 de la sentencia **rol 2991**, sobre aplicabilidad de las garantías de CPP al procesado bajo las reglas del antiguo procedimiento penal, que *“si bien resulta comprensible la entrada en vigencia gradual -en tiempo y lugar-, del nuevo modelo procesal penal, fundado en razones de índole prácticas relativas a su eficacia y adecuada implementación e instalación orgánica, de lo que dan cuenta la disposición Octava Transitoria de la Constitución Política así como de los artículos 483 y 484 del Código Procesal Penal y el artículo 4º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, esta circunstancia no podría obstar a que los jueces del crimen del viejo sistema procedimental, puedan aplicar aquellas garantías del nuevo Código evidentemente más favorables para los afectados, víctimas o inculcados y procesados de aquél sistema, cuestión que el juzgador deberá armonizar con las disposiciones e instituciones de este último cuerpo legal”* (c. 15).

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

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

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

5. *“Que de acuerdo a lo anteriormente señalado y en base a un ejercicio de interpretación conforme a la Constitución y de naturaleza progresiva y extensiva, debe entenderse que los preceptos del Código Procesal Penal rigen desde su entrada en vigor, por reconocer derechos y garantías acordes a la Constitución*

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

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

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

8. *"Que la interpretación que se viene señalando guarda, por lo demás, una apropiada correlación con el principio pro homine o favor persona que esta Magistratura ha propugnado, a modo de criterio interpretativo, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 1191 (c.*



19°). En efecto, el aludido principio supone, en términos generales, favorecer aquella interpretación normativa que propicie el resultado más acorde con los derechos de la persona.

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

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino; la disidencia, el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez; y la prevención, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3669-17-INA

Sr. Aróstica



Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

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

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

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