UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

000001

EN LO PRINCIPAL: Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; EN EL PRIMER OTROSI: Solicita suspensión del procedimiento; EN EL SEGUNDO OTROSI: Acompaña certificado que indica; EN EL TERCER OTROSI: Se tenga presente.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15 ENE 2016
09:28 horas

MANUEL ARTURO MONTERO SOUPER, jubilado, cédula nacional de identidad N° 5.541.977-9, con domicilio en calle Santa Brígida N° 421 depto. 183, de Las Condes, a US. Excma. digo:

Que vengo en solicitar, en conformidad con el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República y cumpliéndose los requisitos para ello, que se declaren inaplicables por inconstitucionalidad, en el juicio **Rol N° 63.556** (Episodio "Oscar Armando Gutiérrez Gutiérrez"), que se sigue en el Juzgado de Letras de Angol por el ministro en visita extraordinaria don Alvaro Mesa Latorre, las siguientes disposiciones, en las partes que se indican:

1) El texto vigente, al 10 de diciembre de 1973, del **artículo 45 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales**, en cuanto señala: ***"En primera instancia"***, y en la letra c) en cuanto expresa: ***"De las causas criminales por crimen o simple delito ..."***. Esta fue la disposición legal vigente a la ocurrencia de los hechos y que le otorga competencia penal al juez de mayor cuantía de cada Departamento **para investigar y dictar sentencia** en la primera instancia, en 1973.

2) El **artículo 113 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil**, en la parte que señala *"en los casos y por las causas de implicancias o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales."*

3) El **artículo 115 del Código de Procedimiento Civil** en la expresión que señala: *"causa legal"*.

4) El **artículo 78 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal** en cuanto declara secreto el sumario criminal, como regla general.

5) El **artículo 205 del Código de Procedimiento Penal**, respecto de la expresión "y secretamente" referido al examen de los testigos.

6) Los artículos 456 bis, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487 y 488 del **Código de Procedimiento Penal**, en cuanto todas ellas constituyen las reglas legales para apreciar la prueba producida, bajo un sistema de prueba legal tasada.

7) El artículo 1° letras a) y b) de la **Convención sobre Imprescriptibilidad** de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

*Artículo I*

*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:*

*a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;*

*b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación ....".*

8 ) Los artículos 7° N° 1 y N° 2 del **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, promulgado mediante Decreto Supremo (RR.EE.) N°104 del 6 de julio de 2009, publicado el 1° de agosto de 2009.

El artículo 7° N° 1 y N° 2 que señala: *"Crímenes de lesa humanidad*

*1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato;"*

"2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;"

*El artículo 8° que señala: "Crímenes de guerra*

*1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.*

*2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra":*

*a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:*

*i) El homicidio intencional;*

*b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:*

*i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;"*

La interposición de esta acción que denuncia y reprocha la inconstitucionalidad de las normas citadas en relación con el presente caso **se extiende**, necesariamente, también respecto **a todas otras aquellas normas legales relacionadas y/o conexas** que, en conformidad con el criterio desarrollado por este Excmo. Tribunal[1], implica que cuando se declara la inconstitucionalidad de una determinada disposición de un cuerpo normativo, corresponde -también- declarar la inconstitucionalidad de todas aquellas normas de ese mismo instrumento que se encuentren tan ligadas a

[1] Rol N° 276 de 1998, c. 18°

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

ella, que por sí sola carezcan de sentido, se tornen inoperantes y/o, dada la íntima conexión entre sí se pueda presumir que el legislador no las hubiere aprobado.

Asimismo, la presente acción de inaplicabilidad se extiende a todas las normas descritas porque -por una parte- todas ellas serán aplicadas al dictar sentencia en esta causa para castigarme penalmente permitiendo con ello un ajusticiamiento ilícito e inconstitucional y, por otra parte, para obrar en conformidad con el criterio señalado por este Excmo. Tribunal Constitucional en la sentencia de inadmisibilidad dictada en la acción Rol N° 4.717 - 2018, de fecha 13 de junio de 2018, en la cual estableció (C.8°): "*En dicha consideración, se tiene que en la acción de autos se constata el aludido vicio, toda vez que no puede ser tenida como razonablemente fundada una acción de inaplicabilidad si, accionada ésta, la parte presenta otro requerimiento para hacer valer nuevos preceptos no impugnados previamente, es decir, no se constata el argumento razonable que permita conocer las razones para no haber accionado en la causa previa, ....*".

En congruencia con este argumento resolutivo, US. Excma. exige al requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a exponer **en una sola oportunidad y en un solo libelo** todas las infracciones a la Constitución Política que se suscitan por la aplicación de diversas normas (o susceptible de aplicar), en este caso de los llamados delitos de Derechos Humanos, **en oposición a los casos comunes** de la competencia y/o función de este Tribunal Constitucional.

La acción de inaplicabilidad de las normas legales precedentes, se solicita en relación a una causa que rola bajo el N° 65.556 del Juzgado de Angol, en la cual soy parte por estar procesado y acusado en calidad de autor del homicidio calificado de Oscar Gutiérrez Gutiérrez, hecho que la acusación fiscal sostiene que ocurrió en Angol a contar del 10 de diciembre de 1973 y cuya investigación es instruida por el ministro en visita extraordinaria don Alvaro Mesa Latorre, según consta del certificado que se acompaña en otrosí.

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

**REQUERIMIENTO NO PRETENDE IMPUGNAR -NI IMPUGNA- TODO EL SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO**

Atendiendo a la jurisprudencia emanada de algunos señores Ministros de este Tribunal Constitucional, sea en votos de mayoría o, en su caso, de minoría, que cuestiona los requerimientos que recaen sobre una pluralidad de normas del código de procedimiento penal -en relación a la substanciación de juicios de Derechos Humanos- argumentando la imposibilidad de impugnar lo que denominan un sistema procesal, para aludir a solicitudes que denuncian la pugna **abierta y manifiesta** de múltiples disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal que, actualmente, violan las garantías constitucionales.

Este argumento niega a priori el conflicto constitucional y tolera la aplicación inconstitucional de normas legales que flagrantemente vulneran el debido proceso penal. Nadie podría cuestionar la realidad del hecho de que la aplicación de las normas inconstitucionales que se impugnan son -precisamente- las que facilitan la expedición de sentencias condenatorias en materia de DD.HH., lo que pareciera ser un hecho políticamente correcto porque reconocen un muy bajo estándar de garantías y no resguardan los derechos humanos del procesado respecto, entre otros tópicos, el debido proceso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, como organismo del Estado, respecto de los casos que conoce, tiene obligación y responsabilidad directa en las omisiones incursas **para cumplir con la Convención Interamericana de Derechos Humanos** en cuanto se refiere al debido proceso, tanto como garantía constitucional, como uno de los derechos humanos reconocidos, en virtud de lo que expresamente ordena el artículo 5° inciso 2° de la C.P.E.

Por las razones que se indican, la impugnación de una multiplicidad de disposiciones legales se concibe y explica simple y lógicamente por la vertiginosa evolución y actualización del pensamiento jurídico en Chile el que se desarrolla en pocas décadas a partir de la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos, en 1989 y

1991. Tan vehemente y vertiginoso fue este cambio en el pensamiento del legislador que constituye expresamente la causa que justificó legislativamente la urgente creación y dictación del denominado nuevo código procesal penal, del 2000, y la consecuente inaplicabilidad de numerosas disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Penal que niegan expresamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos y las garantías fundamentales de la Constitución Política que se nutren de estos Tratados Internacionales.

En efecto, el artículo 19 N° 3 inciso 6° impone a los jueces y a todas las autoridades del Estado a respetar el "debido proceso", declarando que "*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*"

En diferentes sentencias este Tribunal ha declarado, uniformemente, que el debido proceso es establecido por el legislador, en consonancia y armonía con el texto constitucional. Pero este concepto de "debido proceso" es abstracto, muta en concordancia con el tiempo, el avance de las ideas y de la cultura, todo lo cual influye en el desarrollo y dignidad del ser humano y, por cierto, de su normativa y derechos. En una época se aceptó, en algunos lugares, las Ordalías (v.gr. del agua fría o del hierro candente, etc.) como la forma de un debido proceso y del esclarecimiento divino de los hechos penales, hasta que en el Concilio de Letrán, en 1215, fue prohibido y tiempo después, en la Edad Media, el proceso penal se comenzó a regir por el sistema inquisitorial hasta la revolución francesa en algunos lugares, porque en Chile no ocurrió ese cambio.

En la actualidad, el concepto de debido proceso penal está estrechamente asociado a la idea de un estado democrático de derecho y, más precisamente, con lo que, hoy, se denomina estado constitucional de derecho que exige que las normas jurídicas, legales u otra naturaleza se deben supeditar a la Constitución Política. El ius puniendi que tiene el Estado -por delegación de la soberanía- respecto de ciertas conductas de los

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

individuos que la sociedad toda considera intolerables, cuando debe ser aplicada exige que, previamente, se cumpla con ciertos estándares de derechos fundamentales en favor del individuo y, desde luego, el denominado "debido proceso". Es el legislador quien establece las normas que constituyen el debido proceso.

Por tal razón, las fuentes legales o emanadas del legislador que constituyen o forman un debido proceso en el derecho procesal penal surgen de distintos cuerpos legales y/o de los tratados internacionales vigentes y aprobados por el legislador chileno. Estas fuentes son múltiples y ordenados cronológicamente, son: 1) El Código de Procedimiento Penal, de 1906 que, en muchos aspectos, nació obsoleto; 2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por Chile, en 1989; 3) La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), aprobada por Chile, en 1991 y, por último, el Código Procesal Penal del año 2000.

Todos estos cuerpos normativos están conformados por disposiciones legales que se encuentran en vigencia y constituyen, sin duda, las fuentes legales del proceso penal actuales y determinan lo que, constitucionalmente, conforma la garantía del debido proceso o, en palabras del constituyente, el "procedimiento e investigación racionales y justas".

Entonces, será función y tarea de los jueces interpretar la ley **para INTEGRAR TODAS LAS NORMAS LEGALES** que constituirán el debido proceso penal. El código de procedimiento penal (que viene desde 1906), contiene contradicciones substanciales en materia de garantías fundamentales porque coexiste hoy con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con la Convención Interamericana de Derechos Humanos y también con el Código Procesal Penal. Estos últimos cuerpos legales son más evolucionados y están creados con mayores y mejores conocimientos, bajo las ideas de la concepción del hombre y de la sociedad substancialmente diferente a la que amparaba al hombre de la edad media o de la colonia en Chile, o aquella que vivió el siglo pasado.

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

Los vigentes tratados internacionales suscritos por Chile y relacionados con el debido proceso, establecen derechos judiciales esenciales (artículo 14° y 8°, respectivamente) que **son incompatibles** con numerosas disposiciones del código de procedimiento penal (v.gr. el régimen general del secreto del sumario vs. del régimen general de la publicidad de la investigación). Ese hecho muestra inequívocamente que la garantía del debido proceso que reconoce la Constitución chilena obliga, necesariamente, a quien reclama la infracción constitucional del debido proceso a impugnar numerosas normas legales del código de procedimiento penal que inciden directamente en el proceso y que, por lo tanto, resultan -en lo formal- derogadas tácitamente por otras posteriores y, en lo constitucional, surgen claramente como contradictorias con el debido proceso penal reconocido por el legislador del siglo XXI. Este Excmo. Tribunal así lo ha declarado[2] al señalar: *"..., no resultaría comprensible que aquellas normas de naturaleza sustantivas, garantizadoras del debido proceso, sólo fueren aplicables a los hechos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código, en circunstancias que precisamente* ***se han establecido para cautelar los derechos reconocidos a todas las personas, tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales ratificados en Chile."***

De esta manera, el juez al aplicar -en un caso concreto y determinado- ciertos textos legales que aparecen como formalmente vigentes, pero que reconocen una extemporaneidad de siglos necesariamente TIENE EL DEBER FUNCIONARIO de examinar dicha legislación para valorar su vigencia y la ausencia de contradicción con las normas actuales. Son muchas las disposiciones legales en vigor para todos los chilenos que pugnan con el sistema inquisitorio y todas ellas deben ser impugnadas por ilegalidad e inconstitucionalidad, en un mismo acto. El debido proceso constitucional no puede permitir que la contradicción conceptual de normas procesales penales, formalmente vigentes, colisionen en términos de hacer pervivir instituciones procesales del pasado inquisitorial.

[2] STC Rol N° 3.216 – 16 Considerando 15°

La realidad que se constata en cada caso que se investiga, evidencia una voluntad común en los jueces investigadores de los casos denominados Violaciones de DD.HH., en orden a hacer una aplicación literal de la letra del antiguo Código de Procedimiento Penal a pesar de constituir normas que manifiestamente trasgreden el debido proceso constitucional en la actualidad.

En consecuencia, la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de múltiples disposiciones no debe, racionalmente, entenderse como una impugnación, a priori, de TODO un sistema procesal por el sólo hecho de que sean numerosas las normas inconstitucionales que se pide su inaplicabilidad, sino que -en el caso en concreto-, es necesario CIRCUNSCRIBIR -aunque sean numerosas- la contradicción con la Constitución Política sólo respecto de LAS NORMAS ESENCIALES Y NECESARIAS, que establecen las garantías individuales y los derechos humanos universalmente reconocidos que se encuentran amenazados.

## ADMISIBILIDAD DE LA ACCION DE INAPLICABILIDAD

Hay consenso en que el acceso a la justicia debe ser concreto y efectivo. Por tal razón, no es suficiente la mera existencia de la posibilidad teórica o abstracta de ejercer una acción y/o recurso. El justiciable debe disponer –realmente- de un instrumento procesal eficaz, apto y simple para proteger el derecho fundamental que se trata y que aparezca conculcado. En este caso, el principio de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso penal tiene resguardo constitucional y no puede estar sujeto a condicionamientos obstructivos y/o excesivos.

Asimismo, el principio "pro actione" se ha entendido como el deber judicial de interpretar las normas procesales en un sentido más favorable a la admisibilidad de la acción lo que obliga, además, a dar oportunidad de subsanar defectos formales antes de todo pronunciamiento de inadmisibilidad. En palabras del profesor don Eduardo Soto Kloss *"aún los requisitos de admisibilidad que la ley estatuya y los estatuya de manera*

*expresa, han de ser interpretados a favor del acceso a la jurisdicción en razón del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política, que impone a todo órgano del Estado no solo el deber de respetar los derechos fundamentales sino además y muy especialmente "promoverlos".* El texto constitucional, que es base de nuestra institucionalidad, recoge, el principio pro actione o favor actionis, que es elemento esencial del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. En este previo contexto, el citado artículo 93 N°6 de la C.P.E. consagra el ejercicio de la "acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", señalando: *"Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución".*

*Señala también: "En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce el asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad".*

Se cumplen todos los requisitos de admisibilidad exigidos en los artículos 79, 80 y 81 de la Ley N° 17.997, los que se indican:

1° **FORMULADO POR PERSONA U ORGANO LEGITIMADO:**

Cualquier persona que sea parte en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, puede requerir al Tribunal Constitucional, cuando es afectada en el ejercicio y/o goce de sus derechos fundamentales. En este caso, tengo la calidad de procesado en la causa Rol N° 63.556 del Juzgado de Letras de Angol que es instruida por el señor Ministro en visita extraordinaria don Alvaro Mesa Latorre, de la Iltma. Corte

de Temuco, designado por la Excma. Corte Suprema. Por ende, tengo la calidad de parte -conforme al artículo 278 del Código de Procedimiento Penal- circunstancia legal que justifica la legitimación activa que me asiste para interponer la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2° QUE EXISTA UNA GESTION JUDICIAL PENDIENTE

Debe existir una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, en la que pueda ser aplicable un precepto legal o que sea decisivo en la resolución y que pueda resultar contrario a la Constitución Política de la República.

En el presente caso dicha **gestión judicial pendiente** corresponde **LA DICTACION DE LA SENTENCIA** DE PRIMERA INSTANCIA de un juicio ordinario sobre crimen o simple delito en Código de Procedimiento Penal, del año 1906, esto es, correspondiente al **sistema antiguo** -actualmente en etapa de plenario- individualizado bajo el Rol N° 63.556, por el presunto homicidio de Oscar Armando Gutiérrez Gutiérrez, lo que consta del certificado que acompaño en otrosí de esta presentación. Este juicio penal de acción penal pública constituye la gestión pendiente y terminará con **la sentencia definitiva de primera instancia**.

La jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que *"el requerimiento debe estar referido a la "existencia de una **gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial"***, en la que **el o los preceptos** impugnados **puedan resultar aplicables**" (STC Rol Nº 803-2007, Rol 1.839-2007; Rol Nº 1.140 Rol 1.183, Rol 1.184, Rol 1.203 y Rol 1.229 todas de 2009). Actualmente como surge de la certificación acompañada, esta causa penal está en la etapa procesal denominada plenario, por lo que se encuentra vigente y, claramente, el fundamento de la competencia son las disposiciones inconstitucionales que -hasta este momento- han justificado resultados provisionales, pero que -indudablemente- son resoluciones que constituyen la base previa y necesaria para una sentencia definitiva de primera instancia, lo que podría tener

efectos ilícitos y perniciosos en mi contra en dicha instancia, como se dirá. Entonces, ¿cuál es la gestión judicial pendiente? Tratándose de un procedimiento penal de primera instancia -conforme al Libro II intitulado "Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito"-, la **gestión pendiente es la resolución de ese juicio que SOLO es a través de la sentencia definitiva.** La potestad punitiva del Estado se realiza a través de un proceso legal y mediante una sentencia. Sin sentencia, es imposible punir una conducta considerada delictiva.

Así, mientras el tribunal competente -natural e imparcial- no dicte esa sentencia definitiva de primera instancia racionalmente no hay duda alguna de que **existe una gestión pendiente que será influida directamente por la aplicación de las disposiciones legales que se atacan -ahora- como inconstitucionales.** De no declararse la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las disposiciones invocadas, en esos autos penales, se dictará sentencia definitiva por un tribunal parcial que ha dirigido y conocido de la investigación penal que, en ese mérito, acusa, y que dicta la sentencia definitiva sobre los propios cargos atribuidos al procesar y acusar. Asimismo, se aplicarán las normas que se impugnan de inconstitucionales y recibirán aplicación a través de una valoración probatoria definitiva las actuaciones del sumario y del plenario que se han obtenido con infracción a la Constitución Política de la República y de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

3° QUE SE PROMUEVA RESPECTO DE PRECEPTOS QUE TENGAN RANGO LEGAL.

En este requerimiento de inaplicabilidad, como ya se explicó antes, el número de preceptos de esta naturaleza son múltiples, atendiendo la compleja y derogada normativa que invocan los jueces para condenar, a nuestro juicio, de manera muy atrabiliaria e injusta, los hechos ocurridos hace 45 años.

3.1. Las disposiciones contenidas en los artículos 45 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, que corresponde a la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial, en la parte que se ha descrito constituyen, sin duda alguna, una

norma sancionada a través de una ley y que se mantiene vigente por voluntad expresa del legislador en virtud de lo que dispone el artículo 7° transitorio de la Ley N° 19.665, del 2000, que modificó el Código Orgánico de Tribunales y que le otorgó esa supervivencia legal después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.665 ya mencionada, con el fin de mantener el juez natural para los hechos constitutivos eventualmente de delitos que hayan ocurrido antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal en las partes que se han descrito constituyen normas sancionadas a través de una ley y que se mantiene vigente por voluntad expresa del legislador.

3.2. Las normas del artículo 113 inc. 1° y 115 del Código de Procedimiento Civil, en la parte que se indica, son indiscutiblemente normas legales codificadas y cumplen la exigencia.

3.3. Del mismo modo, el artículo 78 inc. 1, el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la expresión "y secretamente" referido al examen de los testigos.

3.4. Los artículos 456 bis, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal, son todas normas legales que se encuentran codificadas y que son de aplicación común y permanente en tal sistema.

3.5. El artículo 1° letras a) y b) de la **Convención sobre Imprescriptibilidad** de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968.

3.6. El artículo 7° N° 1 y N° 2 que señala: *"Crímenes de lesa humanidad"* y el artículo 8° que señala "Crímenes de guerra", del Tratado Internacional denominado **Estatuto de Roma** de la Corte Penal Internacional, promulgado por el D.S. (RR.EE.) N°104 del 6 de julio de 2009, publicado el 1° de agosto de 2009.

Todas las normas señaladas como fundamento de la acción de inaplicabilidad, con excepción del Convenio sobre Imprescriptibilidad cuya aprobación legislativa se encuentra en 2° trámite constitucional, se reconocen y tienen una categoría concreta de leyes o tratados sancionadas

por Chile, de conformidad con lo que establecen los artículos 54 N° 1, 63 N° 1, 2 y 3 de la Constitución Política de la República.

La Convención sobre Imprescriptibilidad indicada, recibe **aplicación material** en las sentencias judiciales, como norma legal internacional, por la vía de entender que la citada Convención es **una norma internacional de ius cogens de cumplimiento general y obligatorio**, lo que guarda correlación con el efecto obligatorio de la ley, que manifiesta la obligación de declarar los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros como imprescriptibles, que se debe aplicar en virtud de lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ordenado cumplir en Chile a través del Decreto Ley N° 3.633 del 26 de febrero de 1981, de la Junta de Gobierno de Chile. Entonces, de esta forma oblicua se infringe la Constitución Política, como se dirá en su oportunidad.

4° <u>QUE EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO TENGA APLICACIÓN O RESULTE DECISIVO EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO</u>.

Este requisito en el requerimiento obviamente presenta dos hipótesis alternativas.

A) Que <u>el precepto sea aplicable</u>. Es decir, que el precepto <u>sea posible de aplicar</u> en el caso; o

B) Que <u>la norma legal sea decisiva en la resolución del asunto</u>, lo que -en este caso de naturaleza penal-, no puede sino entenderse razonablemente en el sentido que cualquier norma SOLO SERA DECISIVA en la sentencia de primera instancia. v.gr. el medio de prueba se aplica y valora al sentenciar.

Asimismo, este Excmo. Tribunal ha interpretado reiteradamente este requisito en términos amplios, señalando que el precepto cuya aplicación se impugna no debe ser, necesariamente, considerado por el juez de fondo para resolver el asunto. Basta, <u>la sola posibilidad de su aplicación</u> en la resolución del asunto para que pueda ser declarado inaplicable. Ha dicho US. Excma., que: *"para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que*

*ha de adoptar ya que, al hacerlo, pueda vulnerarse la constitución"* (sentencia Rol Nº 550-2006, Cons. 4º). Así, en el recurso Rol Nº 1.064 - 2008 señaló: *es necesario que se invoque un precepto legal determinado que pueda ser aplicado en el juicio pendiente o pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto provocando efectos contrarios a la constitución.*

Esta aplicación, según el artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional debe ser posible de **aplicar a la "resolución"** del asunto, vocablo que -en el presente caso- sólo puede asignársele en propiedad **a la sentencia definitiva.** v.gr. Las normas relativas a la declaración del inculpado tendrán aplicación al valorar esa declaración en la sentencia porque si no es valorada ni considerada, no tiene incidencia en la resolución del asunto que es la exigencia esencial del artículo 81 de la ley orgánica mencionada.

Bajo estas circunstancias, en este proceso que investiga el homicidio de Oscar Gutiérrez Gutiérrez y que constituye la gestión pendiente, la acción preventiva de inaplicabilidad por inconstitucionalidad intenta prevenir que **los efectos contrarios a la Constitución** se manifiesten o expresen en esa sentencia definitiva de primera instancia. De esta manera, a modo de ejemplo, hay que manifestar que cualquier elemento probatorio, una declaración testimonial o una indagatoria, no tiene un valor procesal definitivo hasta que es utilizada y valorizada, de forma decisiva, por el Juez en la sentencia como fundamento de ella. Cabe recordar lo que el legislador de 1906 señalaba, en el Mensaje, al referirse a la convicción: *"... Si esa convicción no llega a formarse, el juez puede absolver sin otro fundamento y cualesquiera sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo."* Cualquier prueba puede ser desechada si el Juez no adquiere la convicción. Por ello, el único momento de la APLICACIÓN DE LA NORMA o de la posible DECISION DEL ASUNTO, en materia penal, sólo se presenta en la sentencia definitiva.

Es obvio, entonces, que al proceder a dictar la sentencia el juez inquisidor lo hará legalmente en mérito de las atribuciones legales que le son conferidas por el artículo 45 N° 2 letra c) en relación con el

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

artículo 561 inc.2° del Código Orgánico de Tribunales, que lo autorizan para investigar y fallar (primera instancia) y como consecuencia de los artículos 113 y 115 del C.P.C. que establecen causas legales restringidas de inhabilidad, podrá permitir que el Juez no se declare inhabilitado porque su conducta no está descrita expresamente dentro del "numerus clausus" que se establece como causales legales de implicancia, y además -para no ser excesivamente repetitivo-, con cada una de las normas jurídicas indicadas que se impugnan de inconstitucionales por medio de esta acción.

Asimismo, el Ministro para resolver el asunto que es el conflicto penal, necesariamente considerará las declaraciones indagatorias prestadas por los inculpados -conseguidas al amparo -ilícito e inconstitucional- del secreto investigativo que instala el artículo 78 inciso 1° C.P.P.- para fundar la sentencia y resolver el asunto. Sin embargo, tales actos procesales corresponden a prueba ilícita obtenida con evidente infracción del derecho constitucional a la defensa, primero, al no dar a conocer (secreto del sumario) los antecedentes sumariales en forma previa a la declaración exigida y, segundo, porque tampoco se les permitió la presencia del abogado defensor en el acto de la declaración, quien es la persona necesaria que puede y debe controlar que el interrogatorio voluntario se realice cumpliendo el estándar que ordena el artículo 323 inciso 1° C.P.P.

Los artículos 456 bis, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal, corresponden a las normas legales que establecen la forma y el valor de la prueba legal tasada como forma de acreditar los hechos del juicio, que corresponde a las normas legales bajo las cuales se tramitará el plenario y que, necesariamente, serán aplicadas en la resolución del juicio al ser el fundamento de la sentencia definitiva de primera instancia.

Las normas sobre imprescriptibilidad, las normas sobre delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, conforme a la experiencia que se establece de las sentencias dictadas por el señor Ministro Meza Latorre son aplicadas en todas las sentencias que ha dictado en calidad

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

de Ministro en Visita Extraordinaria. De este modo, al investigar un hecho ocurrido en 1973 deberá aplicar en la resolución del caso, las normas sobre imprescriptibilidad de la Convención de 1968 y las normas del Tratado de Roma y la Ley N° 20.357 que establece los delitos de crímenes de lesa humanidad.

5° QUE LA IMPUGNACION ESTE RAZONABLEMENTE FUNDADA:

La acción de inaplicabilidad interpuesta a través de este medio -manifiestamente- tiene fundamento plausible puesto que contiene -expresamente- la mención de la garantía constitucional, que ha sido infringida, que es la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, reconocida en el N° 3 expresadas en sus incisos 6°, 8° y 9° del artículo 19 C.P.E., a través de la infracción al debido proceso legal que contempla como un elemento de su esencia y un requisito ineludible, la existencia de un juez imparcial y la garantía del derecho a la defensa, por una parte, y por otra, la infracción al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Asimismo, también, expresa y desarrolla la forma en que esas infracciones señaladas causan el indeseado efecto inconstitucional.

El control de constitucionalidad que solicito a US. Excma., busca -en el presente caso- **la reafirmación y vigencia de las garantías fundamentales relativas al derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.** Pretende que el juez imparcial sea obligado a respetar el debido proceso legal, el derecho a la defensa, la aplicación efectiva del principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la ley penal a través de que, en definitiva, US. Excma. declare que el señor ministro en visita extraordinaria no podrá ampararse de forma alguna -durante este juicio- en los artículos 45 N° 2 letra c) en relación con el artículo 561 inc.2° del Código Orgánico de Tribunales para dictar sentencia porque la aplicación de esa ley procesal causaría o produciría necesariamente el efecto inconstitucional descrito y que se torna inadmisible e intolerable en un estado de democrático de derecho. Del mismo modo, el juez que dicte sentencia deberá hacerlo con

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

pleno apego al debido proceso, observando el derecho a la defensa y observando el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal.

Del mismo modo, en virtud de la inconstitucionalidad de las disposiciones requeridas, y considerando que cualquier sentencia condenatoria debe fundarse, en un proceso previo y legalmente tramitado, que sea la consecuencia de una investigación y procedimientos racionales y justos, se puede señalar -desde ya- que si tal declaración de inaplicabilidad no es dictada por US. Excma. la eventual sentencia definitiva -en ese juicio- no podrá ser la expresión y consecuencia de un proceso penal que cumpla con estas claras exigencias constitucionales, sino que será un producto obtenido con graves trasgresiones a ciertos derechos fundamentales, como se señalará a continuación.

En consecuencia, ¿cómo y de qué forma la aplicación de estas disposiciones legales a la resolución del juicio, vulneran la Constitución Política de la República?

## I. INFRACCION AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO 6° C.P.E.

El inciso sexto mencionado, como se ha dicho antes, establece, lo que se conoce universalmente "due process of law", o como el "debido proceso", con el siguiente tenor: ""*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*"

Entonces, ¿en qué forma o de qué manera el Tribunal vulnera el debido proceso penal? La infracción surge bajo dos formas precisas, la parcialidad del tribunal y la vulneración el derecho a la defensa.

### 1) TRIBUNAL IMPARCIAL. INFRACCION CAUSADA POR LA APLICACIÓN DEL ART. 45 N° 2 LETRA C) C.O.T.

Tal como consta en los antecedentes acompañados, el juez designado por la Excma. Corte Suprema para conocer de los hechos de esta causa penal es el **Ministro en Visita Extraordinaria** en el Juzgado del

000019
diescimueve

Crimen de Angol, don Alvaro Meza Latorre, quien se constituye, cuestionablemente, en calidad de juez natural en virtud de lo que disponían -a la época de los hechos investigados- el artículo 45 N° 2 letra c) en relación con el artículo 561 inc. 2 del Código Orgánico de Tribunales.

El artículo 45 N° 2 letra c) C.O.T., señalaba *"Los jueces de letras de mayor cuantía, conocerán:"*; y el N° 2 decía: ***"En primera instancia"***, y en la letra c) en cuanto expresa: ***"De las causas criminales por crimen o simple delito ..."***. Es decir, ésta era la disposición legal vigente a la ocurrencia de los hechos que le otorga la competencia actual al juez de mayor cuantía de cada Departamento para conocer -en primera instancia- de las causas por crímenes y simples delitos por delitos de acción penal pública. En la especie, la competencia del Juez de Mayor Cuantía del Departamento de Angol, de la entonces provincia de Malleco.

Este artículo se vincula al artículo 561 inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales, que decía: "*Las facultades del ministro en visita en los casos a que se refiere el artículo anterior, **serán las de un juez de primera instancia**, y contra de las resoluciones que dictare en los procesos a que hubiere lugar en dichos casos, podrán deducirse los recursos legales como si se dictaren por el juez visitado.*"

O sea, como el juez del crimen tiene competencia para conocer la primera instancia, esto es, el sumario y el plenario (dictar sentencia), el Ministro en Visita Extraordinaria tiene esa misma competencia.

Conforme a lo que estableció el artículo octavo transitorio de la Constitución Política, el juez natural (previamente establecido) a la época de los hechos investigados, corresponde al que se definía en esta norma impugnada. El procedimiento correspondía al vigente a esa época, que es el código de procedimiento penal. Sin embargo, no cabe duda que la Excma. Corte Suprema ha alterado la garantía del juez natural, creando una "comisión" mediante la dictación de normas internas del Poder Judicial que establecen jueces ad hoc o comisiones para el juzgamiento de estos casos, como en el caso el Ministro señor Mesa.

Por la vigencia orgánica del código de procedimiento penal, es una consecuencia natural la aplicación de su Libro II denominado **"Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito"**, que se extiende desde el artículo 76 hasta el artículo 549, incluyendo en el juicio ordinario, tanto la primera instancia, como los recursos que proceden en contra de las sentencias que se dicten. Es decir, la primera instancia en ese procedimiento, correspondiente a la descripción de competencia que otorga el artículo 45 N° 2 letra c) del C.O.T., comprende desde el artículo 76 hasta el 509 bis del C.P.P.

Este artículo 45 N° 2 letra c) en relación con el art. 561 inc. 2° C.O.T., en lo que se refiere a dar competencia por toda la primera instancia al juez penal y, en su caso, al ministro en visita, **no debe ser aplicado** en este caso porque infringe el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, en cuanto esta disposición asegura la igual protección ante la ley en el ejercicio de sus derechos y, específicamente, en lo relativo al inciso 6°, porque vulnera el deber constitucional de que la sentencia sea dictada por un tribunal imparcial, como un requisito del debido proceso constitucional y no como ocurre en la especie que sea resultado de un proceso ilegalmente tramitado. Del mismo modo, este hecho que denunciamos infringe los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tales como el artículo 14° N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8° N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¿Es la imparcialidad del tribunal, una garantía constitucional en Chile que debe ser respetada en cualquier proceso? Este Excmo. Tribunal ha declarado que la imparcialidad del tribunal es parte de la garantía del debido proceso que establece la Constitución, al señalar[3]: *"El **procedimiento legal** debe ser racional y justo. **Racional** para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y **justo** para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. De ahí **se establece la necesidad, entre otros elementos, de un juez***

[3] STC Rol N° 1.838 Considerando 10°

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

*imparcial, normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista* ***una resolución de fondo, motivada y pública,*** *susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propia del Estado de Derecho."* (destacado es propio).

De este modo, el colofón es que el procedimiento inquisitivo debe ser racional y justo y, por ende, ese juicio debe ser decidido por un juez imparcial. Si la ley no instituye para ese procedimiento legal un juez imparcial, estaremos -necesariamente- ante una norma legal, que no satisface la exigencia constitucional de un debido proceso.

El sentido común nos dice un juez, en principio, es imparcial. Pero, tal cosa no es un dogma. Entonces, corresponde determinar si ¿el juez inquisidor que ha investigado y que dictará la sentencia definitiva, en este caso, conforme a la norma del art. 45 N° 2 C.O.T., es un juez imparcial?

La autora Constanza Toro Justiniano[4] concluye que *"La imparcialidad apunta a la necesidad de que quien juzga no tenga relación alguna con las partes, de modo de evitar prejuicios, sesgos o cualquier tipo de trato privilegiado hacia alguna de las partes. Sólo así se logra uno de los cometidos esenciales de la jurisdicción: someter el conflicto a un* ***tercero neutral."*** (destacado es propio.). En el proceso inquisitivo chileno, de 1906, el juez cumple el rol de investigador, **acusador** y, por último, **de sentenciador**, de las causas que interviene y, por ende, **es el sostenedor de la acción penal pública durante el juicio** propiamente tal. En la realidad, el Juez suplió la función del Promotor Fiscal, que hasta 1927, era parte en el juicio penal[5]. Esta función legal del inquisidor aparece como intolerable, constitucionalmente y desnaturaliza -en esencia- la función de juzgar.

En palabras del conocido procesalista argentino don Julio Maier[6] al referirse a ese procedimiento *"El poder de perseguir penalmente se confunde con el de juzgar y, por ello, está colocado en las*

[4] El debido proceso penal. Ediciones Jurídicos de Santiago. 1° edición. 2009, pág.98
[5] D.F.L. N° 426 del 28 de febrero de 1927
[6] Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l. 2004 2° edición, pág.740

*manos de la misma persona, el inquisidor."* El fundamento de su intervención es el interés estatal de castigar las conductas que se estiman punibles donde se busca sólo la verdad material y, por ende, el imputado es objeto y no sujeto de la investigación. Su función primordial es acreditar el hecho punible y la participación criminal, disponiendo de numerosas y poderosas facultades para el cumplimiento de tales fines, como son la detención, la prisión preventiva, la incomunicación y los careos. Hoy, ese código repugna y contradice el sistema normativo -normas nacionales e internacionales- de nuestro país. Establecido que es el mismo juez quien realiza, por disposición de la ley, el proceso progresivo y gradual de dictar resoluciones de mérito sobre la existencia del delito y de la participación criminal, como son v.gr. el auto de procesamiento y el auto acusatorio, se advierte que ese juez **se va formando durante la investigación, una convicción en su fuero interno** sobre la resolución judicial del conflicto. Es decir, postula tempranamente en su mente y en sus resoluciones una tesis que tenderá a implementar con sus medios y su conciencia. No es posible, en ese escenario, la imparcialidad en el juzgamiento.

No es teórica esta afirmación. Pertenece a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, colegir el compromiso intelectual y emocional del juez con el caso que conoce desde su inicio. Para dar fundamento material de esa realidad que vivencia el juez inquisidor en la instancia, resulta valioso consignar el reconocimiento y la experiencia de un juez inquisidor y profesor de derecho procesal como lo fue don Enrique Paillás Peña[7] quien afirma, aludiendo directamente al rol del juez en la etapa del sumario y del plenario: *"Agréguese a esto que ambas etapas son substanciadas por un **mismo juez**, de modo que **hay unidad en su actitud mental frente al caso**. Tendría que estar dotado de una capacidad sobrehumana para sobreponerse **a la convicción que ya desde el sumario comienza a formarse en él."** (destacado es propio).* Efectivamente, debería tratarse de un ser anormal, sobrehumano, para lograr disuadirse a sí mismo

[7] Derecho Procesal Penal T.II pág.13 Editorial Jurídica de Chile, 1986.

respecto de la convicción que adopta en el sumario. Desde un razonamiento lógico, huelga un mayor comentario pues, claramente, un juez que cumple tales roles no podrá ser un juez imparcial.

Don Eduardo M. Jauchen[8] dice que por imparcialidad del juzgador debe entenderse *"el modo de posesionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera* ***que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto,*** *a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más adecuada forma de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto de la realización del derecho penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo podrá hacerlo con justicia si es imparcial, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto de alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso.".* Este es el juez imparcial que establecen los tratados internacionales y la ley chilena. Este lógico entendimiento nos hace revelarnos ante la violenta y autoritaria imposición de un juez adjudicador que no es imparcial. En esta acción abordamos la situación del juez en el juicio ordinario sobre crimen o simple delito del código de procedimiento penal, de 1906. Este juez que es, primero, **investigador y acusador** (que incomunica, priva de libertad, procesa y acusa) **y después abandona ese rol para asumir el de un juez equitativo y justo.** Y que después, sube al estrado para dirimir el conflicto en que ha sido parte. Ese juez, indefectiblemente, es sinónimo del **juez parcial.** La palabra "imparcial" en la acepción aplicada al juez significa[9] *"que juzga o procede con imparcialidad"* y, a su vez, "parcial"[10] significa *"que juzga o procede con parcialidad, o que la incluye o denota.".*

La evolución de la teoría de los derechos fundamentales no sólo reconoce a éstos sólo como derechos subjetivos de la persona que le otorga a su titular la capacidad de poder ejercitarlos, exigir su

[8] Jauchen E. Derechos del imputado. Rubinzal – Culzoni Editores, 1° edición, 2007, pág. 210
[9] http://dle.rae.es/?id=L1oPPk6. Visto el 29 de Mayo del 2018.
[10] http://dle.rae.es/?id=RtqUTs5. Visto el 29 de mayo del 2018.

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

respeto y protección, como es esta acción sino que también reconoce que estos derechos son elementos que tienen un carácter objetivo que le otorga una fuerza normativa propia que es de la mayor jerarquía y que vincula a los órganos del Estado, circunstancia que le impone a estos organismos la realización de prestaciones positivas de cumplimiento de los derechos fundamentales. El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política, en forma expresa, impone esa obligación constitucional, al punto de privar de legitimidad los actos que vulneran los derechos fundamentales. Todos y, especialmente, el ministro en visita debe cumplir con esos derechos fundamentales. Incluso, corresponde reconocer que la propia conducta del Tribunal Constitucional se ve impelida -normativamente- a satisfacer un rol efectivo de garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de otras diversas infracciones, esta acción de inaplicabilidad persigue que US. Excma. impida -a través del ejercicio de sus exclusivas facultades constitucionales- la consolidación de una gravísima infracción consistente en la dictación de una sentencia penal definitiva por un tribunal parcial que sobrevive por algunas normas legales, pero que no cumple con el estándar constitucional del debido proceso que exige la concurrencia de un tribunal imparcial.

Al tenor de esta garantía constitucional, la cuestión que se plantea es, ¿la imparcialidad del juez es o no una exigencia sustancial del debido proceso constitucional? En el código orgánico de tribunales o en el código de procedimiento penal, de 1906, no existe una norma expresa que declare que el juez debe ser imparcial. Sin embargo, no se concibe un juicio sin un juez imparcial y es de la esencia de la existencia de un juez, la cualidad de imparcial. Y esta característica del juez que integra -sin discusión- el debido proceso fue expresamente reconocido en la **Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, por esa precisa razón, recogido también en el Código Procesal Penal.** Entonces, no hay duda que -actualmente- el debido proceso descansa en un pilar fundamental que es la exigencia de un juez imparcial. Si se establece que en el proceso inquisitivo no hay un juez imparcial, no será posible

conceder que el proceso penal fue "legalmente tramitado" y, por ende, la sentencia que se dicte será inconstitucional.

Pero la infracción del artículo 45 N° 2 letra c) C.O.T. al artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental sólo debe ser aplicada y/o entendida en la hipótesis de que el mismo juez ha investigado los hechos, ha procesado, acusado y que sea el que dictará sentencia o haberla dictado en la causa.

La competencia penal para juzgar el hecho de la desaparición de Oscar Gutiérrez Gutiérrez fue asignada al Ministro don Alvaro Mesa Latorre, conforme a lo dispuesto el artículo 45 N° 2 letra c) en relación con el 561 inc.1° del Código Orgánico de Tribunales y como hemos dicho antes, por lo que dispone el artículo 8° transitorio de la Constitución Política del Estado que, orgánicamente, mantuvo la vigencia del código de procedimiento penal de 1906. El cumplimiento de las normas que se reprochan como inconstitucionales, conforma el estatuto legal orgánico vigente que le otorga competencia al ministro en visita extraordinaria para actuar en la primera instancia, desde su comienzo y hasta la dictación de la sentencia definitiva. Sin embargo, la imparcialidad del juez es un requisito esencial del concepto de juez y si éste no cumple el estándar de ser imparcial, la sentencia dictada no es dable considerarla como la consecuencia jurídica de un proceso "legalmente tramitado".

Este Tribunal Constitucional[11] señaló; *"La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que además, son elementos consustanciales al concepto mismo de juez. Este Tribunal está de acuerdo en que* ***todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente imparcial,*** *elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea."*

En efecto, la imparcialidad es un atributo de la esencia del juez y el código orgánico de tribunales no contiene una disposición que exija expresamente al juez ser imparcial. No obstante, hay una exigencia

[11] STC N° 53, de 5 de abril de 1998.

implícita en la ley ya que se ha establecido un estatuto de implicancias y de recusaciones cuyo objetivo propende a excluir al juez que se encuentre en alguna de las hipótesis que allí se describen, no obstante que no son las adecuadas, como se dirá. La autora doña Constanza Toro J.[12] reconoce y se refiere a esto: *"... la imparcialidad se asegura excluyendo del caso al juzgador que no asegura su condición de tercero neutral, dando origen a la normativa de las implicancias, recusaciones u otros motivos de inhabilitación para conocer un determinado conflicto".* Sin embargo, el catálogo de motivos establecidos en la ley como causas legales de implicancia y recusaciones es un contenedor que ha quedado obsoleto y no se correlaciona con la observancia del derecho internacional de los derechos humanos que son aplicables en Chile. Sin embargo, el vacío de la ley local está ampliamente superada por la existencia de diferentes cuerpos legales a contar de 1948. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos[13], de 1948, establece en el artículo 10° que *"Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, ....".* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[14], de 1966, consigna en el art.14°, *"Todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, .."* La Convención Americana de Derechos Humanos[15], de 1966, indica en el artículo 8° *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, ....."*

En síntesis, la legislación interna a través del código orgánico de tribunales y los convenios internacionales aprobados y publicados por Chile, establecen que cualquier juicio debe ser dirimido o

[12] Ob.cit., pág. 98
[13] Resolución 217 A (III) Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948
[14] Resolución N° 2.200 Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966 y D.S. N° 778 de Relaciones Exteriores publicado el 29 de abril de 1989.
[15] DS N° 873 de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991

000027
veintisiete

resuelto por un juez imparcial, para cumplir la exigencia de ser un juicio legalmente tramitado.

Es un hecho público y notorio que la reforma procesal penal del 2000, se aplica en todo el territorio de la República. No obstante, en el ámbito temporal de la ley, hay quienes entienden que no se aplicaría respecto de los hechos anteriores a su vigencia, en virtud de que la instalación general del sistema oral afectaría directamente a otra garantía constitucional como resultaría ser el derecho al juez natural, esto es, aquel juez que está predeterminado antes de la ocurrencia del hecho delictual a investigar y que -en el presente caso- es el tribunal que era competente en 1973 y ese juez correspondería a un ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco que, por orden de la Excma. Corte Suprema, cumple las funciones del juez de primera instancia.

Para conocer, entonces, y precisar qué contenido de la denominada reforma procesal, es aplicable a todos los habitantes o sólo a algunos en cuanto a los derechos que establece, debemos recurrir a la disposición 8ª transitoria de la Constitución Política de la República, para fijar los alcances de dicha norma, que establece: "*Las normas del capítulo VII "Ministerio Público", regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.*"

"*El Capítulo VII "Ministerio Público", la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.*"

En efecto, es literal y manifiesto el propósito del constituyente de fijar y limitar el alcance de las normas procesales relativas al principio de oralidad y el de inmediación, que conlleva el nuevo sistema

procesal del 2000, el cual en principio rige "in actum", y que, en la especie, habría podido tener efectos indeseados al afectar la figura del juez natural.

Sin embargo, es aceptado que es posible y constitucional la gradualidad de la vigencia de una ley procesal, según se estableció -expresamente- en el inciso final del artículo 77 de la Constitución Política, con un límite temporal de cuatro años de plazo, en que debe regir en toda la república. Tal plazo terminó en junio del 2005.

Así, se entiende que esta limitación que impone la disposición 8ª transitoria al indicado principio procesal, en el caso preciso que nos preocupa, debe circunscribirse -lógicamente- a la acotada materia que describe su texto. Esto es, una restricción de carácter orgánica y funcional referida -exclusivamente- a la creación y a las funciones del Ministerio Público. Creemos que esta interpretación jurídica es complementaria y consistente con la disposición contenida en el artículo 11 C.P.P., que ordena: *"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."* Fue el propio legislador quien indicó que las leyes procesales, como son las normas del Código Procesal Penal, son aplicables a los procedimientos ya iniciados y éstos sólo podrían corresponder al procedimiento inquisitivo que regía en forma previa, con los alcances y las limitaciones orgánicas y funcionales a que hemos aludido. En efecto, las normas procesales relativas a la oralidad, al ministerio público, los tribunales de garantía y orales no son posibles de aplicar por el impedimento legal y constitucional descrito, por lo que -entonces- sólo resta entender que dicha aplicación se ha referido sólo a las disposiciones que reconocen derechos y garantías, los que -por lo demás- corresponde señalar también están contenidos casi totalmente en los tratados Internacionales sobre DD.HH y que se encuentran vigentes desde 1989 y son autoejecutables. Este Excmo. Tribunal Constitucional -en fallo de la acción de inaplicabilidad Rol N° 2.991-16-, señaló: *"Que 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.*** *Es así, que*

*del tenor literal de la disposición octava transitoria de la Constitución, se advierte claramente en su inciso primero, que ella impuso una regla sobre la entrada en funcionamiento del Ministerio Público, es decir, del funcionamiento administrativo, más no de los nuevos tribunales de la reforma ni a sus aspectos sustantivos. Asimismo, en su inciso segundo, también se contempla* ***una regla de vigencia de las normas constitucionales y legales relativas al Ministerio Público,*** *la cual debe igualmente comprenderse en el sentido del funcionamiento de éste.* ***Así entendida la disposición constitucional, resulta coherente con el principio de unidad de la Constitución y los principios de razonabilidad y congruencia, pues, 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."* (lo destacado, es propio).

A nuestro entender, lo que ha reconocido esta significativa sentencia de US. Excma. es una interpretación coherente y fundamental. No es razonable, ni justo, que existan ciertas garantías constitucionales que son sólo reconocidas para una mayoría de los habitantes y que, al mismo tiempo, esas mismas garantías constitucionales puedan ser negadas -caprichosa y arbitrariamente- para otras, simplemente por la supervivencia de un cuerpo legal que no fue derogado expresamente por el legislador.

En conclusión, la disposición 8ª transitoria de la C.P.R. no constituye, ni podría constituir, un límite constitucional y/o legal para que este Excmo. Tribunal Constitucional pueda dar una efectiva cautela -mediante la acción de inaplicabilidad- e integre desde diferentes cuerpos normativos vigentes las garantías procesales de un justo y debido proceso, reconociendo la vigencia y el valor de las garantías fundamentales contenidas en diferentes normas y en el denominado nuevo Código Procesal Penal, lo que cumple con la exigencia de que sea el legislador quien determine las normas de procedimiento que se debe ajustar al debido proceso y, por ende,

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

declare inaplicables aquellas normas que impiden u obstruyen el pleno reconocimiento constitucional de las garantías en el proceso.

Esta conclusión es reforzada, como se dijo, por el tenor del artículo 11 del código procesal penal que da lugar a integrar al concepto de debido proceso penal, todo el sistema de garantías que reconoce este texto legal, al sistema inquisitivo y, en esa perspectiva, a la expresión legal del tribunal imparcial como elemento esencial del debido proceso para los juicios del sistema inquisitivo.

Forma precisa de la infracción de estas disposiciones al artículo 19 N° 3 inciso 6° C.P.R.

¿Por qué la aplicación de los artículos 45 N° 2 letra c) en relación con el artículo 561 inc. 2° C.O.T, infringe el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la C.P.R. que protege la igual protección de la ley.

Porque, en este caso, tales disposiciones autorizan a un ministro de Corte de Apelaciones actúe como ministro en visita extraordinaria, para dictar sentencia en esta causa penal siendo el instructor de la investigación y acusador. En paralelo, es conocido que el sistema penal acusatorio que impera para todos desde el 2005 dispone que la **investigación penal** la ejecute un organismo independiente como es el ministerio público, controlado por un Juez de Garantía, y también ordena que el juicio penal con su consecuente fallo sean actos de un Tribunal Oral Penal.

Entonces, este impedimento legal-orgánico de que los juicios inquisitivos sean investigados por un Fiscal Adjunto, no puede constituirse en la razón de la sinrazón que representa ACEPTAR a un juez parcial. La circunstancia de la estructura orgánica judicial no sea aplicable a los casos anteriores a la vigencia del código procesal penal, no autoriza la vulneración de la dignidad de la persona del procesado y de sus derechos fundamentales, como resulta de aceptar legalmente que el juez sea parcial porque el mismo juez que investiga y acusa es el mismo que, finalmente, dicta la sentencia. Ese juez es el inquisidor y es universalmente reconocido y considerado un juez parcial. Incluso, ahora, el legislador considera que es

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

causa de implicancia que el Juez haya intervenido como fiscal o defensor en la causa.

Bajo lo que se denomina "Estado Constitucional de Derecho"[16], las normas constitucionales no son un mero instrumento de organización del poder y de declaración de libertades básicas, sino que son directamente ejecutables y contienen el reconocimiento de garantías positivas o negativas que son exigibles jurisdiccionalmente. En ese contexto, es evidente que no puede permitirse, bajo la excusa de la existencia de simples disposiciones legales vigentes, que el juez investigador sea el mismo juez que dicta la sentencia en una causa. Las garantías del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos impiden, lógicamente, aceptar la validez de tales normas legales.

El derecho procesal penal regula la intervención de los entes estatales para la investigación y sanción de los hechos delictuales, representando la manera de ejercer el Estado la facultad de castigar los delitos. Pero, también es la forma de regular las garantías y derechos del individuo, frente a ese "ius puniendi" del Estado. Con razón, entonces, Claus Roxin[17] ha afirmado que ***"el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado"*** (destacado propio), puesto que la forma en que la ley procesal penal respeta los derechos y garantías del individuo constituirá también la forma real de respetar los derechos declarados con solemnidad en la Constitución Política. El derecho a la igual protección de la ley a las personas es uno de los derechos fundamentales de la Constitución que manifiestamente en la actualidad -consonante con la metáfora de Roxin- evidencia el terremoto que sufre nuestra Constitución Política por la aplicación de las normas del código de procedimiento penal, en especial, respecto del respeto de los derechos fundamentales que -en mi caso y el de otros-, han sido vergonzosamente atropellados. Este control es función legal de US. Excma. cuando se es requerida, lo que acontece en este caso.

---

[16] Andrea Meroi, "Iura Novit Curia y decisión imparcial", en Revista Ius et Praxis, año 2007 N° 2, Edit. Universidad de Talca, año 2007 páginas 379-380

[17] Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 2000 pág. 10

Sin embargo y como lo reconoce expresamente este Excmo. Tribunal Constitucional[18] **la supervivencia del procedimiento regulado en el C. de P.P. debe cumplir con la garantía constitucional relativa al debido proceso,** de manera que debe someterse y ajustarse a esa garantía. Es decir, claramente la 8° disposición transitoria de la Constitución Política del Estado no convalida la constitucionalidad de las normas del C. de P.P. y, éstas pueden ser declaradas inaplicables por infringir la Constitución.

La Constitución le entregó al legislador la función de establecer las normas del debido proceso. Así, resulta que **nuestro legislador** ha realizado -en el último tiempo- **tres actos unívocos, determinantes** y claros en el sentido de establecer -bajo la forma legal- este concepto de "debido proceso":

a) Aprobó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en 1989, que contiene el artículo relativo a las garantías del proceso (art. 14);

b) Aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, en 1991, que contiene igualmente, un artículo denominado "garantías judiciales (art. 8°) y

c) Aprobó la ley N°19.696 del 2000, que establece el denominado Código Procesal Penal.

Por su parte, el poder constituyente modificó, en 1989, el artículo 5° de la Constitución Política de la República, introduciendo el **deber de respeto y promoción** de los derechos que emanan de la naturaleza humana establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, ratificados por Chile.

Entonces, debemos afirmar que todo este sistema normativo procesal ha sido modificado con el objeto de actualizar y respetar los elementos del "debido proceso" que regía antes de estas modificaciones y creemos que hoy resulta racional y lógicamente imposible pretender la aplicación integral del sistema inquisitivo y actuar declarando la vigencia íntegra del código de procedimiento penal, como dos cuerpos legales disociados con el código procesal penal y los elementos que contiene del debido proceso.

[18] Rol N° 1.718-2010 I.N.A.

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

Del mismo modo que la infracción anterior, la aplicación de los artículos 45 N° 2 letra c) en relación con el artículo 561 inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales, para justificar las facultades legales para actuar, conformará también una infracción grave a la garantía establecida en el inc. 6° del art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que expresa: *"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos."*

Todas estas garantías fueron reconocidas para los chilenos, primero, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1989. Después, en 1991, en la Convención Americana de Derechos Humanos, que constituye un Convenio Multilateral internacional aprobado por el Congreso Nacional de Chile el 14 de agosto de 1990 y cuyo decreto promulgatorio fue publicado el 5 de enero de 1991. Finalmente, la necesidad del nuevo código procesal penal nace como consecuencia directa de la existencia de estos tratados internacionales y de establecer en la ley el principio acusatorio.

De esta manera, la garantía constitucional del debido proceso penal se nutre -ineludiblemente- de estas disposiciones normativas y obligatorias, con rango constitucional, que manifiestamente son incompatibles con los artículos 45 N° 2 y por consecuencia necesaria del art. 561 inc. 2° del C.O.T., en cuanto el juez inquisidor, investiga y dicta sentencia, lo que es irreconciliable en el debido proceso y por ello corresponde que se repute como inconstitucional por esta acción de inaplicabilidad.

Según lo ha declarado la propia Excma. Corte Suprema[19] *"El derecho del debido proceso lo constituye* ***un conjunto de garantías*** *que la Constitución Política de la República,* ***los Tratados Internacionales ratificados por Chile*** *en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, que procuran que todos puedan hacer valer*

[19] Rol N° 5.203 – 2009 (c. 10°)

000034
treinta y cuatro

*sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, neutral y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales establecidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo estado pueda avocarse a esa función, y a la* ***forma de posicionarse el juez frente al conflicto****, de suerte que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos o la imposición ..."*

Es así, entonces, que el mensaje del Código Procesal Penal reconociendo esto consignó acerca de sus fuentes normativas: *"Los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto han sido la Constitución Política de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que obligan al país, habiéndose tenido en cuenta especialmente entre estos últimos la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."*

Es claro entonces que el legislador chileno, tal como lo ordena el artículo 19 N° 3 inciso 6° C.P.R., ha aprobado diferentes cuerpos normativos que tienen, a lo menos, fuerza de ley, y cuyos textos establecen el real y verdadero contenido del debido proceso penal.

Así es como el profesor Humberto Nogueira Alcalá[20] menciona: *"Los magistrados deben ser imparciales, lo que implica* ***ser tercero neutral y desinteresado*** *entre partes, permaneciendo ajeno a los intereses de ellas como al mismo objeto litigioso, examinando y resolviendo el conflicto intersubjetivo solamente sometido al ordenamiento jurídico como criterio de juicio."*

[20] El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. 2° edición, 2012. Editorial Librotecnia, pág. 63

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

Este mismo concepto fue recogido y declarado por este Excmo. Tribunal Constitucional[21], al señalar: *"Que el motivo por el cual ya no hay defensores del antiguo sistema penal obedece a la idea de que cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, esta* ***pierde la imparcialidad y la independencia*** *que debe esperarse de quien ejerce la función jurisdiccional, puesto que esta persona ya ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado."* (Destacado es propio).

Normativamente, la imparcialidad del juez es exigida como una garantía del debido proceso penal en diferentes instrumentos, tales como el inciso 1° del artículo 1° C.P.P., que ha pretendido ajustarse a ese estándar, expresando: *"Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una* ***sentencia fundada****, dictada por* ***un tribunal imparcial."*** Nadie, razonablemente, podría sostener que esta norma sólo se debe aplicar sólo y excluyentemente a los casos que regula el nuevo sistema procesal. No tendría, constitucionalmente, una explicación para la dignidad de las personas y la igualdad ante la ley.

El artículo 14 N° 1 el P.I.D.C.P., establece: *"Todas las personas son iguales ante las tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil."*

La C.A.D.H., en su artículo 8° N° 1 consigna: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación formulada contra ella, ...."*.

En relación con esta causa Rol N° 65.559 en el año 2011, la O.N.G. denominada Agrupación de Familiares de Detenidos y

[21] Rol N° 1.341 – 2009- I.N.A. C. 22

Ejecutados Políticos de La Araucanía presentó una querella por la desaparición de Oscar Gutiérrez Gutiérrez ante el Ministro señor Mesa Latorre, en conformidad con el tenor de las normas sobre competencia criminal contenidas en los artículos 45 N° 2 letra c) en relación con el artículo 561 inc.2° del C.O.T., en calidad de ministro en visita extraordinaria quien procedió a instruir el sumario en virtud de la señalada competencia penal. La primera instancia del juicio penal del sistema antiguo comprende, en conformidad con el Libro II del código de procedimiento penal, la denominada primera y segunda parte, que respectivamente corresponden a la etapa del sumario y la del plenario, etapa que contempla la dictación de la sentencia definitiva. Sabemos que sentencia definitiva, de acuerdo con el artículo 158 C.P.C., es aquella que pone fin a la instancia, resolviendo el asunto o cuestión que ha sido objeto del juicio. De esta manera, el Ministro señor Mesa ha conocido de la etapa del sumario y, en mi caso preciso, fue quien dictó el auto de procesamiento y el auto acusatorio y, tal como devienen los hechos, posiblemente, sea quien dicte la sentencia definitiva señalada, a pesar de que se encuentra constitucionalmente impedido por ser un juez que no cumple con el estándar de imparcialidad que exige el debido proceso.

Pero, más allá de la evidencia empírica para explicar y fundar las razones de la ausencia de un juez imparcial en el presente caso, parece pertinente destacar la observación que, en 1894, reconocía el propio legislador chileno quien señalaba en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal respecto del juez inquisidor: *"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."* (destacado es propio).

Estas descripciones del propio legislador son significativas; y aunque aquel legislador, con ingenuidad, confiaba en la recta

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

disposición del juez -como un valor ideal en la sociedad civil de hace 120 años-, hoy ya no es posible ni menos razonable que el justiciable acepte que los derechos constitucionales de las personas puedan ser confiados simplemente a una suerte de presunción de "bohomía" o "rectitud" en los jueces inquisidores al tenor de los derechos de las personas. Hoy día, para el hombre medio resulta innegable que los jueces son personas plenas de defectos y virtudes; sin embargo, prevalecen los defectos atendiendo el grave descrédito que revelan las encuestas de opinión, públicamente conocidas, las que manifiestan categóricamente la desconfianza del ciudadano respecto de la justicia.

Es innegable que en la actualidad todo se centra en considerar que la persona es sujeto de derechos y no objeto en la investigación. Desde la perspectiva doctrinal, el Profesor Raúl Nuñez Ojeda[22], comentando la obra del Marqués de **Beccaria**, reconoce: *"Efectivamente, el sistema inquisitivo, al que llama "sistema ofensivo", se* ***caracteriza por la falta de imparcialidad del adjudicador****, quien se convierte en un abogado del Estado; "el juez se hace enemigo del reo ... No busca la verdad del hecho, busca sólo el delito en el encarcelado ... Le pone lazos y se cree desairado, si no sale con su intento ...".* Es irredargüible que, en la actualidad, nadie puede sostener -racionalmente-, bajo ninguna hipótesis, la imparcialidad de un juez inquisidor. El juzgamiento a través de un juez inquisidor puede ser considerado legal, por la negligencia y desidia del legislador, pero desde la perspectiva de los Derechos Humanos y de la Constitución Política es una atrocidad procesal e infringe cabalmente un derecho fundamental -como la imparcialidad- que es el presupuesto indispensable de la legitimidad de una condena en un estado de derecho.

Abundando en este sentido, el profesor argentino don Marcelo A. Sancinetti[23] señala: *"Más, en mi opinión, también un sistema mixto, incluso con fuertes contenidos inquisitoriales, tiene que reconocer la necesidad de que en algún momento el acusado se halle efectivamente ante*

[22] Beccaria, 250 años después. Vigencia de la Obra "Dei Delitti e delle pene" editado por Fundación Humbolt Kolleg.
[23] La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal. Editorial Ad Hoc, año 2001, pág.21

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

*un tribunal imparcial, que no puede ser nunca aquel que ha tomado a su cargo la formación de la causa. Este se ha cargado de impresiones antes del juicio, y las ha tenido que expresar y fundamentar para toma de decisiones preparatorias."*

Queda asentado, entonces, la doctrina tiene conciencia uniforme en orden a que **el juez inquisidor no puede ser considerado un juez imparcial**, tan solo por el hecho de ser inquisidor. Están contestes en que no se requieren actos individuales que acrediten la parcialidad, puesto que se trata de una convicción subjetiva adoptada en el transcurso de la investigación. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al reconocer que son muy amplios los motivos que justifican la existencia de una imparcialidad subjetiva también impulsa a señalar que es preciso indicar los hechos que justifican la declaración de esa falta de imparcialidad en el juez.

En efecto, debemos considerar el estándar que determina la C.I.D.H., respecto de la imparcialidad, al decir: *"En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho."*[24] *(destacado es propio).* El propio

[24]Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182. Párr.56

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

Sancinetti, en la misma obra, apoyándose en la jurisprudencia del T.E.D.H[25] señala: *"... ha dicho que no es la mera actuación en calidad de juez de instrucción la que produce su exclusión del tribunal de juicio, sino la naturaleza de los actos dictados, si es que los ha dictado; ....., el mero hecho de que un juez haya tomado también decisiones en el caso antes del juicio no puede ser tomado por sí mismo como para justificar temores respecto de su imparcialidad, .... lo que importa es el alcance y la naturaleza de esas decisiones."*.

Las decisiones procesales tales como procesar y acusar son resoluciones de mérito y, por ello, constituyen manifestaciones ciertas de la parcialidad del juez de instrucción.

<u>Circunstancias que acreditan la parcialidad subjetiva del Ministro Mesa.</u>

1° Consta en los autos Rol N° 63.556 que la O.N.G. denominada "Agrupación de Familiares de Detenidos y Ejecutados Políticos de La Araucanía" es parte porque en el citado juicio interpuso una querella criminal en contra de personas indeterminadas y, actualmente, es parte acusadora por el delito de homicidio calificado, en mi contra. El trato especial y privilegiado que dispensa el Ministro don Alvaro Mesa Latorre a esta organización que es querellante en ésta y en otras numerosas causas, ciertamente, afecta y gravemente su imparcialidad, puesto que se reúne solidariamente con sus miembros y dirigentes, sin razón aparente alguna, con ocasión de diligencias sumariales, y les ofrece explicaciones acerca de las investigaciones que él instruye afectando, obviamente, la bilateralidad de las audiencias y generando razonables y justificadas dudas y sospechas acerca de su comportamiento parcial, comportamiento que finalmente se ve expresado y/o reflejado -posteriormente- en las sentencias que dicta.[26]

[25] De Cubber vs. Bélgica, serie A, 86, párrafos 29 y ss.

[26] http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/ /asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/ministro-alvaro-mesa-realizo-diversas-diligencias-por-causas-de-derechos-humanos-en-su-visita-a-la-jurisdiccion-coyhaique?redirect=http%3A%2F%2Fwww.pjud.cl%2Fnoticias-del-poder-judicial%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt_keywords%3D%26_101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt_delta%3D5%26p_r_p_564233524_re

000040
cuarenta

2° Los querellantes, cada cual basado en los antecedentes reunidos por la "Comisión Rettig", denunciaron hechos relativos a la desaparición de Oscar Gutiérrez Gutiérrez que se referían a la intervención de terceras personas civiles en los hechos de su desaparición. Sin embargo, a partir de un interrogatorio ilícito de la P.D.I., realizado en reserva y sin abogado defensor, el señor Carlos Guitar Olhagaray, quien manifiesta notables y notorias alteraciones mentales y con disminución severa de juicio, me atribuyó participación en la muerte de Gutiérrez. La declaración de Guitar ante el juez, también sin la presencia de un abogado ratificó esa misma declaración. Es decir, en concreto, se trata de una imputación singular de un testigo con claras características de demencia.

3° Con el fin de explicar los hechos, presté declaración a fjs. 889. Mi defensor solicitó diversas diligencias, a fjs. 876, entre las cuales pidió la declaración de los oficiales señores Campusano y Carrasco quienes presenciaron las explicaciones y las disculpas de Guitar presentadas personalmente, mientras estábamos en prisión preventiva. Tales testigos, fueron desatendidos por el Juez y no fueron citados por el Tribunal, oportunamente. Ante el reclamo insistente por la omisión en su citación, fueron citados y concurrieron, pero no fueron interrogados sobre el punto solicitado por el Ministro señor Mesa Latorre (fjs.1.154 y 1.155) solicitado e, incluso, ante la expresa petición de ellos para referirse al asunto el propio Juez Mesa les señaló que no era necesario porque *"el asunto lo tenía claro"*. En consecuencia, no quedó registro escrito en el expediente (sabemos que el mundo del proceso es el expediente) y no declararon sobre el punto a pesar de la petición de la defensa. También se solicitó la declaración del abogado don Leonardo Tapia Grandón para que declarara sobre el origen y explicación de la declaración jurada de fs. 917, negando la diligencia por impertinente, a pesar de que Guitar al declarar con US.I. sobre esa

setCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt_cur%3D78%26_101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt_andOperator%3Dtrue Página vista el 14/11/2018 a las 12:00 hrs.

000041
cuarenta y uno

declaración jurada que había entregado previa y voluntariamente negó su sentido original y concordante con la investigación.

4° El tribunal ordenó a fjs. 867 (6 de febrero de 2017) el examen siquiátrico de facultades mentales de mi representado y de Carlos Guitar al tenor de lo prescrito en los arts. 688 y sgtes. C. de P.P. Sin conocer esa resolución, la defensa de Manuel Montero había solicitado -tempranamente- la pericia siquiátrica de Carlos Guitart (fjs.876) porque sus declaraciones contenían errores graves y substanciales de personas, tiempos y circunstancias que demostraban claramente una demencia que influía determinantemente en su credibilidad. El Tribunal sin considerar la privación de libertad fue negligente en el seguimiento respecto del cumplimiento de la diligencia.

5° El resultado de la pericia siquiátrica de Carlos Guitart O. recién se agregó en agosto del 2018 declarando que el imputado manifiesta claramente un **síndrome demencial.** Esta declaración de demencia ha determinado que el Tribunal decretara el sobreseimiento definitivo y parcial a favor de Carlos Guitar Olhegaray. Pero sorpresivamente me ha acusado del homicidio no obstante que el único antecedente de cargo proviene de un demente. Por ello, la decisión de no dictar el sobreseimiento definitivo se convierte en **un indicio fuerte y manifiesto** de la parcialidad objetiva del Ministro considerando que el artículo 424 C.P.P., obliga al inquisidor a acusar, sólo después de que éste no encontrare mérito para sobreseer. Es decir, la ley imperativamente ordena al Juez **un examen previo de los autos** y que, **si hay mérito** para ello **debe sobreseer** y sólo si no hay mérito para sobreseer, se debe acusar. Entonces, ¿qué duda puede caber que acusar, sólo con el mérito de las declaraciones indirectas, erróneas, imprecisas e incohérentes de un demente, es un antecedente muy significativo de un propósito condenatorio del juez Mesa Latorre y, indefectiblemente, lo constituye en un juez parcial?

6° Corresponde llamar la atención hacia un cambio inexplicable pero demostrativo del ánimo interno del Juez que se advierte entre el tenor del procesamiento y el de la acusación. En la primera, al referirse a ciertos militares que, a su entender, intervinieron en los hechos que atribuye al

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

procesar los menciona y, acorde con una convención humanitaria, agrega (Q.E.P.D), expresión que implica un sentimiento de piedad para con un muerto. Sin embargo, al dictar la acusación fiscal y mencionar nuevamente a estas mismas personas ya fallecidas, se preocupa de hacer un cambio exterior consciente puesto que solo dice (actualmente fallecido), situación que manifiestamente muestra la determinación de faltar el respeto al fallecido y los sentimientos de humanidad mostrada antes. Creo que esa pequeña manifestación del ánimo expone un encono y animadversión respecto de quien él cree o supone que tuvieron intervención en el hecho.

Estos hechos constan en la causa que instruye el señalado Ministro y, además, fueron el fundamento de una solicitud presentada a él al contestar la acusación fiscal y que fue negada en base a que no eran hechos que constituyeran una causa legal de implicancia.

Estas circunstancias impulsan a pedir la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición legal de los artículos 45 N° 2 letra c), en relación con el artículo 561 inc. 2°C.O.T., en la parte que designa a un ministro de Corte -como tribunal de primera instancia- en el proceso penal inquisitivo permitiendo que aquel que investiga pueda dictar la sentencia e el juicio, hecho que infringe el debido proceso penal, por lo que es preciso que US. Excma. proceda a declarar inaplicable el artículo 45 N° 2 letra c) C.O.T. , en este juicio, con el fin de que un juez -que no haya sido influenciado en la investigación- conozca la causa y dicte sentencia de primera instancia.

**2) TRIBUNAL IMPARCIAL. INFRACCIÓN POR LOS ARTÍCULOS 113 INC. 1° Y ART. 115 C.P.C.**

El artículo 113 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, expresa: *"Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervenga en un negocio determinado, en los casos y por la causas de implicancia y recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales"*, pero el requerimiento de inaplicabilidad alcanza sólo en la parte que señala *"en los casos y por las causas de implicancias o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales."*

000043
cuarenta y tres

El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil dice: *"La implicancia de un juez que desempeñe tribunal unipersonal se hará valer ante él mismo, expresando la causa legal en que se apoya y los hechos en que se funda, acompañando u ofreciendo presentar las pruebas necesarias y pidiéndole se inhiba del conocimiento del negocio."* Pero el requerimiento de inaplicabilidad se refiere a la expresión que dice: *"causa legal"*.

Estas disposiciones vinculan la garantía constitucional que exige un juez imparcial judicial a la existencia de una causa legal de inhabilidad que esté descrita precisamente como causa prevista por el legislador. El instrumento que la ley interna entrega a las partes para garantizar el principio de la existencia de un tribunal imparcial es el régimen de implicancias y de recusaciones que se contemplan en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, que es un sistema cerrado de causales para declarar la inhabilidad de un juez en oposición al concepto vigente en el derecho internacional de los derechos humanos, vigente en Chile a través del P.I.D.C.P. y la C.I.D.H. desde 1989 y 1991, respetivamente, que abre el debate de la inhabilidad a cualquier razón y/o motivo que afecte el derecho de las personas a ser juzgados por un juez imparcial. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado *"En cambio, la imparcialidad exige que* ***el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.*** *La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan* ***eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.*** *Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión,*

000044
cuarenta y cuatro

*amenaza o intromisión, directa o indirecta sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho."*[27] (destacado es propio).

Esta declaración jurisdiccional de la Corte Interamericana de DD.HH., establece que esta garantía en el debido proceso no permite que existan dudas sobre la imparcialidad, **provengan esas dudas de cualquier hecho que pueda afectar la idoneidad del juez** para resolver el conflicto.

Continúa dicha sentencia declarando: *"Al respecto, el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, **existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona,** impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.*

*"En tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- imparcial.*

[27] Caso Apitz Barbera y otros con Venezuela. Sentencia de 5 de Agosto de 2008, párrafos 56, 63, 64, 65, 66 y 67

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

*En lo referente a la inhibición, la Corte estima que aún cuando está permitida por el derecho interno, no es suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal, puesto que no se ha demostrado que el justiciable tenga algún recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciere. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero sí está demostrado que su legislación (supra párr. 59) y jurisprudencia (supra párr. 61) les impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador sea revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo.*

*Por todo ello, el Tribunal declara que el Estado no garantizó el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención en consonancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma." (destacados es propio).*

Lo que nos dice esta sentencia de la C.I.D.H. es muy claro y directo y debemos considerar la obligatoriedad convencional de esa interpretación. La legislación sobre implicancias y recusaciones en ese caso que se revisó no contenía la garantía suficiente para asegurar un debido y razonable derecho a un juez imparcial.

Es lo exactamente lo que sucede en legislación chilena, en cuanto las causales de implicancia y de recusación constituyen causales cerradas que no garantizan el cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso, por la vía de asegurar un tribunal imparcial. En efecto, las causales legales contenidas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales son las únicas permitidas legalmente y son insuficientes para garantizar el derecho fundamental.

Los hechos relatados que constituyen las circunstancias concretas que, a nuestro juicio, manifiestan la imparcialidad subjetiva y objetiva del Ministro don Alvaro Mesa Latorre no son subsumibles en ninguna de las causales establecidas en los artículo 195 o

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

196 del C.O.T. y de esa manera, al tenor de lo que ordenan los artículos 113 y 115 del Código de Procedimiento Civil aplicable en la especie, en virtud de lo que dispone el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.

Incluso actualmente existe una causal en el artículo 195 C.O.T. que regula el conflicto entre investigador y juez sentenciador. Sin embargo, el tenor de la causal señalada en la ley, tampoco permite alcanzar al juez inquisidor, puesto que se refiere a los fiscales y defensores.

Por esta razón, el concepto de imparcialidad del tribunal abarca o contempla una realidad más amplia y muchas más circunstancias que las exiguas causas legales que se señalan en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Por ende, las disposiciones de los artículos 113 inciso 1° y 115 C.P.C. en cuanto constituyen el instrumento procesal idóneo para cautelar la declaración de inhabilidad de un juez que no sea imparcial, adolece de una limitación fundamental e incurre en una causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al infringir la garantía del debido proceso en la vertiente del derecho a tener un juez imparcial.

**3) DEBIDO PROCESO. INFRACCIÓN POR ARTÍCULO 78 INC. 1° C.P.P.**

El artículo 78 inciso 1° C.P.P. dice: *"Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones legales."*. ¿Por qué esta disposición debe ser declarada inaplicable, en este caso singular? Porque vulnera el artículo 1°, 5°, 8° y 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, al desconocer la dignidad de la persona humana que está expuesta en el juicio penal a una pena y tratarla como un objeto. Porque el artículo 78 inciso 1° no cumple y está en oposición con los derechos humanos establecidos por tratados internacionales y por desconocer el respeto efectivo a los Derechos Humanos del procesado, como se dirá. También al desconocer el principio constitucional de que los actos de los órganos del Estado son, por regla general, públicos y transparentes. Al desconocer que las reglas del debido proceso penal que impone asegurar el derecho a la defensa informada que exige la entrega a las partes el conocimiento de los

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

antecedentes del juicio, salvo las prudenciales necesidades temporales y espaciales que tenga la investigación para asegurar su éxito.

La disposición que instala -como regla general- el secreto del sumario en la investigación penal inquisitiva, vulnera las garantías fundamentales del artículo 19 N° 3 relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la de gozar de la presunción de inocencia que es inherente a la dignidad de la persona humana, consagrado como valor supremo en el artículo 1º de la Constitución Política de Chile, y la del derecho a la defensa dentro de un debido proceso que es parte, también del art. 19 N° 3 inciso 6°, todos de la Constitución Política de la República. Se entiende racional y justo que existen momentos y/o circunstancias excepcionales que justifican la reserva de las actuaciones investigativas, pero acotadas en el tiempo y en su alcance, tal como -por ejemplo- lo expresa el artículo 182 del Código Procesal Penal. El punto que transforma en inconstitucional del art. 78 inciso 1° C.P.P. es el establecimiento legal del secreto y la regulación de la excepción queda entregada a la voluntad del juez investigador.

¿Por qué una investigación penal secreta e indefinida, infringe el artículo 19 N° 3 inciso 6° C.P.E y resulta incompatible con las garantías fundamentales del debido proceso? Tratamos antes acerca de la aplicación de la disposición octava transitoria de la Constitución Política, en especial su inciso 2° que es un reconocimiento o autorización a la coexistencia de dos procedimientos penales. Sin embargo, la unanimidad de la doctrina consiente en que ello tuvo un fundamento esencialmente orgánico porque el nuevo sistema procesal, con el objeto de separar la investigación del juzgamiento penal, creaba el Ministerio Público para conducir las investigaciones penales. La citada norma transitoria se refería, fundamentalmente, al Ministerio Público porque el nuevo proceso penal instaló un sistema judicial que, basado en el principio de la oralidad, separó la investigación criminal del juzgamiento del hecho. Esa circunstancia, justifica la pervivencia de los dos sistemas por la creación los nuevos organismos que exige ciertos aspectos de la reforma procesal pero no

000048
cuarenta y ocho

autoriza, en caso alguno, a vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos. Por eso creemos que hay una trasgresión cierta cuando las diferencias en la aplicación de ambos ordenamientos procesales (que conforman el debido proceso), no se refiere sólo y exclusivamente a la estructura orgánica y se pretende aplicar y asegurar las garantías constitucionales del nuevo proceso penal sólo para un sector de ciudadanos recurriendo al arbitrio de la fecha de ocurrencia del delito, como factor de discriminación. De hecho, es contrario al tenor del artículo 11 C.P.P. De la multiplicidad de garantías constitucionales que establece el nuevo ordenamiento procesal penal hay algunas que se explican directamente por la existencia del Ministerio Público y los Tribunales Orales Penales y de Garantía (sistema Orgánico-Institucional), ya que son jueces diferentes del juez natural en los casos ocurridos antes de la reforma, lo que es un obstáculo insalvable. Pero la gran mayoría de los otros derechos son aplicables en ambos sistemas procesales y no sólo porque nuestra Constitución Política lo ampara, sino que –además- porque lo establecen e imponen en carácter obligatorio los tratados internacionales que Chile ha aceptado incorporar como derecho interno.

Es un deber legal, de justicia y de una cultura de respeto a los Derechos Humanos, velar para que el juzgamiento de los casos del sistema antiguo se desarrolle con apego a los Derechos Humanos. Chile legisló el nuevo sistema procesal penal como un corolario necesario del reconocimiento expreso de la necesidad de justicia, en orden a incorporar en el derecho interno chileno el sistema oral. El mensaje del Código Procesal Penal al referirse a sus fuentes, declara: *"Los documentos que otorgan los parámetros básicos usados para el diseño del proyecto han sido la Constitución Política de la República y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que obligan al país ....."*. En suma, el nuevo ordenamiento procesal penal, se ajusta tanto a las normas constitucionales como a los Tratados Internacionales, suscritos por Chile.

Así, en el artículo 8° N° 2 letras b) y f) y N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el epígrafe "derechos

000049
cuarenta y nueve

Judiciales" se establecen derechos mínimos que fueron la fuente de las garantías que contempla el Código Procesal Penal del 2000, en los artículos 91 letras a), e) y g), del artículo 182 inciso 2° y que resultan obviamente aplicables al procedimiento inquisitivo, por cumplimiento de la C.A.D.H., por el P.I.D.C.P. y por el artículo 11 del Código Procesal Penal.

En concreto, el N° 5 del artículo 8° mencionado establece expresamente que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Es exactamente antagónico al artículo 78 inciso 1° que establece el secreto como regla.

No aplicar estas garantías constitucionales, ninguna de las cuales afecta los aspectos orgánicos-institucionales de la reforma procesal, significa un trato jurídicamente desigual entre chilenos sujetos a juicio que carece de justificación racional y legal. En este contexto, no dar a conocer el contenido de los antecedentes de la investigación -en forma previa- a prestar declaración, vulnera la igual protección ante la ley a través de un desconocimiento voluntario y consciente del derecho a la defensa y establece una diferencia, que teniendo una fuente legal, discrimina arbitrariamente entre el procedimiento antiguo y el nuevo proceso penal. Aplicar el artículo 79 inciso 1° C.P.P. conforma una grave vulneración porque no hay razón constitucional para que un proceso conforme al sistema antiguo tenga una investigación secreta y conforme al sistema nuevo -que se funda en las normas internacionales aceptadas por Chile- sea público desde el inicio y sólo excepcionalmente reservada a ciertas partes de su contenido y por tiempo acotado. La diferencia origina la afectación del derecho a la igualdad ante la ley por una infracción caprichosa e irracional.

Sostenemos que se infringe la garantía de la presunción de inocencia, del debido proceso y el derecho a la defensa, protegidos en nuestra Constitución en los artículos 1° y 19 N°3 inciso 6º de la C.P.R. (cómo sostiene el profesor don Enrique Evans de la Cuadra), o en el art. 19 Nº 3º inciso 2º (cómo afirma don Alejandro Silva Bascuñán), o en el art. 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República (cómo estiman los autores don José Luis Cea Egaña y don Humberto Noguera Alcalá), y en los

Convenios Internacionales suscritos por nuestro país (en virtud de la aplicación concreta del artículo 5 inciso 2º C.P.E.).

Para este efecto, no es necesario adoptar una u otra postura doctrinaria. Lo relevante -en el caso concreto- es que unas y otras reconocen el derecho a la igualdad, la vigencia de la presunción de inocencia, y el derecho a defensa en un debido proceso, como principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. El secreto del sumario en la investigación penal, vulnera las garantías fundamentales del artículo 19 N° 2 relativo a la igualdad ante la ley, la del art. 19 N° 3 relativa a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la de presunción de inocencia que es inherente a la dignidad de la persona humana, consagrado como valor supremo en el artículo 1º de la Constitución Política de Chile, y la del derecho a la defensa dentro de un debido proceso que es parte, también del art. 19 N° 3 todos de la Constitución Política de la República.

En efecto, declara este Excmo. Tribunal Constitucional en fallo reciente[28]: "*Cuyo es el caso, donde el cuestionado artículo 78 se ha revelado contrario al artículo 19 N° 3 inciso sexto, de la Constitución, habida cuenta que al negársele -sin mas- la plena cognoscibilidad de los antecedentes que puedan comprometer al declarante, respecto de hechos, que habrían sucedido en 1973 e invocando dicha norma procesal, se priva a éste de una parte sustancial del derecho a defensa que le asiste en el contexto de una previa investigación justa y racional.*

*"Quinto: Que, es así, 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 1448 considerando 40°) y -para lo que interesa en este caso- el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N 1718 considerando 10°).*

[28] STC Rol N° 3.681 – 2017 I.N.A.

000051
cincuenta y uno

*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 12°. 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 11°, 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 las defensiones que tendrían contra los testigos."*

Por consiguiente, el señalado artículo 78 inciso 1° C.P.P. fue considerado inaplicable por inconstitucionalidad -en la causa indicada- porque infringe el debido proceso vulnerando directa y gravemente el derecho a la defensa; y también, porque ese secreto de carácter general amenaza la publicidad de los actos de la administración de justicia y/o los actos funcionarios. Cabe acotar que la disidencia minoritaria incurre en graves errores por la información que indica.

Este Excmo. Tribunal en concordancia con el fallo anteriormente indicado se pronunció sobre las palabras "y secretamente" contenidas en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal y lo declaró, por mayoría, inaplicable por inconstitucionalidad[29]. En dicha sentencia se dice: *"De su simple lectura aparece, pues, que el precepto copiado puede ser constitucionalmente impugnado cuando la realización "secreta" de una diligencia sumarial amaga dejar afectado en una posición procesalmente*

[29] STC Rol N° 4.390 – 2018 I.N.A.

000052
cincuenta y dos

*desmedrada, lo que **no se sanea por dársele a posteriori conocimiento del expediente.**"* (destacado es propio).

En el presente caso, consta que se me notificó el procesamiento por homicidio calificado de Oscar Gutiérrez Gutiérrez, hecho acaecido en Angol en Diciembre de 1973, o sea, a 45 años del hecho, sometiéndome a prisión preventiva el 11 de enero del 2017. Mi defensa solicitó inmediatamente el conocimiento del sumario, conforme al artículo 78 y ss del C.P.P., como consta a fjs. 804 y que el Ministro lo negó a fjs. 805 de autos. Cabe señalar que esta solicitud fue nuevamente reiterada semanas después -a fjs. 864- y nuevamente negada a fjs. 865 de autos. Esta conducta judicial no es nueva y es parte de la forma sistemática de subyugación del procesado en el sistema inquisitivo, privándolo de sus derechos humanos, en aras de la búsqueda de la verdad. El procesado enfrenta con miedo y sumisión al inquisidor porque su mero capricho implica su libertad. Desconoce los procedimientos y muchas veces firma sin siquiera leer lo que consigna el papel. Mi caso, es una muestra. El Tribunal consignó en mi comparecencia a fjs. 889, del 16 de febrero del 2017: "**Que he leído el expediente con detención** y quiero hacer algunas aclaraciones.", (destacado es propio), hecho que consignado por el Tribunal, es manifiestamente falso por cuanto -como consta- yo CARECÍA DEL CONOCIMIENTO DEL SUMARIO. En efecto, a fjs. 918 mi abogado defensor reiteró, por tercera vez, la solicitud para tener conocimiento del sumario y, nuevamente, fue negado a fjs. 919; por -cuarta vez- fue pedido a fjs. 925 y negado a fjs. 926. Solicitado a fjs. 964 y negado a fjs 965; a fjs. 972 y negado a fjs. 973 y, finalmente, solicitado el conocimiento del sumario a fjs. 994 lo que fue otorgado por el Ministro, a fjs. 996 del expediente. La vulneración al derecho de la defensa es manifiesta asilado en esta vetusta disposición que no pertenece al debido proceso vigente. En calidad de imputado antes de declarar la primera vez ante la PDI, debí tener acceso a toda la investigación criminal practicada por el Ministro en visita y que, por el contrario, el juez en abuso del modelo de investigación inquisitiva, que no respeta las garantías del debido proceso, como se ha dicho, obligó a prestar declaraciones sin que previamente diera conocimiento

000053
cincuenta y tres

de todo lo obrado en la investigación de hechos ocurridos hace más de 46 años. La C.I.D.H[30] ha dicho: *"Para ello, el Tribunal tomará en cuenta que una de las principales características que debe reunir el proceso penal durante la sustanciación es su carácter de público. El derecho a un proceso público se encuentra protegido por diversos instrumentos internacionales como elemento esencial de las garantías judiciales. En la Convención Americana el artículo 8.5 establece que 'el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia'.* Más adelante continúa, *"La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad en las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros."*

Al declarar este Excmo. Tribunal que este artículo no se debe aplicar -en el presente caso- porque es inconstitucional, debe dotar a esa decisión de contenido y representar que el uso judicial de una norma legal que aunque esté formalmente vigente, trasgrede las garantías constitucionales no puede producir efectos de ninguna forma para la obtención de una sentencia.

**4) DEBIDO PROCESO. INFRACCIÓN POR ARTÍCULO 205 C.P.P.**

El artículo 205 del Código de Procedimiento Penal expresa: *"Salvo los casos exceptuados por la ley, los testigos serán examinados separada y secretamente por el Juez en presencia del Secretario."*

Esta infracción al debido proceso y, por ende, al artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, es causada por el establecimiento y aplicación de la locución "y secretamente" que es la que expresión que vulnera la garantía constitucional del debido

[30] Caso Palamara vs. Chile, Sentencia de 22 de Noviembre de 2005, párr.166 y 168

proceso porque afecta, naturalmente, el principio de publicidad -para las partes- del proceso penal, con un régimen de excepciones limitadas en el tiempo y alcance.

Tal como se ha venido iterando, a lo largo de esta acción de inaplicabilidad el legislador ha entregado los elementos de un procedimiento y una investigación racional y justos que conforma "el debido proceso" en Chile, a través de distintos cuerpos normativos obligatorios, tales como el propio Código de Procedimiento Penal, el Código Procesal Penal, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También se ha señalado que la incompatibilidad de las normas del procedimiento penal inquisitivo, sólo se oponen con las normas del Código Procesal Penal en el ámbito de la estructura orgánica que implica la implementación de la oralidad y la inmediación, pero que -en ningún caso- podría alcanzar a las garantías que resultan compatibles con el sistema inquisitivo y con el acusatorio.

La disposición en cuestión al plantear que el Tribunal examinará a los testigos de manera secreta infringe el debido proceso en cuanto impide el control de legalidad del interrogatorio y de las posibilidades de reunir información que interesa a las partes en el proceso, tanto para quien ha ejercido una acción penal, como a la defensa de los inculpados. A modo de ejemplo de este control que se relaciona con la garantía del debido proceso está la norma del artículo 208 que impone la obligación de que el testigo que no es de referencia narre sin interrupción los hechos sobre los cuales declara, y solamente se le exigirá las explicaciones complementarias que sirva para desvanecer la obscuridad o contradicción de algunos conceptos y, por su parte, el artículo 213 prohíbe expresamente hacer al testigo preguntas capciosas, sugestivas, emplear coacción, promesas, engaños para inducirlo a declarar en determinado sentido. ¿Quién controla esta prohibición del legislador? Al prestar una declaración **en secreto** frente al juez y el secretario ¿quién cumple el rol de abogado defensor y por lo tanto la acción de control de esta prohibición legal o quién controla el cumplimiento

000055
cincuenta y cinco

de las formas del interrogatorio? Nadie lo hace porque la ley señala que esta declaración es tomada secretamente.

En nuestro actual sistema democrático, el juez es un funcionario público que, desde luego, tiene derecho al honor objetivo y subjetivo, pero como juez y como persona, tal como antes se mencionó, no está eximido, a priori, ni de errores ni vicios y es por las severas críticas recibidas de la comunidad que el Poder Judicial ha evolucionado a una política moderna de "puertas abiertas" al escrutinio público[31]. Esta disposición requerida de inaplicable es parte de ese pasado histórico del siglo XIX que se consigna en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, cuando dice: *"....,en que un juez **honrado** trabajará por no dejarse llevar de meras impresiones ....."*. Este estereotipo de juez -actualmente- no es el modelo que la sociedad reconoce en los jueces y, por ende, el justiciable no entiende que el cargo de juez venga con las virtudes incorporadas al cargo. El justiciable requiere y exige de la transparencia en la función pública.

Hicimos mención antes acerca de que la mayoría de este Tribunal Constitucional declaró en los autos Rol N° 4.390 – 2018 I.N.A. que la expresión ***"y secretamente"*** del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal era inaplicable por adolecer de inconstitucionalidad al trasgredir el artículo 19 N° 3 inciso sexto relativo al debido proceso y, en especial, en cuanto dice[32]: *"Atinente al tema que nos ocupa, el Tribunal Constitucional ha sostenido con rotundidad que, entre los presupuestos mínimos que permiten connotar la existencia de un proceso justo y racional, naturalmente se encuentran la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448 considerando 40°) y el derecho a buscar las fuentes de prueba y poder intervenir en la formación de ellas (STC Rol N° 1718 considerando 10°). Exactamente, en STC roles N° 2492 (considerando 20°) y 2902*

[31] Libertad y Desarrollo Serie Informe Justicia, denominado "Poder Judicial de Chile. Percepción de Corrupción y de Deficiencias Estructurales", de Francisco J. Leturia I y Cristóbal Caviedes P., de Marzo del 2012, página 9 que señala "La percepción que existe en la ciudadanía sobre el Poder Judicial es parejamente negativa. Si bien es razonable plantear que buena parte de esta evaluación obedece a problemas de mal funcionamiento (asociado muchas veces a falta de recursos), también han existido situaciones y prácticas que han llevado al Poder Judicial, como un bloque, a ser percibido como una de las instituciones menos confiables del país."
[32] STC Rol N° 4390 – 2018 – INA considerandos 6° y 7°

000056
cincuenta y seis

*(considerando 23°) se objetó la constitucionalidad del Código de Justicia Militar, a pesar de que éste se encuentra expresamente reconocido por la propia Carta Fundamental (artículo 83, inciso final), toda vez que remite la investigación de los ilícitos que se cometan dentro de su ámbito de aplicación a un sumario secreto. ..... SÉPTIMO: Que no requiere más razones la aserción de que los procesos judiciales han de ventilarse públicamente, por regla general, de modo que el secreto quede reservado para casos calificados o situaciones de excepción. Baste para confirmar irrefutablemente este principio el artículo 9° del Código orgánico, al decir que los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones establecidas por la ley."*

En la misma forma que señalamos, a propósito de la afectación del principio del juez imparcial como elemento del debido proceso, eventualmente al permitirse -en la actualidad- el secreto en el interrogatorio de un testigo aparte de que -arbitrariamente- se le reconoce -sin razón- una cualidad injustificada, relativa a la honradez y/o honestidad, en relación al estándar de las personas, se deja al justiciable entregado a una situación arbitraria porque no existe el modo de ejercer el control de legalidad de su actuación funcionaria. En efecto, el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal establece una prohibición legal al señalar que *"No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, promesa, engaño ni artificio alguno para obligarlo o inducirlo a declarar en determinado sentido."* Pero, en un procedimiento secreto, ¿quién controla el real cumplimiento de la ley en el interrogatorio del testigo? Sin duda, el juez inquisidor no es un garante de lo que ocurre en la sala de interrogaciones. El único que cumple o, puede cumplir razonablemente, ese rol, es el abogado de la defensa.

De esta forma, la autorización legal para una actuación secreta al margen y sin participación de la defensa del imputado, que contempla el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, a través de la expresión "y secretamente" constituye una flagrante violación a la garantía del debido proceso que contempla el artículo 19 N° 3 inciso sexto C.P.E. y, ciertamente, al principio general de publicidad del proceso penal, salvo las

excepciones racionales que justifican esa excepcionalidad. También vulnera directamente el artículo 8 N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligatoria de respetar directamente y, además, como norma que construye el debido proceso constitucional.

5) **DEBIDO PROCESO. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 456 BIS, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487 y 488 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de estos treinta y tres artículos se entiende y justifica, en la denominación del Título IV del Libro II que se denomina "De la prueba y de la manera de apreciarla". Precisamente, lo que se impugna como inconstitucional y que vulnera, por ende, la Constitución es la pervivencia formal -injusta e ilícita- de una valoración de la prueba denominada "legal tasada" que es el vehículo para la irracionalidad y las más graves vulneraciones al debido proceso legal y al derecho a la defensa. En opinión de Reynaldo Bustamante Alarcón[33] *"el proceso -o el procedimiento-, para ser justo, no puede ser conducido en términos estrictamente formales, mecánicos, o conforme a un ritualismo caprichoso, que deje de lado las particulares cuestiones del caso concreto o privilegie las formas por encima de los temas de sustancia, a no ser, en este último caso, que las formas sean razonables y que con su cumplimiento se busque cautelar un derecho o evitar que se produzca un agravio."* Más adelante, el autor referido nos dice: *"Ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con*

[33] El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Ara Editores 2015, 2° Edición pág. 42

*la finalidad de asegurar una correcta solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica."*

Así es que el artículo 456 bis C. de P.P. contiene un estándar de convicción subjetiva, en base a pruebas logradas formalmente y sin control del imputado. Las normas impugnadas aplican un sistema de valoración personal por parte del juez de la prueba, denominada "valoración tasada", la cual permite el cumplimiento formal de requisitos que, en definitiva, vulneran la coherencia y la racionalidad de la prueba, la cual no se explica en la sentencia.

¿Cómo vulneran estas disposiciones el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución? Existe consenso doctrinario que el debido proceso exige -de manera real y no sólo formal- en la sentencia que dicta el juez una exposición razonada y motivada de su pensamiento que le forma su convicción.

El contenido de la sentencia penal en la práctica inquisitorial refleja siempre la mera expresión de un contenido nominal de elementos de la prueba producida y la declaración estereotipada de que esos elementos constituyen "presunciones judiciales" suficientes para establecer un determinado hecho punible y la participación, sin hacerse cargo de sopesar y considerar toda la prueba producida en el proceso, incluso aquella que -con razón y coherencia- desvirtúa la anterior. A modo de ejemplo, tenemos el artículo 485 del C. de Procedimiento Penal que define el concepto de presunción en el juicio criminal y señala que es *"la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración del un delito ...."*. Es meridianamente objetivo indicar que la presunción es un mecanismo intangible e intelectual que realiza el juez para acreditar un hecho ignorado y que requiere previamente de "hechos conocidos" o, mejor dicho, de otros hechos probados lo que concuerda con el N° 1 del artículo 488 del mismo código. Sin embargo, al mismo tiempo conforme a la valoración de la prueba legal tasada el artículo 464 C. de Procedimiento Penal indica que la declaración del testigo que no reúne requisitos del artículo 459 o los de oídas pueden constituir

000059
cincuenta y nueve

presunciones judiciales, confundiendo irredimiblemente la forma de probar con el elemento de la prueba. (¿cómo un acto intelectual será lo mismo que un elemento de prueba material?). Esta circunstancia permite que los inquisidores, como consta en la sentencia que se acompaña, mencionen un cúmulo de declaraciones de testigos de estas características, pero sin entregar ninguna explicación racional que demuestre el hecho presumido para declarar autárquica y directamente que tales elementos de prueba constituyen presunciones judiciales (acto intelectual derivativo) les permiten tener por establecidos determinados hechos cuya existencia no se explica en que forma llegan a ser establecidos.

Por esta circunstancia es que esta acción pretende que US. Excma. disponga que, en este caso, por ser inconstitucional la valoración de la prueba que disponen los artículos requeridos, no se apliquen las reglas de valoración de la prueba legal tasada que establece el Código de Procedimiento Penal.

El Excmo. Tribunal Constitucional ha declarado, a través de distintas sentencias, que las garantías procesales establecidas en el Código Procesal Penal, por aplicación de diferentes disposiciones, entre otras el artículo 11 del citado ordenamiento, son aplicables al sistema inquisitorial que rige los hechos anteriores al año 2000 y ciertamente tal interpretación es la consecuencia de entender que la garantía constitucional del debido proceso constituye un concepto que abarca por igual a todos los procedimientos y/o procesos existentes en nuestra legislación.

Este debido proceso constitucional, que es de responsabilidad del legislador, se nutre de diferentes fuentes y su integración complementaria permite concebir y definir los contornos y contenido del debido proceso. Estas fuentes son el código de procedimiento penal, el código procesal penal, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de acuerdo a lo que imperativamente dispone el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política del Estado.

UGALDE, CIFUENTES & MONTERO
UCM ABOGADOS
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

En ese contexto relativo al contenido de un debido proceso, ¿qué sistema de valoración de la prueba establecido por el legislador es el que satisface el estándar necesario para cumplir con la garantía fundamental que consagra el artículo 19 N° 3 inciso 6° C.P.E.?

La respuesta a esta interrogante debemos encontrarla en la manera en que el derecho chileno viene resolviendo este asunto -desde hace ya tiempo- en los diferentes procedimientos legales y que son posibles de advertir. Actualmente, en la abrumadora mayoría de procedimientos legales se contempla la apreciación de la prueba y de los antecedentes, conforma al estándar de la sana crítica. Así, tenemos los siguientes cuerpos legales:

a) Artículo 14 de la Ley N° 18.287 sobre Procedimientos ante los Tribunales de Policía Local.
b) Artículo 165 N° 4 del Código Tributario.
c) Artículo 172 quinquies inciso 3° del Código de Aguas.
d) Artículo 456 del Código del Trabajo.
e) Artículo 32 de la Ley N° 19.968 que crea Tribunales de Familia.
f) Artículo 35 de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales.
g) Artículo 17 G de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de la Libre Competencia.
h) Artículo 297 del Código Procesal Penal, del 2000.

Todas estas normas dan cuenta de que, en la época actual, el estándar que se debe aplicar a un proceso está relacionado con la admisión libre de la prueba y la valoración conforme a la sana crítica que busca la verdad material y determina una convicción objetiva en el juzgador y que tiene los elementos necesarios para controlar o enjuiciar los mecanismos intelectuales usados para establecer los hechos.[34]

Sin embargo, es preciso llamar especialmente la atención de US. Excma. sobre el hecho de que, en el derecho procesal penal

[34] Reglas de Mallorca. Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal (1992), en que su artículo trigésimo tercero, señala: "Los jueces valorarán libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicara el principio "in dubio pro reo"

chileno, desde hace más de 60 años el legislador sustituyó el estándar de la prueba reglada a una prueba en conciencia para los delitos de robo y hurto, mediante la dictación del artículo 59 de la Ley N° 11.625, de 1954, sobre Estados Antisociales. De manera, que fue el propio legislador quien efectuó cambios a la valoración de la prueba del código de procedimiento penal en un momento de necesidad social, tal como, el mismo legislador lo ha hecho -en el año 2000- al adecuar la ley a los Tratados Internacionales en que se ha reconocido esta garantía procesal como parte esencial del debido proceso y del derecho a un juicio justo.

En efecto, sabemos que el citado código procesal penal nace a la vida jurídica en Chile como la respuesta legislativa de adecuación de la legislación procesal penal a los requerimientos del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, es ineludible la aplicación y el reconocimiento de las normas internacionales de derechos humanos al entendimiento de las instituciones procesales penales.

En todos los casos sobre derechos humanos los ministros visitadores, tal como el caso que funda la presente acción, se han aplicado cada una de las disposiciones recurridas de inaplicabilidad en este libelo, originando sentencias inicuas que vulneran el debido proceso por aplicar reglas legales que, en la práctica, alteran o permiten alterar la verdad material y la convicción objetiva del juez.

En el presente caso, aún no se ha dictado la sentencia definitiva por lo que actualmente no hay hechos objetivos que permitan demostrar a US. Excma. una infracción al debido proceso por la senda de aplicar las reglas legales de la prueba reunida y susceptible de considerar que -formalmente- pueden concurrir en el proceso, pero sin tener el mérito que el juez le asigne o porque, por ejemplo, contradice pruebas agregadas legalmente al proceso, pero que no son consideradas o más bien son ignoradas por el juez.

De esta manera, las disposiciones legales señaladas constituyen el mecanismo para la aplicación de una prueba legal tasada que es claramente atentatoria de la garantía del debido proceso y a poder lograr

000062
sesenta y dos

una sentencia justa, en oposición a la aplicación de las reglas de la sana crítica como método de establecimiento de los hechos y de consideración de toda la prueba producida.

## II.- INFRACCION AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO 8° C.P.E.

El inciso 8° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, consigna: *"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado."* . Esta garantía cautela la irretroactividad de la ley penal.

Para los efectos de esta acción constitucional importa establecer como hecho esencial si, en nuestro país, en 1973, existía un tipo penal sancionado legalmente por el poder legislativo que castigara el denominado delito de lesa humanidad. Y el examen de nuestra legislación establece que no sólo **no existía ese tipo penal en la legislación chilena**, sino que tampoco existía en la legislación internacional.

Actualmente se aprecia en las sentencias que ha dictado la actual corriente política que domina en el poder judicial numerosas sentencias, como las que se referirán ejemplarmente, que aplican el delito de lesa humanidad que tipifica el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998 y que, en Chile, fue promulgado como Tratado Internacional en el año 2009.

¿Existe una vulneración a la garantía constitucional de irretroactividad? La circunstancia de que actualmente -en el año 2019- se aplique a los hechos que se investigan y que revisten caracteres de delitos, ocurridos en el año 1973, la legislación internacional que Chile sólo ha sancionado legalmente en el año 2009 es, a nuestro juicio, una indiscutible trasgresión, y por lo demás gravísima, del principio de irretroactividad de la ley penal, que es la causa jurídica del castigo penal material y efectivo de numerosas personas que han sido juzgadas y que, en mi caso, seguramente es una amenaza a mi libertad personal en el presente caso.

¿En qué forma se vulnera la garantía constitucional de irretroactividad de la ley penal? Aunque, en mi caso, esta vulneración a la Constitución aún no se produce materialmente, se advierte que es segura su aplicación y que se producirá en la sentencia por cuanto, después del cierre del sumario, el Ministro instructor no dictó sobreseimiento definitivo por la causa. La infracción a esta garantía constitucional, en el presente caso, es posible anticiparla desde dos vertientes distintas. La primera, por la decisión política de los jueces de aplicar doctrinas y/o recurrir a interpretaciones que aplican normas internacionales que tienen la finalidad de castigar penalmente determinados hechos ocurridos en la dictadura militar y que tienen por objeto, básicamente, la no aplicación de una ley vigente, como es el D.L. N° 2.191, de 1978, y, por otra parte, en no aplicar la prescripción de la acción penal establecida en el artículo 93 N° 6 del Código Penal. La segunda manera de vulnerar esta garantía constitucional se realiza mediante la calificación de los hechos del caso como delito de lesa humanidad que es una conducta penal -recientemente legislada en Chile- y que internacionalmente no estaba descrita en la forma que ahora es aplicada por los tribunales de justicia, en el momento de la ocurrencia de los hechos materia de esta investigación, con el propósito de aplicar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los delitos de Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

Primera forma

Preliminarmente, corresponde subrayar que, desde hace un tiempo, se observa una política de Estado, a través del Poder Judicial, determinada a castigar penalmente los hechos de violencia ocurridos en la dictadura militar.[35] Para este propósito, los jueces han creado diversas y

[35] Oficio 33-2015 de a Excma. Corte Suprema. "..... Es el caso del término de la Segunda Guerra Mundial, en que los Tribunales de Nuremberg no contaban con legislación que contemplara delitos tan atroces como los que en los países ocupados se habían cometido. Lo mismo ocurrió en Chile, **en que la legislación sustantiva no contiene delitos adecuados a esa realidad**, pero por sobre todo, **en lo procesal, las instituciones tradicionales inhiben o impiden la investigación, como lo son, por ejemplo, la prescripción, la territorialidad y la retroactividad de la ley penal**, como así también las disposiciones sobre amnistía, normalmente ad hoc. Bien sabemos que sólo fue posible el procesamiento y la sanción –

000064
sesenta y cuatro

evolutivas teorías jurídicas (v.gr. ficciones jurídicas, como el secuestro calificado) que buscan satisfacer pretensiones de una eventual justicia material, pero con trasgresión manifiesta del ordenamiento legal y constitucional.

En ese contexto, uno de los medios empleados es recurrir a algunas normas internacionales determinadas que buscan justificar la omisión de aplicar por parte de los Tribunales de Justicia chilenos, de lo que dispone el artículo 93 N° 6 del Código Penal que establece como causa de la extinción de la responsabilidad penal la prescripción de la acción penal respecto de los casos denominados de "Derechos Humanos". A su turno, el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal contempla como una causal de sobreseimiento definitivo la circunstancia de que la acción se encuentre prescrita, cuyo es el caso, lo que significa, obviamente, la obligación legal del juez de no imponer pena alguna al imputado por los hechos prescritos.

Es decir, en este caso, los hechos investigados ocurren en diciembre de 1973, lo que determina que, legalmente, los hechos no deben ser castigados porque se encuentran prescritos y el Tribunal debió dictar el sobreseimiento definitivo, lo cual no realizó en su oportunidad. De esta manera, aplicar un castigo penal representa la hipótesis que previene el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política, esto es, aplicar otra pena que la que corresponde conforme a la ley.

Tal como lo reconoce la Excma. Corte Suprema, en el Oficio 33-2015 se ha recurrido al artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política para el efecto de aplicar ex post Tratados Internacionales que no estaban vigentes, o recurrir a la figura del ius cogens internacional para

---

**con lo que salvamos en parte nuestra responsabilidad histórica** como depositarios de la jurisdicción- al introducir en nuestras decisiones, **por la vía del artículo 5° de la Constitución Política de la República, los conceptos de delito de lesa humanidad, *ius cogens* y otros**, que tratan de distintas manera aquellas clásicas instituciones jurídicas." (destacado es propio)

000065
sesenta y cinco

infringir el principio de irretroactividad que cautela, en carácter de garantía constitucional, las conductas penales.

En ese ámbito que ha desarrollado el Poder Judicial de infracción a la Constitución, con fines de justicia material y, concretamente, el Ministro señor Alvaro Mesa Latorre, aplican en los casos denominados de Derechos Humanos, la denominada "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad", de 1968, cuyo artículo I señala:

*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:*

*a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;*

*b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación ....".*

Chile, al enfrentar la decisión política respecto de esta convención multilateral internacional, soberanamente, decidió no suscribirla y, por ende, **no puede considerarse como un tratado internacional** al cual Chile deba adherir y cumplir sus disposiciones que carecen de voluntad soberana. Pero esa fuerza soberana del poder político, hoy, es vulnerada por los tribunales de justicia. En efecto, a pesar de la decisión política de Chile en orden a no adherir a la convención, los tribunales -conscientes de que este hecho afecta la vigencia y la validez del Convenio indicado en Chile- han recurrido a darle aplicación a su contenido como una **"norma obligatoria de derecho internacional"**, acudiendo para ello a lo que dispone el artículo 53 de

la Convención sobre el derecho de los tratados, suscrita en Viena, en 1969, y promulgada en Chile, mediante D.S. N° 381 de 5 de mayo de 1981, y la utilizan en los casos de Derechos Humanos para no aplicar ni la prescripción de la acción penal, ni la amnistía, **olvidando que dicha norma está instituida respecto de TRATADOS y que establece la nulidad de los tratados** que sean opuestos a las normas imperativas de derecho internacional general.

Cabe señalar que el propio convenio sobre imprescriptibilidad, en su preámbulo, afirma "Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, **por medio de la presente Convención**, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal." (destacado es propio). Cabe concluir que Chile, al no aceptar suscribir la convención, **tampoco ha aceptado la naturaleza de principio internacional de la imprescriptibilidad de tales crímenes.**

De esta manera, los Tribunales aplican como una norma obligatoria de derecho internacional, que no representa ni expresa la voluntad soberana de Chile, el denominado principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Tal aplicación infringe -sin duda- el artículo 19 N° 3 inciso 8° por cuanto al no declarar la prescripción de la acción penal del delito de homicidio calificado por haber transcurrido los plazos que establece la ley y, por ende, dictar -de oficio- la prescripción y el correspondiente sobreseimiento definitivo, la presente causa sigue su curso a la dictación de la sentencia definitiva y a las demás instancias posteriores y se dictará, posiblemente, una condena aplicando una pena restrictiva de libertad y sus accesorias, en circunstancias que por la prescripción no corresponde aplicar pena alguna.

Segunda forma.

En complemento de la primera forma los hechos que no deben prescribir deben constituir crímenes de lesa humanidad. El nomen juris de este delito tiene una larga historia que data de fines del siglo XIX. Sin embargo, a lo que interesa ahora el concepto y los elementos del delito han tenido, históricamente, un desarrollo que ha demorado y que sólo

encuentra su forma actual en la creación del Tribunal Internacional Penal en el Tratado de Roma, que Chile suscribió en el año 2008.

Esta ha sido la otra manera de vulnerar el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la C.P.E. y constituye la eventual y presumible aplicación, al caso, de una ley penal que no estaba vigente al momento de ocurrir los hechos o como dice el texto constitucional que la norma debe estar vigente antes de la perpetración del delito.

El delito de lesa humanidad que refiere la Convención sobre la imprescriptibilidad se vincula con el delito establecido en el artículo sexto del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que exige una conexión con el crimen de guerra.

En la especie, los Tribunales -para alcanzar sus propósitos sancionadores- califican los hechos investigados como delitos de lesa humanidad, cuya tipificación se encuentra establecida en la ley chilena de dos modos: a) El Tratado de Roma para el Tribunal Internacional Penal, ratificado por Chile, en el año 2009 y b) En la Ley N° 20.357, de 2009. Aplicar los conceptos contenidos en estos cuerpos legales a los hechos ocurridos en 1973 es manifiestamente otorgarle un efecto retroactivo a la ley a pesar de que se encuentra expresamente prohibido.

No obstante, se establece sin dudas y claramente porque la calificación de la conducta se estructura con la tipificación del delito que está establecido en el Tratado de Roma, de 1998, y también en la Ley N° 20.357 mencionada.

En sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 33.750 – 2017, se expresa: "*Efectivamente, como se advierte de los fundamentos tercero, cuarto, quinto del fallo de primer grado, que el de alzada hace suyos, y en las motivaciones octava y novena de la sentencia de segunda instancia, se relacionan todos los elementos que condujeron a los jueces del fondo a dar por establecido que* ***el ilícito indagado es un crimen de lesa humanidad,*** *el estimar el hecho delictuoso como constitutivo de una atentado violento contra la vida de las personas,* ***cometido por agentes del Estado en atropello o repulsa a la dignidad humana, inserto dentro del ataque***

***generalizado o sistemático que el Gobierno Militar implementó contra la población civil, destinado a eliminar a determinadas personas no solo por razones de índole político, sino también social.***

*Concuerda el fallo en sus argumentaciones con lo que ya ha expresado este tribunal en diversos pronunciamientos, en el sentido que se trata de un ilícito efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo numeroso de compatriotas integrado por políticos, trabajadores, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata o posterior al 11 de septiembre de 1.973, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuere considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder."*

Los elementos del delito de lesa humanidad, de acuerdo con el Tratado de Roma, de 1998, y la Ley N° 20.357, de 2009, que son literalmente idénticos entre sí, son:

a) Un hecho base que puede ser cualquiera de los señalados en los artículos 3°, 4° y 5°. En la especie, se aplica la descripción del artículo 4° que señala como conducta, el que mata a otro.
b) Que ese hecho sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.
c) Que ese ataque, generalizado o sistemático, sea consecuencia de una política del Estado o de sus agentes.

En la sentencia transcrita precedentemente, la Excma. Corte Suprema da por concurrentes todos los elementos típicos del denominado "delito de lesa humanidad", conducta que sólo fue tipificada en esos términos literales y de determinación en el Tratado de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, en 1998, y que tuvo una primera aproximación a ese texto, sólo en la creación del T.P.I. de Ruanda en 1993.

000069
sesenta y nueve

Sin embargo, el Ministro en visita extraordinaria don Alvaro Mesa Latorre, en diferentes fallos -que han sido publicados en la página web del Poder Judicial- hace una interpretación de las normas legales y señala -en esencia- que en mérito del contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos no es posible acoger la prescripción solicitada y que está establecida y vigente en nuestro ordenamiento legal. La decisión de no aplicar el instituto de la prescripción de la acción penal que constituye ley de nuestro país implica, independiente de que los hechos de investigación hayan ocurrido o no, que se aplique la gran mayoría de las oportunidades en las sentencias, **un castigo penal al acusado** por hechos que se encuentran prescritos conforme a la ley y respecto de los cuales no debe existir ningún castigo.

De este modo, la aplicación de las normas internacionales que se indicarán, infringe directa y literalmente el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política del Estado categorizando conductas de delitos comunes como delitos de lesa humanidad y a través de ello, abstenerse de declarar la prescripción a que se encuentran obligado e imponiendo penas restrictivas de la libertad personal.

Esta es, concretamente, la situación que amenaza mi futuro en la causa porque si el juez que dicta la sentencia definitiva de primera instancia es el Ministro señor Mesa Latorre es un hecho cierto que rechazará la alegación formulada en tiempo y forma relativa a la prescripción de la acción penal en este caso. Del mismo modo, si lo hace la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco o, en su caso, la Excma. Corte Suprema.

El Ministro Mesa dice, para justificar la no aplicación de la prescripción de la acción penal como también la amnistía del D.L. N° 2.191, de 1978, en una de sus sentencias[36]: *"Luego este tribunal a quo llega a la convicción, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que el delito investigado en autos* ***es de lesa humanidad****, haciendo presente que dicha Corte en el párrafo 111, ha señalado que los crimines (sic) de lesa*

[36] Rol N° 114.003 1° Juzgado de Temuco denominado episodio "Homicidio de Gabriel Salinas Martínez, fojas 606 vta.

*humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables, reconocidos en la Convención Americana que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad que la Corte ha definido como 'como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana' ".*

De esta manera, el Juez en mención se apoya en el dictamen de la C.I.D.H. para NO APLICAR en favor de individuos sometidos por el Estado a un juicio, de una ley penal chilena vigente. Sin embargo, es preciso hacer notar que no existe ninguna norma en la citada Convención Interamericana destinada a que los Estados suscriptores persigan la responsabilidad penal de sus habitantes porque éstos pudieren haber violado los derechos humanos que establece ese instrumento internacional. Por el contrario, la citada Convención **pretende regular y asegurar que los Estados suscriptores respeten y garanticen** (artículo 1° N° 1) **los derechos de las personas que la convención reconoce y declara en favor de las personas.** El respeto es una obligación que consiste en cumplir directamente con la norma establecida, sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El Estado no debe trasgredir, directa o indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos que reconoce la Convención.

Cuando el Estado incumple la obligación de respeto de los derechos establecidos en la Convención Interamericana genera una responsabilidad de sus obligaciones convencionales y un reproche como Estado.

En concreto, **la citada Convención no contempla en sus normas la inaplicabilidad de la prescripción, ni de la amnistía.**

Ha sido la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana la que ha ido generando derechos o normas que pugnan abiertamente con nuestra Constitución Política, contradiciendo la voluntad soberana. Un ejemplo meridiano de ello es el denominado "control de convencionalidad",

000071
setenta y uno

que no está establecida en la Convención y que corresponde a la mera creación de uno de los jueces de la citada Corte. En efecto, en cumplimiento del artículo 60 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se aprobó mediante Resolución N° 448 de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en La Paz, en octubre de 1979, el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo 1° establece: *"La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos."* (destacado es propio). Sin embargo, esta disposición de procedimiento, que hace obligatoria la jurisprudencia de la C.I.D.H., carece de aprobación soberana por Chile.

La infracción que se denuncia como inconstitucional y cuya inaplicabilidad se requiere en este libelo es la aplicación ilícita y arbitraria de distintas normas de derecho internacional tales como la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, del 26 de Noviembre de 1968 y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta Convención Internacional no ha sido -hasta ahora- suscrita por Chile por lo que -como cuerpo normativo legal- carece de vigencia y aplicación. No obstante, esta convención internacional ES APLICADA en las sentencias que dicta el Ministro señor Mesa Latorre considerando para ello que dicha Convención se considera un principio internacional supuestamente obligatorio de aplicar. Estos principios internacionales no son leyes escritas, pero tienen la eficacia de una ley, en cuanto a su aplicación, al reconocimiento de su obligatoriedad y los efectos consiguientes.

## III.- INFRACCION AL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO 9° C.P.E.

El inciso 9° del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, establece: *"Ninguna ley podrá establecer penas sin que las*

000072
setenta y dos

*conductas que se sanciona este expresamente descrita en ella.".* Esta garantía constitucional, de larga y continua tradición, cautela el principio tradicional de legalidad de la ley penal. También consagra el principio de tipicidad de las conductas penales.

¿Existe -en mi caso- una infracción al principio de legalidad, en materia penal? En el supuesto predecible y certero de que el Ministro en Visita aplique la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, directamente o como norma obligatoria de derecho internacional o, se aplique, la figura penal de Lesa Humanidad que describe el Tratado de Roma para el Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado y publicado en el 2009, sin duda alguna se estará infringiendo la garantía constitucional que cautela el principio de legalidad y el derecho de las personas a que las sanciones penales y que la descripción de la conducta sancionada estén contenidas expresamente en la propia ley.

A la época de los hechos investigados regía en plenitud la garantía constitucional establecida en el artículo 11 de la Constitución Política de la República, de 1925, que señalaba: *"Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada ántes del hecho sobre que recae el juicio."*

Este principio, conocido como de reserva legal o legalidad, ha sido extensa y profusamente tratado por la doctrina penal y la jurisprudencia estableciendo claramente en la cultura nacional, el concepto de que los delitos deben ser expresados en la ley chilena y deben estar publicados, antes de ser aplicados a los ciudadanos. La única fuente inmediata y directa del derecho penal **es la ley que se ha dictado conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución Política del Estado.**

El doctor Javier Dondé Matute[37], plantea al distinguir entre los sistemas en que se plantea el reconocimiento al principio de

[37] PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL: Perspectivas del derecho nacional e internacional. Editorial México Universitario S. de R.L. 1° edición, 2007, pág. 323

000073
setenta y tres

legalidad penal, respecto de cuando este principio tiene reconocimiento constitucional: *"Un sistema constitucional prevé las bases del sistema legal de cualquier Estado, por lo que si el PLP está integrado dentro de ese esquema básico, todas las autoridades deben actuar con respeto del mismo. Adicionalmente, proporciona un punto de referencia concreto para los individuos que consideran que se les ha violado este derecho constitucional. En este sentido, la forma esencial de entender el PLP se encuentra en la Constitución, por lo que su contenido puede variar -por ejemplo, mediante la interpretación judicial- pero nunca podrá salirse de la concepción constitucional prevista."* Este concepto deja en claro que la interpretación que han venido haciendo los tribunales para la aplicación de normas internacionales, que son de cumplimiento del Estado de Chile, han vulnerado el concepto constitucional del principio de legalidad penal y el de tipicidad.

El profesor Sergio Politoff L.[38] señala que este principio es muy antiguo pero que en su función de garantía devienen de las Constituciones Políticas de Estados de Estados Unidos, como la de Filadelfia. *"Desde entonces el principio de reserva legal ha pasado a ser un principio universalmente admitido y que sólo los regímenes dictatoriales procuran desconocer, a través de leyes retroactivas, de la incriminación de hechos imprecisos, mediante la utilización de la analogía o negando la subordinación del juez a la ley. Es claro que dicho principio permite, en ocasiones, que 'un hecho especialmente refinado y socialmente dañoso, claramente merecedor de una pena, quede sin castigo, pero éste es el precio (no demasiado alto) que el legislador debe pagar para que los ciudadanos estén a cubierto de la arbitrariedad y dispongan de la seguridad jurídica (esto es, que sea previsible la intervención de la fuerza penal del Estado'. Efectos del señalado principio son los siguientes:*

a) *ningún hecho puede considerarse delito ni sometido a pena si una ley anterior a su comisión no lo ha previsto como tal (lex previa) .....*

[38] DERECHO PENAL, T.I Editorial Jurídica Conosur, 1997, pág.

000074
setenta y cuatro

*b) la ley que determina la punibilidad del hecho debe estar escrita (lex scripta); y*

*c) la ley tiene que describir con precisión en qué caso se impone pena y señalar cual es la medida de ésta; el intérprete está ligado a esa determinación (lex certa)."*

Continúa Politoff, *"El requisito de que la ley sea escrita (lex scripta)* ***excluye el derecho consuetudinario como fuente de punibilidad."*** Y señala, también: *"El principio de legalidad excluye no sólo la posibilidad de que fuentes del derecho, generalmente, admitidas en otros dominios del orden jurídico,* ***como la costumbre****, la ley del contrato o la jurisprudencia* ***puedan crear delitos o penas, ....."*** (destacados son propios) Es claro que el principio de legalidad y el principio de tipicidad de la conducta penal no son idénticos, puesto que el de tipicidad tiene un contenido propio, además del requerido para el de legalidad.

En cuanto a la jurisprudencia cabe citar la de este Tribunal Constitucional[39], que ha señalado *"En rigor, en estas disposiciones se contienen distintas garantías, pero el régimen que ellas crean es denominado por la doctrina especializada, en general, como "principio de legalidad" en materia penal. Sin perjuicio de las varias interpretaciones que se le han dado, y de las que se da cuenta más adelante, el mencionado principio establece, por una parte,* ***un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas*** *y, por otra parte,* ***un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana*** *que prohíbe y sanciona;"* (destacado es propio.) Sabemos que a estos efectos conforme lo define el artículo 1° del Código Civil, *"Ley es una manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite."*

Esta definición acota el concepto de ley formal y material y, en lo esencial, a este efecto, establece que **la forma de su generación será como establece la Constitución Política**, excluyendo de este

[39] S.T.C. Rol N° 1.432 cons. 26

000075
setenta y cinco

modo, definitiva e inexcusablemente a todo instrumento y/o referencia que le dé valor, por sí sólo, a cualquier instrumento del ordenamiento internacional.

¿En qué forma, concreta, se produce la infracción que se reclama? Tal como se ha venido señalando, los hechos que se investigan corresponden a un presunto delito de homicidio calificado, o un delito de tormentos con resultado de muerte o a un delito de secuestro calificado. Hasta ahora, judicialmente, se ha calificado de homicidio calificado, hecho que ocurrió en diciembre de 1973.

La causa Rol 63.556 del Juzgado de Letras de Angol, que justifica y sustenta esta acción de inaplicabilidad, se inició por una querella interpuesta en Mayo de 2013, esto es, 40 años después de los hechos que denuncia y que corresponden a la desaparición de Armando Gutiérrez. Sin embargo, cualquiera que fuera la calificación penal de la conducta, acorde con los **tipos penales o delitos descritos en la ley penal chilena vigentes a la fecha de la ocurrencia de los hechos,** la acción para perseguir la conducta se encuentra prescrita, de acuerdo al artículo 93 N° 6 del Código Penal y, del mismo modo, se encuentra cubierta o amparada en el D.L. N° 2.191, de 1978, por lo que -legalmente- no es posible castigar ese hecho con ninguna pena.

La subsunción de los hechos de 1973 en el delito de lesa humanidad que se describe, por primera vez, en el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, de 1993, y que se establece, formalmente, en el Tratado de Roma, de 1998, es una grave infracción a la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 9° relativo al principio de legalidad y al principio de tipicidad de la conducta penal.

a.- Porque el delito de lesa humanidad no fue establecido en una ley formal y material dictada por los poderes políticos y soberanos de Chile, hasta el año 2009 en que se dicta la Ley N° 20.357.

b.- Porque la conducta típica que se está castigando en los fallos dictados por el Ministro Mesa conforma una descripción del delito de lesa humanidad, que corresponde al resultado de una evolución conceptual y que sólo es conocida en el ámbito de la justicia penal internacional, recién en 1993, y se

000076
setenta y seis

establece asentadamente, en el Tratado de Roma para el Estatuto del Tribunal Internacional Penal, en 1998.

Con el objeto de evitar mayor extensión, en esta parte, reiteramos el contenido íntegro del capítulo II precedente que se refiere a la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad, de 1968, y del Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional.

En suma, la aplicación en este caso, del delito de lesa humanidad (como medio formal para utilizar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad como principio internacional obligatorio, o lo que estima la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o, en su caso, la aplicación del principio internacional de ius cogens de la imprescriptibilidad de tales delitos, como se ha señalado, infringe gravemente la garantía del artículo 19 N° 3 inciso 9° de la Constitución Política de Chile.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto y de las disposiciones señaladas en cada caso,

A US. EXCMA. PIDO: Tener por interpuesta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del **artículo 45 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales**, en cuanto señala: ***"En primera instancia"***, y en la letra c) en cuanto expresa: ***"De las causas criminales por crimen o simple delito ..."***. , el **artículo 113 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil**, en la parte que señala *"en los casos y por las causas de implicancias o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales."*, el **artículo 115 del Código de Procedimiento Civil** en la expresión que señala: *"causa legal"*, el **artículo 78 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal** en cuanto declara secreto el sumario criminal, como regla general, el **artículo 205 del Código de Procedimiento Penal**, respecto de la expresión "y secretamente" referido al examen de los testigos, los **artículos 456 bis, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal**, en cuanto todas ellas constituyen las reglas legales para apreciar la prueba producida, bajo un

000077
setenta y siete

sistema de prueba legal tasada, el **artículo 1° letras a) y b)** de la **Convención sobre Imprescriptibilidad** de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, el **artículo 7° N° 1 y N° 2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, promulgado mediante Decreto Supremo (RR.EE.) N°104 del 6 de julio de 2009, publicado el 1° de agosto de 2009, admitirla a tramitación y, en definitiva, acogerla en todas sus partes, declarando inaplicables las disposiciones legales señaladas en las partes que se han solicitado, respecto de la causa RoL 63.556 (Episodio "Oscar Armando Gutiérrez Gutiérrez"), del Juzgado de Angol, porque resultan contrarias al derecho a la defensa y el debido proceso que contempla el artículo 19 N° 3 inciso 6°, al principio de irretroactividad de la ley penal que garantiza el artículo 19 N° 3 inciso 8° y los principios de legalidad y tipicidad que establece el artículo 19 N° 3 inciso 9° de la Carta Fundamental, al igual que al cumplimiento de los artículos 1°, 8° N° 1 y N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PRIMER OTROSI: RUEGO A US. EXCMA.: De acuerdo a lo establecido en el artículo 93 inciso 11 de la Constitución Política de la República, que en lo pertinente señala que "a esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad", solicito a US. Excma. que decrete la suspensión del procedimiento de la causa Rol 63.556 del Juzgado de Angol, tramitada por el señor Ministro en visita extraordinaria don Alvaro Meza Latorre, disponiendo de la manera más expedita la comunicación de dicha resolución al señor Ministro.

SEGUNDO OTROSI: Con el objeto de acreditar la existencia de la gestión judicial pendiente solicito a US. Excma. tener por acompañado el certificado correspondiente ordenado extender por el Ministro señor Alvaro Meza Latorre.

TERCER OTROSI: RUEGO A US. EXCMA.: Tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder a don Jorge Eduardo Montero Mujica, RUT 5.881.847-k, con domicilio en Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 de Santiago

**UGALDE, CIFUENTES & MONTERO**
**UCM ABOGADOS**
Paseo Ahumada N° 131 oficina 808 Santiago
Fono: 26994772
Correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

000078
setenta y ocho

y disponer que se notifiquen las resoluciones al correo electrónico jmonteromujica@gmail.com

15.541.977-9

15.881.847-K

AGREDITA CALIDAD DE ABOGADO ☑

AUTORIZO PODERES ☑

Santiago, 15 de enero de 2019.