

**JAVIER A. GÓMEZ GONZÁLEZ.****FIDEL REYES CASTILLO****ESTUDIO JURÍDICO GÓMEZ, REYES Y
ASOCIADOS.****DESDE 1954.**

EN LO PRINCIPAL: Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

PRIMER OTROSÍ : Suspensión de procedimiento.

SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña documentos.

TERCER OTROSÍ : Se oficie.

CUARTO OTROSÍ : Se decrete oír alegatos.

QUINTO OTROSÍ : Forma de notificación.

SEXTO OTROSÍ : Acredita personería y asume patrocinio.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

JAVIER GÓMEZ GONZÁLEZ, Abogado, en representación convencional del requirente **ALBERTO ROQUE DEL SAGRADO CORAZÓN BADILLA GRILLO**, Oficial de la Armada en retiro, ambos domiciliados en calle Marina 414 departamento 41, Viña del Mar, a SS. Excelentísima respetuosamente digo:

Que en este acto vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad Constitucional, fundado en el artículo 93 N° 6 de la Carta Constitucional, solicitando se declare la inaplicabilidad del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, en una gestión pendiente, la causa rol 43.575-2020 sobre presunto delito de homicidio y tormentos, actualmente radicada en la Excelentísima Corte Suprema, en base a los siguientes circunstancias de hecho y de derecho que paso a exponer:

I.- EN CUANTO A LA ADMISIBILIDAD.

El mismo artículo 93 de la Carta Fundamental, señala los requisitos para declarar la admisibilidad del requerimiento, señalando los siguientes:

1.- Gestión Pendiente ante tribunal ordinario o especial sobre la que recae la solicitud de inaplicabilidad.

A.- El requerimiento de inaplicabilidad incide en la tramitación del juicio autos **causa rol ECS 43.575-2020**, caratulados **“VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO. TOMO III”**, sobre presunto delito de tormento y homicidio calificado”.



B.- Dicha causa se encuentra pendiente, ya que se encuentra incorporada en la tabla para su vista y fallo, encontrándose al momento de su presentación en el lugar número 29, faltando los alegatos, el acuerdo, la sentencia y el cúmplase de la misma.

C.- Se acompaña en otrosí respectivo, certificado que da cuenta de existir gestión pendiente, cual es la causa sobre la que recae, quienes son las partes y sus apoderados, que exige el artículo 79 de la ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.- Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto.

En el presente recurso se plantean cuatro capítulos de inaplicabilidad, todos ellos implican graves vulneraciones de garantías procesales de rango constitucional y que se encuentran por su importancia consagradas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo que ocasiona que el juzgamiento y condena por el tribunal de primera y segunda instancia son del todo nulo, por haberse podido realizar gracias al desconocimiento de derechos fundamentales, que obviamente se conculcan al aplicar normas del todo inconstitucionales, que ocasionan grave indefensión, así como fraudes procesales, pues desconocen los derechos que asisten a los imputados. Tenemos que se plantean en particular:

- A. **IMPARCIALIDAD OBJETIVA DEL TRIBUNAL INVESTIGADOR SENTENCIADOR:** La vulneración al principio de imparcialidad objetiva, pues investiga, procesa, acusa, recibe (o deniega las pruebas), las pondera y finalmente sentencia, actuando como juez y parte.
- B. **DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE APLICAR LA LEY MAS FAVORABLE AL REO:** La vulneración se produce al no aplicar las leyes mas favorables al reo en materia de amnistía y de cosa juzgada como veremos.
- C. **DESCONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:** Con la aplicación de los artículos 274, 275, 277, 305 bis C, 424, todos del Código de Procedimiento Penal.
- D. **DEBER DE ADOPTAR DECISIONES DE DERECHO INTERNO:** Se configura esta situación desde el momento en que no se deroga el procedimiento inquisitivo.

Estas vulneraciones ocasionadas, ha llevado a que gracias a la indefensión de la parte requiriente, y con ello, se haya llegado al estadio procesal en que esta parte se encuentra con grave perjuicio, al no poder ejercer las garantías procesales que la Constitución garantiza a todo chileno.

3.- Que la impugnación esté fundada razonablemente: Excelentísimo Tribunal, esta parte al analizar cada capítulo de inaplicabilidad, confronta la norma legal inconstitucional con la norma constitucional contradictoria. Luego confrontamos la norma legal inconstitucional con las normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos, que son parte del bloque constitucional de derechos y muchos de ellos, de

aplicación obligatoria por ser normas de carácter inderogable y finalmente se confronta, con los que también salta a la vista la contradicción.

Extractamos en cada caso, jurisprudencia que confirma la inconstitucionalidad de la norma, no sólo de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, sino que además del mismo Tribunal Constitucional Chileno, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo todos los fallos coincidentes con nuestras alegaciones.

4.- Que se cumplan los demás requisitos legales: Especialmente los requisitos impuestos por la ley 18.120 y los exigidos en el artículo 254 del CPC, a los que se da estricto cumplimiento y salta a la vista de visú.

LA PROBLEMÁTICA DEL PRESENTE RECURSO DE INAPLICABILIDAD.

El problema sociológico jurídico, es que nos encontramos ante un caso de las **“sentencias infames”**, tal como las ha definido el doctor en Derecho Constitucional, Master en Ciencia política, master en Sociología, y además, Politólogo Carlos Sánchez, quien, las define como aquellas sentencias en cuyo trámite y contenido violan derechos humanos de los acusados, y señala que dichas sentencias son nulas de pleno derecho, y no pueden ni deben ser aceptadas por los estados democráticos del mundo. Luego profundiza, “ es la utilización de la justicia, para cometer injusticia. Es la barbarie de un sistema que en vez de proteger los derechos humanos, los viola deliberadamente, es la señal mas grande de inseguridad ciudadana institucionalizada. Es la vía segura, para perpetrar asesinato de reputación. Se trata de dar valor de “cosa juzgada” a una sentencia infame, que conceptualizamos como una decisión de una autoridad judicial que en su procedimiento o contenido viola los derechos humanos”. Luego explica que ello se logra: “utilizando procedimientos que deberían llamarse legales y obteniendo sentencias que deberían ser de justicia, en los que se hace todo lo contrario, **violando el “debido proceso legal”, la “presunción de inocencia”, la “igualdad de las partes”, el “principio de juez imparcial”, la “irretroactividad de la ley”, la “valoración de la prueba”,** y todo lo que sea necesario para obtener un fallo previamente determinado por el poder político, acreditando además la inexistencia de “división e independencia de los órganos del poder público”.

Pues bien, efectivamente de acuerdo a la definición dada por este jurista, estamos ante una sentencia infame, pues hay violación de derechos fundamentales tanto en tramitación como en su dictación.

Como defensa tenemos dos caminos:

A.- Demostrar la ilegalidad de la sentencia en la que sin duda la ley es aplicada de manera torcida, cuestión que deberá resolver en último término el Poder Judicial, lo que está pendiente de resolverse aun en el caso sub judice.

B.- Demostrar, la violación reiterada de los derechos fundamentales, contenidos en nuestra Constitución Política, al aplicar preceptos contradictorios a ella. Cuestión que planteamos ante Vuestra Excelentísima.

No podemos dejar de llamar la atención, que en nuestro país existen grupos Constitucionalmente protegidos en virtud de tratados Internacionales de Derechos Humanos:

A.- Niños, en virtud de la Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por
B.- Mujeres, en virtud de la Convención de Belem Do Para
C.- Adulto Mayor, en base a la Convención Interamericana Sobre protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la que fue promulgada con fecha 1 de septiembre de 2017, en virtud del decreto 162 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Control de Convencionalidad: El mismo resultado de producir la inaplicabilidad de las normas inconstitucionales que producen indefensión procesal, si se respetara y cumpliera el CONTROL DE CONVENCIONALIDAD el que es obligatorio realizar para los Tribunales, razón por la cual debe realizar “de oficio”, pero que nuestro Tribunales no realizan, incumpliendo el deber que emana de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Las sentencias infames son nulas de pleno derecho, tal como señala Carlos Sánchez, lo consagra nuestro nuevo Código Procesal Penal en el artículo 373 letra a) que lo contempla como causal del recurso de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en el Código de Procedimiento Penal, de lo que subyace que no existe causal para anular un juicio penal antiguo en el que se violaron los derechos fundamentales en su substanciación.

¿Y si las normas procesales del Código Procesal penal, son mas favorables al reo, porque no se aplican, si es la propia Constitución Política en su artículo 19 N° 3 que ordena que ello acaezca, así como el Código Procesal Penal? Es lo que buscamos dilucidar.

Cabe hacer presente SS. Excelentísima, que esta parte realiza dos sendas digresiones en relación a la ley mas favorable al reo, en cuanto a la amnistía y a la cosa juzgada, lo anterior, debido a que esta parte hace especial hincapié, en cuanto a que no sólo la normas aplicadas son inconstitucionales, sino que además la aplicación es tremendamente injusta, ilegal y arbitraria, analizando materia de aplicación del derecho que es competencia de la Excelentísima Corte Suprema.

Lo anterior, debido a que creemos que este requerimiento de inaplicabilidad además puede hacer además con la declaración de inaplicabilidad, impedir una sentencia enormemente injusta.

I.- PRIMER CAPÍTULO DE INAPLICABILIDAD: IMPARCIALIDAD OBJETIVA DEL TRIBUNAL.

1. Normas constitucionales vulneradas:

A.- Artículo 1° *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

B.- Artículo 19 N° 3 inciso 5° *“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”.*

C.- Artículo 19 N° 2: “La igualdad ante la ley. (...)” Y en su inciso 2° señala:
“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

D.- Artículo 19 N° 3 inciso 1°: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”*

E.- Artículo 19 N° 3 inciso 7°: *“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”.*

F.- Artículo 19 N° 26: *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.*

2.- Normas legales vulneradoras que se solicita sean declaradas inaplicables:

A.- Art. 109 CPP **“El juez debe investigar**, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen.

B.- Art. 110 inciso 1° **“El delito se comprueba con el examen practicado por el juez**, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las disposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.

C.- Artículo 274.- **Después que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso**, si de los antecedentes resultare:

1° Que está justificada la **existencia del delito** que se investiga, y

2° Que **aparecen presunciones fundadas** para estimar que **el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor**.

El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurren las circunstancias señaladas.

D.- 424: **Cuando, ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, el juez no encontrare mérito para decretar el sobreseimiento, dictará un auto motivado en el cual dejará testimonio de los hechos que**

constituyen el delito o los delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al reo o a los reos de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras. Este auto será la acusación de oficio y deberá dictarse en el plazo de quince días, contado desde la ejecutoria aludida al comienzo de este artículo.

E.- 499 inciso 3º No faltando diligencia alguna o hechas las ordenadas conforme al inciso anterior, el juez pronunciará sentencia en el plazo legal.

Estas normas legales dan cuenta de la concentración de investigar, procesar, reunir prueba, acusar y sentenciar en un sólo juez, rasgo propio del sistema inquisitivo.

3.- NORMAS TRANSGREDIDAS EN TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR LA NORMA LEGAL INCONSTITUCIONAL.

A.- Artículo 8.1 de la Convención: *“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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*

B.- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XXVI. *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en **forma imparcial** y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.*

C.- Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 10: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e **imparcial**, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*

D.- Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las libertades fundamentales: Artículo 6.1.: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e **imparcial**, establecido por la Ley, quien decidirá sobre sus derechos y obligaciones civiles o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.(...)”*

E.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 14 N°1: *“Todas las personas son iguales ante los 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.(...)”*

F.- Protocolo II de Convenio de Ginebra, Artículo 6.2. Diligencias penales

2. *“No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de **independencia e imparcialidad**”.*

G.- Convenio Europeo de Derechos Humanos, señala en su artículo 6.1. lo siguiente:

Artículo 6 . Derecho a un proceso equitativo.

1.- *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un **tribunal** independiente e **imparcial**, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.*

H.- Artículo 1: Obligación de respetar los derechos.

1) *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

I.- Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

J.- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. ARTICULO 27: *“El derecho interno y la observancia de los tratados. **Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.** Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.*

K.- Lo señalado precedentemente en los tres acápites precedentes, **tiene una importancia superlativa**, ya que Chile, anteriormente ya fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por infracción al artículo 1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en idénticos términos que esta parte denuncia en el presente requerimiento, coincidiendo con los fundamentos de la condena en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile. En dicho caso la Corte Interamericana señala lo siguiente:

El Estado de Chile “...violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del Sr. Palamara Iribarne, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo amparan contra las violaciones a sus derechos, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1. de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2° de la Convención”.

4.- NORMAS TRANSGREDIDAS DE CARÁCTER LEGAL.

A.- Código Procesal Penal: (Código que se aplica a todos los chilenos, más no al afectado) Artículo 1°: *“Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una medida de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, **dictada por un tribunal imparcial.** (...)”*

B.- Artículo 10 inciso 1° del Código Procesal Penal: Cautela de garantías. En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

C.- Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

5.- ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO CON LOS QUE SE DEMUESTRAN LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMA CONSTITUCIONAL VULNERADA POR LAS NORMAS LEGALES SEÑALADAS.

A.- VIOLACIÓN A LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA: JUEZ INVESTIGADOR Y SENTENCIADOR.

La violación al derecho humano de la imparcialidad del ente jurisdiccional, emana principalmente por aplicación de manera discriminatoria en contra de muchos chilenos, entre los que se encuentra mi representado, que quedan sometidos a un proceso violatorio de las garantías mínimas de un justo y racional procedimiento, por aplicación del procedimiento penal inquisitivo, conculca múltiples garantías procesales, lo que vicia ab initio, y de manera absoluta, todos los juicios seguidos en su contra, ya que se le aplica el procedimiento penal inquisitivo, que hoy se encuentra derogado, justamente y tal como ha sostenido reiteradamente tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por atentar las garantías mínimas del debido proceso, y por ende de los derechos humanos, al ser juzgado y sentenciado, por un tribunal parcial.

Sin duda, que la violación más aberrante del proceso penal antiguo al Principio de Imparcialidad, **radica en la concentración en el ente jurisdiccional la función de investigar, procesar, acusar y condenar al imputado, lo que le resta toda IMPARCIALIDAD al juez que sentencia, desde el mismo inicio del proceso.**

Desde el mismo momento que el inculcado es procesado, pasando a ser parte en el juicio, el juez ya sostiene la existencia de presunciones fundadas a su parecer de la existencia del delito y que le ha cabido participación al reo en el mismo del ahora procesado. Es decir, tiene una convicción, un ante juicio de la culpabilidad del procesado, con lo que rechazará pruebas que desvirtúen esa culpabilidad, o ponderará de manera errada las probanzas existentes en el proceso, para hacer coincidir su antejuicio, con el juicio o sentencia definitiva.

El juez desde las primeras medidas del procedimiento se comienza a formar un ante juicio, actuando con parcialidad absoluta, que impregna y traspasa la fase más importante que es el sumario en la que se recibe las pruebas y se investiga.

Sobre este punto coincide con nosotros el fallo Palamara, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que se condenó al Estado de Chile,

por la aplicación del procedimiento penal en tiempo de paz, **cuya base es el procedimiento penal inquisitivo**, teniendo presente que en este procedimiento el Fiscal Naval, sólo reúne las facultades de investigar y acusar, a diferencia del caso del procedimiento penal inquisitorio que se le aplica a mi representado, **en que el juez reúne las facultades de investigar, acusar y CONDENAR al inculpado, lo que resta aun mayor imparcialidad al procedimiento que en la Justicia Militar.**

Producto de la sustitución del procedimiento inquisitorio por un procedimiento acusatorio, se modificó la Constitución Política, en virtud de la ley 19.519 en diversos puntos, siendo los más relevante a los efectos de lo planteados los siguientes:

a.- Remplácese en el inciso quinto del número 3° del artículo 19, la frase “un racional y justo procedimiento”, por la siguiente ***“un procedimiento y una investigación racionales y justos.”***

b.- Se agrega a la Constitución el Capítulo VI-A “MINISTERIO PÚBLICO”, y transcribo aquí el inciso 1° del artículo 80-A:

“Artículo 80-A: Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.”

Se separa así en la legislación chilena la función de investigar, procesar, acusar y sentenciar por un mismo órgano jurisdiccional, adecuándose el proceso penal chileno, a las exigencias mínimas de un debido proceso.

c.- En el Mensaje con que se da inicio al Proyecto de Ley que crea el Ministerio Público, el entonces **Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz Tagle** y la **Ministra de Justicia de entonces, Soledad Alvear** señalan, en el primer acápite del Mensaje, lo siguiente:

***“I.- SEPARAR LAS FUNCIONES DE INVESTIGAR Y LA DE JUZGAR,
ENTREGANDO A ÓRGANOS DISTINTOS CADA UNA DE ESTAS
FUNCIONES.***

El actual sistema de procedimiento penal carece de condiciones objetivas de imparcialidad, por cuanto entrega a una misma persona, las funciones de investigar, acusar y sentenciar. Esta persona es el Juez del Crimen que recibe los antecedentes de la investigación, se forma una convicción sobre la base de

tales antecedentes, en base a tales datos determina la formulación de la correspondiente acusación para, posteriormente, ser el mismo juez quien dicta la sentencia respectiva”.

d.- El profesor Humberto Nogueira Alcalá, ha señalado en su libro “El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano”, página 51-52, que: *“... la aprobación de la reforma Constitucional que creó el Ministerio Público era indispensable, ya que, en principio no hay suficiente imparcialidad cuando se instruye el proceso y se juzga por un mismo magistrado, ya que la actividad investigativa e instructora en cuanto pone al juez en contacto con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede afectar el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores intenciones, produciendo impresiones favorables o desfavorables respecto del acusado que influye al momento de resolver a través de la sentencia el asunto criminal respectivo. Aunque ello no ocurra, el juez que ha instruido y que va a fallar el asunto provoca prevenciones, las cuales se ven aumentadas cuando las actividades del sumario no son públicas ni contradictorias, como ocurre en el viejo procedimiento penal de carácter inquisitivo.”*

Dicha situación inconstitucional que vulnera no sólo la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial, sino que conjuntamente el juicio a un derecho público, a un juicio oral, la contradictoriedad en la litis, de la inmediación probatoria, de la presunción de inocencia y otras garantías constitucionales y derechos protegidos por los tratados internacionales de derechos humanos, por ese sólo hecho de la violación múltiple de derechos fundamentales, creemos que NO PUEDE SER CONSIDERADO CONSTITUCIONAL.

e.- El ex Fiscal Nacional don Sabas Chahuán, ha señalado en su libro “Manual del Nuevo Procedimiento Penal”, 5ª edición, página 9, lo siguiente, sobre este relevante tópico:

“IV.- Pasividad y efectiva imparcialidad del juez. Este conoce lo que las partes proporcionan y falla de acuerdo a ello. Su imparcialidad se asegura mediante diversos mecanismos, tanto la subjetiva (estableciendo inhabilidades, tales como parentesco, amistad o enemistad, interés, etc.) como la objetiva (es decir, que el mismo Magistrado no debe ejercer, sucesivamente, las funciones de instructor y de juez sobre el fondo del asunto.)”

f.- En la tramitación de la ley que crea el Ministerio Público, los Congresistas dijeron lo siguiente sobre este punto:

f.1.: Diputado Alberto Cardemil: (Partido Renovación Nacional) “Vale la pena recordar que el sistema procesal penal vigente confunde en una sola persona jurídica,

en una sola potestad, esto es, en el juez del crimen, las funciones de investigar, acusar y juzgar, violentándose con ello, de manera flagrante, la debida imparcialidad que debe preceder toda actuación judicial.

Nuestro sistema transforma la delicada e importante tarea de juzgamiento en una función de juez y parte, pues el que investiga y acusa termina siendo el que posteriormente sentencia.

Ya no resulta posible predicar o exigir imparcialidad objetiva a quien reunió y analizó los antecedentes de una investigación criminal y, asimismo, formula una acusación concreta sobre la base de los mismos antecedentes.

Más allá de los esfuerzos por sostener una especie de imparcialidad inmanente, subjetiva, concretamente nuestro sistema actual no ofrece condiciones de imparcialidad.”

f.2. Diputado Zarko Luksic: (Partido Demócrata Cristiano) *“Como señaló el diputado Informante, hoy la función de investigar se concentra en una sola persona: el juez, que es parte y fallador, investiga y resuelve.”* Más adelante expresa: *“Por último, la reforma se ajusta a la Constitución, al consagrar la garantía constitucional del debido proceso. En tal sentido, se propone una justicia ágil y moderna, pero que también protege los derechos de las víctimas y de los imputados. Se ajusta a la Constitución, porque garantiza el acceso a la justicia, en especial de los más necesitados.”*

f.3. Diputada Marta Worner: *“La reforma procesal penal que se busca aprobar, reemplaza el juicio escrito por el oral, crea el Ministerio Público que garantizará el el principio fundamental y básico de la imparcialidad, pues se separarán definitivamente las funciones de investigación y de juzgamiento, que hoy están radicadas en una misma persona debido al actual sistema inquisidor. Este es el primer objetivo.*

El artículo 80 A que se introduce a nuestra Carta Fundamental, contiene el corazón de esta gran reforma judicial, impulsada por el Supremo Gobierno, la cual esperamos que cuente con el apoyo unánime de todas las fuerzas políticas representadas en el hemiciclo. Con ella se materializará el más fundamental de los principios del debido proceso: no ser juez y parte.

Para alcanzar tal objetivo, es necesario separar la función de investigar y de acusar de la jurisdiccional (sic). El Ministerio Público que se crea será el nuevo órgano del Estado que asumirá la función de investigar y la de sostener ante el tribunal la acción penal pública.

Junto con reconocer la validez de la opinión de muchos juristas que sostienen que el actual sistema procesal penal adolece de serias deficiencias de inconstitucionalidad, es también necesario que violenta múltiples garantías de las personas, sean éstas víctimas o victimarios, como también que las estadísticas policiales muestran el altísimo número de delitos denunciados y no

sancionados o, simplemente, ni siquiera denunciados, puesto que la lentitud e ineficacia con que la mayoría de la población identifica al sistema judicial chileno, la inhibe de recurrir a ella.

En pocas palabras, la reforma busca cambiar un sistema inquisitivo, secreto, escrito, lento y poco transparente, por otro acusatorio, público, oral, rápido donde el órgano juzgador, hoy los jueces del crimen, esté dotado de auténtica imparcialidad, sin funciones para investigar, pues estas estarán radicadas en el Ministerio Público”.

f.4. Diputado Coloma: (Partido Unión Demócrata Independiente) “(...) también parece obvio que, dentro de todo el sistema, nuestra jurisdicción criminal es la que muestra los signos de deterioro más palpable, por varias razones:

Primero, nuestro procedimiento penal, nació anticuado. En efecto, un proceso fundado en el principio inquisitivo, en que se exige al juez el absurdo lógico y psicológico de ser quien conoce, acusa y falla, desdoblándose para cada una de estas funciones, en que el imputado enfrenta un sumario, la mayor de las veces secreto, y en que no se resguardan adecuadamente las mínimas garantías procesales, resultaba ya arcaico hace un siglo, y hoy contradice toda la doctrina jurídica universal, incluso los principios que inspiran nuestra Constitución.

Segundo, porque la situación de todos los involucrados en un proceso penal es desmedrada, ya que la mayoría de las veces son los más afectados con el sigilismo de los procedimientos investigativos y con la multiplicidad de recursos e instancias que postergan el fallo definitivo hasta hacerlo lejano, inaccesible, incomprensible y, la mayor de las veces, ineficaz. Así no se obtienen una justa y, sobre todo, oportuna sanción y reparación del mal causado.

Tercero, porque una de las causas fundamentales de la falta de recursos deriva precisamente de un procedimiento cuyas características concentran en el juez tal cantidad de obligaciones que, en la práctica, lo obliga a delegar en funcionarios no letrados, parte esencial del proceso. A su vez, ello lleva a una confusión, en que se piensa que la acumulación de juicios es la causa del problema, cuando, en realidad, es la consecuencia inevitable. (...)”

f.5. Diputado Sr. Elgueta: “(...). En el proyecto de reforma constitucional, se cumplen, por una parte, los tratados internacionales que nos hablan de que la justicia debe ser imparcial, independiente y tener publicidad. Asimismo, nos hablan de juicios orales, y, hoy tenemos juicios inquisitorios mediante un procedimiento secreto, sumario y en el plenario no existe discusión. En consecuencia, ni siquiera se cumple con lo que dice nuestra Constitución, cual es adecuar el procedimiento a un justo y debido proceso.

El proyecto adecua el sistema procesal penal a las exigencias de garantías propias de un estado de derecho moderno, contenidas, entre otras fuentes en la misma Constitución, Política de la República. Desde ese punto de vista, es posible afirmar

que el principio constitucional fundamental es el de la independencia e imparcialidad judicial. Hoy, cómo va a haber independencia e imparcialidad judicial, si el mismo juez recibe la denuncia, investiga, reúne los elementos probatorios, procesa, acusa, y después, por arte de magia, se transforma en un sentenciador imparcial e independiente y decide si la persona es culpable o inocente.

El proyecto –como se ha explicado- separa esas funciones en forma tajante”

f.6. Diputado Sr. Espina: (Partido Renovación Nacional) *“En primer lugar, el proceso que hoy tenemos es inquisitivo. ¿Qué significa?. Que considera tres etapas llevadas por el mismo juez.*

La primera es el sumario, caracterizada por ser secreto, escrito y en donde el juez decreta y lleva adelante las diligencias que estima conveniente.

En la segunda etapa el juez se desdobra, se transforma en acusador y posteriormente da origen a lo que se denomina plenario, que es el juicio propiamente tal, donde el afectado o la víctima tiene derecho a conocer los antecedentes de la investigación y a defenderse.

En la tercera etapa, por arte de magia, el mismo juez que ha investigado y que luego ha llevado adelante el juicio en la parte llamada plenario, dicta sentencia.

Es evidente que este desdoblamiento del juez afecta, no porque se dude de su idoneidad, sino porque, desde el punto de vista de la correcta administración de justicia, no es adecuado que quien acusa previamente investigue y al final sentencie. Más adelante señala el mismo diputado:

Es evidente que quien investiga no puede, en forma simultánea, estar dotado de la facultad de sentenciar. Quien investiga se compromete con una decisión personal en el resultado de la investigación y defiende una tesis. En un sistema en que se respeta el principio de la bilateralidad de la audiencia, es decir, de la igualdad de acceso ante la justicia, el que investiga debe saber quién es el investigado y, como contraparte, el investigado y el inculcado, a su vez, debe tener la debida asesoría legal para que un tercero, independiente de los dos –cosa que no ocurre en el sistema actual-, en definitiva, sentencie y resuelva la causa.

f.7. Diputado Gajardo: “El Presidente Montt dijo en su mensaje:

“Los criminalistas condenan la práctica que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles.” Luego el diputado Gajardo continúa expresando: *“Ya en esa época, la doctrina era unánime en cuanto a que el sistema inquisitorio estaba obsoleto y había superado por la nueva realidad procesal penal que se estaba imponiendo en los países más desarrollados.”* Más adelante señala el mismo diputado:

“El proyecto que hoy analizamos, que incorpora el Ministerio Público en la Constitución Política, es parte del proceso modernizador de la justicia.

Tiene por objeto hacer posible el cambio radical del sistema procesal penal, de manera de pasar del actual sistema inquisitivo, secreto y escrito -que contempla el Código de Procedimiento Penal- a uno público, oral, llevado a cabo por jueces imparciales, en un procedimiento contradictorio, que resguarde adecuadamente los derechos e intereses, tanto de las víctimas como de los inculpados.” Más adelante aclara de manera específica el punto que nos interesa:

“Esta reforma se destaca por reemplazar un sistema que radica todas las etapas del proceso penal en una persona: el juez. Es él quien recibe la denuncia o querrela, o que de oficio, expide un auto cabeza de proceso, por el cual se inicia el sumario, que da curso a la investigación, y es de carácter secreto.

En este procedimiento secreto, el juez puede determinar la detención del inculpado, decretar su incomunicación, disponer su procesamiento y, en consecuencia, privarlo provisoriamente de libertad. Es él quien después de terminada la investigación, sobresee o acusa -porque estima que hay un responsable y justificados antecedentes de la existencia del delito-, durante el plenario recibirá las pruebas que el procesado incorpore en defensa de su situación, y es este juez, que habiendo sido acusador, debe desdoblarse para constituirse en sentenciador.

Lo que la reforma propone es reemplazar esta situación por otra en que cada una de las etapas del proceso penal sea asumida por personas distintas de manera que exista la debida independencia”

f.8. Diputado Aníbal Pérez: (Partido Unión Demócrata Independiente) *“El procedimiento que señalamos tiene por objeto modificar el sistema procesal penal del país. El Ministerio Público tiene una importancia básica, pues con él se separa, definitivamente, la función de investigar de la de juzgar, que en el procedimiento actual, las desempeña el juez de la causa, situación por esencia violatoria de las garantías constitucionales, por cuanto quien juzga en el país, en estos momentos carece del requisito esencial para actuar como juez: la imparcialidad.”*

f.9. Diputado Cornejo: (Partido Demócrata Cristiano) *“Señor Presidente, después de escuchar las intervenciones de los colegas en relación con la actividad de los jueces en materia criminal, quiero señalar que, con la actual normativa, resulta imposible solicitarles que al momento de dictar sentencia lo hagan con imparcialidad, debido a que son ellos los que determinan si procede una investigación, la encargatoria de reo y la acusación. Podemos llegar al absurdo de que, cada vez que el juez dicta una sentencia absolutoria, en el fondo está diciendo que antes cometió un error, porque quizás nunca debió haber detenido al sujeto, menos procesarlo ni acusarlo o condenarlo.*

La solución a esta distorsión del sistema procesal pasa por la separación de roles, a fin de que la investigación de los hechos se encargue a un órgano estatal determinado, y que el juzgamiento de los mismos, se encomiende a otro, independiente.”

5.- El Senador Juan Hamilton, en la legislatura 335 ordinaria, sesión del Congreso Pleno, del día Sábado 30 de agosto de 1997, señaló lo siguiente: “Desde hace más de un siglo, cuando se promulgó el actual Código de Procedimiento Penal, ha regido en Chile un sistema inquisitivo y escrito, que reúne en la figura del juez del crimen las tareas de investigar y juzgar las causas criminales, convirtiéndolo, de tal forma, en garante e inquisidor, es decir, en juez y en parte. La doctrina está conteste en afirmar la dificultad inherente a esta doble función, por cuanto es conceptualmente imposible exigir a un individuo, por muy calificado que sea, que se abstraiga al momento de juzgar de las opiniones que ya se ha formado durante las etapas previas de la investigación. **El procedimiento actual es inconstitucional** por cuanto no respeta la garantía del debido proceso y contradice tratados vigentes y principios básicos de la doctrina constitucional contemporánea. Cabe destacar que ningún país de América o de Europa mantiene un sistema de enjuiciamiento penal como el que ahora estamos reemplazando. El país requiere un procedimiento penal que satisfaga las exigencias del debido proceso; que respete la presunción de inocencia del imputado mientras no sea condenado; que garantice el derecho a defensa, y que sea eficiente y rápido para esclarecer y sancionar los delitos”.

6.- La ex - Ministra de Justicia doña Soledad Alvear, en la Legislatura 338 Ordinaria, ante el Senado, con fecha martes 18 de agosto de 1998, señaló lo siguiente:

El señor ZALDÍVAR, don Andrés (Presidente).- Ofrezco la palabra a la señora Ministra de Justicia.

La señora ALVEAR (Ministra de Justicia).- *“Señor Presidente, quiero expresar la enorme satisfacción que significa para el Ejecutivo presentar ante el Honorable Senado el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal, aprobado ya por unanimidad en la Cámara de Diputados y que constituye una de las piezas fundamentales del mecanismo que estamos elaborando para dotar a Chile en el siglo XXI de un nuevo sistema de justicia criminal”.* Señala más adelante la Ministro de Justicia:

Imparcialidad del juzgador

“El cambio de nuestro Código Procesal Penal que acabo de comentar, que confió a una misma persona funciones tan encontradas entre sí, como las de investigar, acusar y sentenciar, importó un enorme golpe al principal

atributo de que está revestida la función jurisdiccional: la imparcialidad.
Ésta corresponde a una actitud de neutralidad del órgano frente a las posturas necesariamente parciales de los contendientes, y no debe ser confundida con su independencia.

Vigentes en el país, como Derecho interno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que exigen que los jueces sean independientes e imparciales, hoy se ha hecho patente la urgencia de adecuar nuestra normativa a tales requerimientos. Pues bien -y llamo la atención de la Sala al respecto-, la principal carencia del sistema procesal penal chileno actual radica precisamente en este elemento: el juez en lo penal, encargado de las disímiles funciones antes referidas, no es ni puede ser imparcial. Por supuesto, lo que acabo de expresar no implica en manera alguna (muy por el contrario) un juicio desdorado contra los magistrados chilenos, ni supone afirmar que se inclinen indebida o reprochablemente a favor de los querellantes o de los querellados, por la víctima o por el victimario; se trata tan sólo del reconocimiento de una realidad. Nuestro proceso penal vigente se caracteriza porque sus resoluciones, a diferencia de lo que acontece en el ámbito civil, son siempre de mérito. En ellas, el juez va retratando su sentir, sus sentimientos; y de allí que, si estima que los hechos no son constitutivos de delito, simplemente no ordena instruir sumario, o -lo que es lo mismo-, cada vez que sí ordena instruirlo, subyace en tal decisión un juicio implícito, en el sentido de que los hechos podrían ser delictuosos.

Cuando el juez decreta la detención de un sujeto, afirma que sospecha de su responsabilidad en los hechos; y si resuelve procesarlo, el sentido es que, por exigencia legal, debe presumir la misma responsabilidad. Esta situación -única en el mundo occidental- de otorgar a una misma persona la múltiple responsabilidad de determinar si se investiga o no un hecho que podría ser delictuoso; de investigarlo, en caso afirmativo; de acusar, como resultado de la investigación, y luego, en un esfuerzo intelectual imposible, desdoblarse y sentenciar, lleva a un solo resultado: el compromiso personal y la plena identificación del juez, no con la postura de alguna de las partes, sino con su propio trabajo. Así se genera la falta de imparcialidad del sentenciador chileno de primera instancia. La cuestión quedará superada definitivamente merced a la reforma constitucional, ya aprobada en el país, que confía de manera exclusiva la dirección de la investigación de los delitos al Ministerio Público, lo que importa desligar, para siempre, a los jueces de tales actividades, preservando su rol histórico de juzgamiento. Fiel a su matriz medieval, el Código en vigor contempla un procedimiento secreto, en su etapa más importante; escrito, con su secuela de delegación de funciones en empleados inferiores, y de mediación, esto es, se administra la justicia sin que el justiciable conozca a su juzgador, características todas que, permitiendo la simultánea

sustanciación de muchos procesos penales, contra lo que podría imaginarse, los torna lentísimos e ineficientes. Al efecto, son elocuentes las cifras estadísticas que enseñan que una mayoría enorme de procesos concluye sin resultado alguno, esto es, sin condenar ni absolver. Hay una cantidad importantísima de sobreseimientos temporales”.

Luego la Ministro de Justicia señala:

Juicio oral

*“El juicio penal, señor Presidente, que el proyecto determina como oral y público, necesariamente debe sustanciarse ante un tribunal que no haya tenido intervención alguna en las etapas previas. Ésta es una condición básica para el juzgamiento imparcial y el proyecto la satisface. **Debo hacer presente que no hay constitucionalista actual alguno en nuestro país que no haya sostenido -y así lo ha conocido la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, así como también la Cámara de Diputados-, que el actual Código Procesal Penal es abiertamente inconstitucional, por cuanto atenta contra una norma consagrada en la Constitución, cual es la del debido proceso, que asegura a los procesados por delitos que quien investigue sea una entidad completamente distinta de quien en definitiva falle”.***

7.- La ex -Ministro de Justicia doña Soledad Alvear Valenzuela, señaló lo siguiente: *“Este nuevo proceso penal, que se viabilizará desde el momento en que la Honorable Cámara de Diputados, apruebe el proyecto de reforma constitucional, permitirá – luego de aprobados los otros proyectos- agilizar los procedimientos, desburocratizar la etapa de la investigación, eliminar la ritualidad innecesaria de la fase de instrucción y **mejorar los derechos y garantías de todos los intervinientes en el proceso. Asimismo, permitirá dotar de condiciones objetivas de imparcialidad al ente juzgador, estructurando un sistema de instrucción informal a cargo de un órgano no jurisdiccional sometido al control del juez.**”* Más adelante expresa la Ministro de Justicia: *“Todo lo anterior, redundará, **en altos estándares de legitimación de la función judicial, entregando a los jueces aquellas funciones inherentes a la condición de juzgador, esto es, ser garantes de los derechos y garantías de las personas y órganos independientes e imparciales que deciden el derecho aplicable a un conflicto que se suscita entre las partes.**”*

El proceso penal que hoy analizamos permitirá situar a las partes en litigio en condiciones de igualdad ante el ente juzgador, dando paso a un juicio adversarial contradictorio entre partes, que sentará las bases de un sistema acusatorio.”

8.- El profesor Humberto Nogueira Alcalá, señala en su libro **Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales**, lo siguiente: *“El Código Procesal Penal en actual aplicación en Chile, y la aprobación de la reforma constitucional que creó el Ministerio Público era indispensable, ya que en principio no había suficiente imparcialidad cuando se instruía el proceso y se juzgaba por un mismo magistrado, ya que la actividad investigativa e instructora en cuanto pone al juez en contacto con el acusado y con los hechos y datos que deben servir de base para averiguar el delito y sus posibles responsables puede afectar el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores intenciones, produciendo impresiones favorables o desfavorables respecto del acusado que influyen al momento de resolver a través de la sentencia el asunto criminal respectivo. Aunque ello no ocurra, el juez que ha instruido y que va a fallar el asunto provoca prevenciones, las cuales se ven aumentadas cuando las actividades del sumario no son públicas ni contradictorias, como ocurre en el viejo procedimiento penal de carácter inquisitivo. La reforma ha solucionado este problema.”*

9.- El Mensaje del Código Procesal Penal, actualmente vigente en nuestro país, pero que no se aplica al afectado, señala que:

“3) Instrucción.

La realidad del modelo vigente (se refiere el Mensaje al sistema inquisitivo, que pese a estar hoy derogado, se le aplica al afectado) parece clara expresión de la contradicción entre ambos roles. Por una parte, se obliga a los jueces a asumir un compromiso en la actividad persecutoria, con lo que se compromete su imparcialidad, pero a la vez, esta actividad no es ni puede ser desempeñada de un modo eficiente”.

10.- Para cerrar la infracción a la falta de imparcialidad del juez sentenciador en el procedimiento inquisitivo quiero citar lo prescrito por los **“Principios Básicos de Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura”** que expresa en su número 2º lo siguiente:

“Los jueces conocerán de los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.”

11.- De acuerdo a **“Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial”**, que son parte integrante y complementaria de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que Chile ha suscrito y ratificado:

A.- Principio: *“La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. **La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión**”.*

B.- En el punto 2.5. prescribe: *“Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente. Los citados procesos incluirán, sin ánimo de exhaustividad, situaciones en las que:*

*a) El juez tenga realmente predisposición o prejuicios para con una parte o **posea conocimientos personales sobre los hechos probatorios controvertidos relativos al proceso;**”*

12.- De acuerdo al **Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2003, de la Universidad Diego Portales**, señala en su página 12 lo siguiente: *“La garantía penal más básica es la del derecho a un juicio. El sistema inquisitivo no la consagra. Un juicio es un debate entre partes, con igualdad de oportunidades (contradictoriedad), que debe ser resuelto por un órgano imparcial. El diseño mismo del procedimiento inquisitivo resulta estructuralmente contradictorio con la idea misma de juicio. La concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano viola el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal –especialmente respecto del imputado–, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es –de acuerdo con la jurisprudencia mencionada– si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación. En Chile, el juez que falla, no solo ha intervenido en esta etapa, sino que la ha dirigido”.*

13.- Claramente la aplicación de los artículos 109, 110 inciso 1°, 274 y 424 del Código de Procedimiento Penal, vulnera los derechos garantidos por Tratados Internacionales de derechos humanos y por la Constitución, en particular, el derecho fundamental de ser juzgado por un tribunal imparcial, ya que es requisito de todo proceso inquisitivo, ser procesado, para lo que se requiere que el juez que resuelva la contienda, tenga presunciones fundadas de la culpabilidad del procesado.

14.- El **Tribunal Constitucional español**, ha señalado en la **sentencia STCE 0151/2000 del 12 de junio del 2000**, describe las causas de la imparcialidad objetiva de la siguiente forma:

“; y, Así el quebranto o el debilitamiento de la imparcialidad objetiva puede venir de varias causas: Una, la incompatibilidad de las funciones del instructor con las del juzgador en cualquiera de las instancias otra, la incompatibilidad de las funciones del juez de instancia y apelación. Las dos modalidades de una eventual parcialidad se recogen indiscriminadamente en las listas de las causas de abstención y de recusación que contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

15.- Como vimos precedentemente, de ello da cuenta la historia de las leyes que sustituyen el procedimiento inquisitivo por un procedimiento acusatorio y los parlamentarios de todas las bancadas, que reconocen la inconstitucionalidad del sistema inquisitivo, reconocimiento que también efectúa el Presidente Frei y su Ministro de Justicia, doña Soledad Alvear, constando ello, además, en el Mensaje del Código Procesal Penal, junto a los autores nacionales y extranjeros citados y la jurisprudencia del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional nacional, de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana que a continuación se citará.

16.- Y con todo lo anterior, se vulnera por parte del Poder Judicial, y con ello por el Estado de Chile, el deber general de respetar y promover los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, garantizando el libre y pleno ejercicio A TODA PERSONA QUE ESTÉ SOMETIDA A SU JURISDICCIÓN, deber contenido en el artículo 1º de la Convención Americana, y además, el Estado de Chile, en especial el Ejecutivo y el Poder Legislativo, vulneran el deber de adoptar las decisiones de derecho interno en disposiciones legislativas, contenido en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a derogar toda norma legislativa que afecte, limite o amenace los derechos garantizados en la Convención, como sucede en efecto, con el Procedimiento Penal inquisitivo.

17.- Más aún, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27 prescribe que: ARTICULO 27 El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

18.- Actualmente SS. Excelentísima, existen sobre VEINTIDOS MIL CAUSAS RADICADAS EN EL SISTEMA PENAL ANTIGUO, LO QUE IMPLICA QUE SE VULNERAN LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS

CONSTITUCIONALES DE MÁS DE VEINTIDOS MIL PERSONAS POR PARTE DEL PODER JUDICIAL Y DEL ESTADO DE CHILE, LO QUE ES NECESARIO Y CON SUMA URGENCIA CORREGIR A TRAVÉS DE LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD Y ULTERIORMENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD EFECTUADO POR SS. EXCELENTÍSIMA.

XI.- JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Los tribunales nacionales han dicho sobre este punto lo siguiente:

A.- *“El desempeño de los jueces debe estar ajeno a todo sentimiento, cuestión valórica, creencia, ideología o prejuicio que atente contra el debido proceso”.* **T.O.P. Angol, 2 de octubre 2002, R.P.P N° 4, pág. 62.**

B.- *“El Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quien sustenta y ejerce la acción penal pública. Estamos, por tanto, frente a un codetentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un proceso estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa.”* **Corte Suprema, 11 de agosto de 2004, RPP N° 26, pág. 29.**

C.- *“Los elementos de un justo y racional procedimiento son: 1) Notificación y audiencia del afectado pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado. 2) Presentación de pruebas recepción de ellas y de su examen. 3) sentencia dictada en un plazo razonable. 4) sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo, y 5) posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.* **Excelentísima Corte Suprema, rol 3-2000, de fecha 3 de octubre de 2000.**

D.- *“Conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen jurídico vigente o en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural”.* **Excelentísima Corte Suprema 512-2001.**

12.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A.- *“H) La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que además, son elementos consubstanciales 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. Es más, a juicio de este tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además son elementos consubstanciales al concepto mismo de tal.”* **Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 53-1988, de 5 de abril de 1988.**

B.- *“Conforme a la doctrina nacional el derecho a un proceso previo legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa por abogado, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por los tribunales inferiores”.* **Sentencia Tribunal Constitucional rol 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando decimo tercero.**

C.- **Se entiende por debido proceso,** *“aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando , como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho”.* **Sentencia Tribunal Constitucional, rol 986-2007, considerando décimo séptimo.**

13.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.

A.- La Corte Europea de Derechos Humanos, ha señalado en numerosos casos, que: *“un juez que decidió sobre la detención preventiva del inculpado, basado en su convicción de que había sospecha fundada de su culpabilidad, no podría posteriormente formar parte de un tribunal que iba a determinar la inocencia o culpabilidad del mismo”.* Caso “Fey versus Austria.”

B.- *“El tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha determinado que la actuación como juez en un tribunal sentenciador de quien ha ejercido como juez instructor de la causa constituye una infracción a las disposiciones de las convenciones antes señaladas, por vulnerarse el derecho a un juez imparcial. (Citado por profesor Humberto Nogueira Alcalá, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, pag. 290)*

14.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA.

A.- La Corte Interamericana en el Caso Palamara, párrafos 145, 146, 147, 156 y 157 ha sostenido:

145. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial.

146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

147. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

156. Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

157. La falta de independencia de los Fiscales Navales es manifiesta debido a que, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 37 del Código de Justicia Militar se encuentran subordinados a los Auditores Generales de la Armada, quienes deben “[s]upervigilar la conducta funcionaria de los Fiscales de su respectiva jurisdicción” y pueden “dictar[les] instrucciones [...] sobre la manera de ejercer sus funciones”. **Además, en el Fiscal se concentran las funciones de investigar y juzgar. El Fiscal es el encargado de emitir el auto de procesamiento y realizar la acusación fiscal a la que responde el acusado, de forma tal que las decisiones sobre la necesidad y legalidad de las medidas probatorias y su valor para acreditar la comisión de una conducta delictiva las realiza la misma persona, lo cual afecta su imparcialidad.**

El mismo fallo señala que:

iii) las diversas funciones asumidas por el Fiscal Naval que investigó el caso del señor Palamara resultan incompatibles entre sí. Desde que el Fiscal Naval investiga la supuesta comisión de un delito pierde su independencia para adoptar decisiones que afecten los derechos del procesado;

v) “como lo reconocen casi todos los autores nacionales, los procedimientos penales militares en tiempo de paz, son análogos a los procedimientos penales inquisitivos ordinarios. Procedimiento que en Chile ha sido reformado por no ser compatible con el debido proceso garantizado en la Convención Americana”;

B.- La Corte Interamericana ha sostenido en el Caso Herrera Ulloa, párrafos 169, 170 y 171, lo siguiente:

169. Los representantes de las presuntas víctimas alegaron que en el presente caso el Estado violó el derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial. En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.

171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.

C.- Caso del Tribunal Constitucional, párrafo 75, la Corte Interamericana señala que:

“75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”.

II.- SEGUNDO CAPÍTULO DE INAPLICABILIDAD: LEY MAS FAVORABLE AL REO.

1.- NORMAS CONSTITUCIONALES.

Artículo 19 inciso 8°:

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.

2.- Normas legales vulneradoras que se solicita sean declaradas inaplicables:

A.- EN MATERIA DE COSA JUZGADA

433 N° 4 del Código de Procedimiento Penal

La ley mas favorable es la del artículo 8.4. de la CADH

B.- EN MATERIA DE AMNISTÍA:

Artículo 93 N° 3 del Código Penal:

3.° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

Norma mas favorable en materia de amnistía artículo 6.5. del protocolo II de los Convenios de Ginebra. Concordado con el decreto ley 2191.

3.- NORMAS DE DERECHOS HUMANOS VULNERADAS POR LA NORMA LEGAL INCONSTITUCIONAL.

A.- EN MATERIA DE COSA JUZGADA

CADH: Artículo 8.4 que señala:

Artículo 8. Garantías Judiciales

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

B.- EN MATERIA DE AMNISTÍA:

Decreto 752 del ministerio de relaciones exteriores, publicado con fecha 18 de octubre de 1991, promulga el protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. El artículo 6.5. del Protocolo II, es mas favorable al reo, el cual debe aplicarse, y señala:

Artículo 6 - Diligencias penales

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

4.- ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO DE CÓMO LA NORMA LEGAL VULNERA LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR ELLA Y LOS DERECHOS INCORPORADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN ESTE JUICIO EN PARTICULAR.

A.- El principio universal de la cosa juzgada implica la impugnabilidad de la sentencia y adquiere en el proceso penal gran importancia en el sentido de que no puede reabrirse una causa penal fenecida y de que, ni siquiera a través del procedimiento especial de revisión - que procede precisamente contra la sentencia firme-, se pueda reconsiderar la situación del imputado en su perjuicio, con lo cual la garantía del debido proceso penal implica que el recurso de revisión sólo pueda otorgarse para favorecer al reo. En general, el principio de la cosa juzgada en materia penal se vincula al principio denominado non bis in idem, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención Americana de la siguiente manera: el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Este principio, que guarda relación directa con el principio “res judicata”, busca proteger los derechos de los individuos que han sido condenados por la comisión de determinados hechos, para que luego no sean vueltos a procesar por los mismos, y mucho menos, ser condenados nuevamente. A diferencia de otros instrumentos internacionales que enuncian dicho principio como la prohibición del doble enjuiciamiento por el mismo delito, la Convención Americana utiliza la fórmula “los mismos hechos”, que es una frase más

amplia en beneficio de la víctima. Así lo estableció la Corte Interamericana en la primera sentencia que trató esta materia en que, entre otras violaciones a la Convención Americana, se determinó la violación del principio non bis in idem.

B.- En dicho caso sometido contra el Estado del Perú, la Corte Interamericana tuvo por demostrado que a la señora María Elena Loayza Tamayo se le violaron los derechos contemplados en los artículos 5, 7, 8.1, 8.2, 8.4, y 25, en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana, al haber sido detenida e incomunicada ilegalmente; objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; sometida a un segundo proceso después de haber sido absuelta y por habersele violado el debido proceso. La señora Loayza Tamayo había sido detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) el 6 de febrero de 1993 y a la fecha de la emisión de la sentencia de la Corte Interamericana, permanecía encarcelada por habersele considerado culpable del delito de terrorismo y purgando una condena de 20 años dictada por el fuero ordinario. Con anterioridad, había sido procesada por los mismos hechos ante el Fuero Militar, el cual la había absuelto del delito de traición a la patria. Cabe resaltar que como producto de la violación de dicho principio, la Corte, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana,⁷⁰ procedió a “ordenar la libertad de la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”, decisión que fue cumplida por el Estado del Perú. De todo lo anterior se colige que es violatorio del derecho al debido proceso reabrir causa penal ya fallada por unos mismos hechos, aun cambiando su calificación penal o aun a la luz del surgimiento de nuevas o incontrastables pruebas de cargo. En lo que no hay todavía uniformidad es en si habría violación del non bis in idem al imponer al condenado o imputado en causa penal otras sanciones por los mismos hechos, aunque éstas no sean necesariamente de naturaleza penal.

C.- En la jurisprudencia de la Corte Interamericana no hay precedente, pero la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que dos decisiones litigiosas basadas en un mismo comportamiento, aún cuando éste se encuentre caracterizado en disposiciones distintas, con naturaleza y fines diferentes, violan el principio non bis in idem, y por ende, el artículo 4 del Protocolo No. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así lo estableció en el caso *Gradinger c/Austria* en el que se determinó que, tras haber dado muerte a un ciclista mientras conducía bajo los efectos del alcohol, el señor Gradinger fue condenado por un tribunal penal por violación del artículo 80 del Código Penal. Posteriormente, dicho señor fue también condenado por un tribunal penal administrativo por violación del artículo 5.1 del “Código de la Carretera”, que sanciona el conducir en estado de ebriedad.⁷¹ En un caso resuelto en Costa Rica, se estableció que en esas circunstancias sí habría violación de dicho principio. Así lo estableció de modo expreso, la sentencia #1147-90 de 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990 (expediente #208-90), de la

Sala Constitucional, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cancelaba el derecho de jubilación al funcionario o exfuncionario judicial condenado por delito, entre otras cosas.

D.- Los fundamentos dados por el Ministro en Visita extraordinaria don Jaime Arancibia, son los siguientes en el fallo de primera instancia, causa rol 144.053-2011, de fecha 27 de mayo de 2019:

CONSIDERANDO:

A.- En cuanto a las excepciones de previo y especial pronunciamiento:

Primero: Que en el N° II.- de lo principal del escrito de fojas 706, la defensa del acusado Alcayaga opone la excepción del N° 4 del Art. 433 del Código de Procedimiento Penal, esto es, cosa juzgada. Indica los hechos ocurridos el día 11 de noviembre de 1977, en los que participó su representado, tratándose de la detención de una persona que portada dos identidades y un arma de fuego lista para usarla, y al ser llevado a Investigaciones, éste aprovecha un descuido de sus captores, huye y es abatido por el agente Badilla Grillo. Que el Juez del Juzgado Naval de Valparaíso era el juez natural para conocer de esos hechos, y se hallaba establecido con anterioridad a la perpetración del hecho. El proceso lleva el Rol N° 5005-1977, fue caratulado muerte de Enrique López Olmedo, siendo sobreseída la causa el 28 de junio de 1979 por la Corte Marcial a través de sentencia firme y ejecutoriada. La autoridad de esa sentencia es la inmutabilidad del mandante u orden que nace de ella, lo cual implica la no intromisión en sus efectos, tanto del mismo Tribunal (el llamado desasimiento del tribunal) así como respecto de otros poderes del Estado (el principio de inavocabilidad), en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional. Lo anterior también se traduce en el principio “non bis in idem”, que contempla el inciso final del artículo 1 del actual Código Procesal Penal. Señala que se está sometiendo a un nuevo procedimiento penal a su representado y hace presente lo dispuesto en el Art. 76 de la Constitución Política de la República. Agrega que una sentencia, una vez firme, no puede ser modificada o dejada sin efecto de manera alguna, por lo que el presente juicio es un nuevo procedimiento penal al que se somete a su representado, lo que implica una clara transgresión a la ley. Señala, por último, que no existe disposición constitucional ni ley expresa que establezca un tribunal específico, con anterioridad al 11 de septiembre de 1973, para que instruya procesos por hechos de derechos humanos, que la disposición utilizada por la Excm. Corte Suprema como fundamento legal para crear por este medio un tribunal ordinario con competencia para conocer delitos comunes, no le otorga facultades para procesar militares

en que, apareciendo que la cosa juzgada en materia penal debe constar de dos elementos, a saber: 1) identidad del sujeto activo o procesado, y 2) identidad del hecho punible; ninguno de ellos concurre en el presente caso. En efecto, respecto del primer requisito, si se comparan ambos procesos, en la presente causa Rol 144-053-2011, ella está dirigida en contra de tres sujetos, Alcayaga, Badilla y Silva, pues a su respecto se han dictado sendos autos de procesamiento y autos acusatorios; en cambio, al revisar la causa Rol 5005 del Juzgado Naval de Valparaíso, aunque no se señale expresamente, ella se dirige en contra de los dos primeros, atendido la actividad del Tribunal en obtener sus declaraciones, lo que difiere respecto de la situación del último, Silva Cañas, quien fue la autoridad naval que dio inicio el proceso en esa sede, todo lo cual implica que este primer requisito no se configura. En cuanto al segundo requisito, esto es, identidad del hecho punible, claramente tampoco tiene lugar, dado que la causa naval se inició con un parte que en su “objeto”, indica “da cuenta de enfrentamiento”, siendo además caratulada la causa como “muerte de Enrique López Olmedo”. En el actual proceso se investigan los delitos de homicidio calificado y aplicación de tormentos o tortura, situación diametralmente opuesta a la causa naval, dado que tratándose de homicidio y tortura, existe una intencionalidad evidente y un dolo directo en la consecución del resultado. En la causa naval resulta evidente que de la manera cómo fue enfocada la investigación, se pretendía “blanquear” una situación de inteligencia ligada con la comisión de un delito grave. Y al respecto, llama la atención que en un comienzo se denuncia el hecho como un “enfrentamiento”, tal como se relata a fojas 1 de esa causa, en circunstancias que de acuerdo a las declaraciones de los actuales acusados Alcayaga y Badillo, lo que relatan en la causa naval, y que repiten en este proceso, es diametralmente distinto, en el sentido de que, por una parte, detuvieron a la víctima en un domicilio y , por la otra, que éste se intentó fugar de sus captores. En virtud de ello, este segundo requisito de la cosa juzgada en materia penal, tampoco se configura.

Décimo: Que respecto a la cosa juzgada planteada como excepción dilatoria por las defensas de los acusados Alcayaga, Badilla y Silva y a que se refieren los considerandos 1º.-, 7º.- y 8º.- precedentes, y que oponen en los escritos de fojas 706, 779 y 88 del cuaderno separado, respectivamente, establecida en el artículo 433 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, ella se funda en el expediente Rol N° 5005 del Juzgado Naval de Valparaíso, causa tenida a la vista, y que se inicia con un parte que suscribe uno de los acusados, Gastón Silva Cañas, en que da cuenta de un enfrentamiento entre personal del CIRE y la víctima Enrique López Olmedo, quien fallece cuando era trasladado al Hospital Naval. El proceso se caratula “muerte de Enrique López Olmedo” y en el mismo se registran las diligencias decretadas por el Fiscal Naval Rafael Yuseff Sotomayor y ordenándose instruir sumario a través de la resolución que suscriben el auditor naval y el juez naval correspondiente. En la causa consta las declaraciones de dos de los acusados, esto es, Alcayaga y Badilla, siendo sobreseida total y definitivamente la causa por resolución de 6 de marzo de 1979 y aprobada por la Corte Marcial el 28 de junio de ese mismo año. En virtud de ello, estiman las defensas que han planteado esta excepción, que se afectaría el principio del *non bis in idem*, pues se estaría investigando y sancionando determinados hechos criminales dos veces. Sin embargo, esta excepción no puede prosperar, desde el momento por violación de derechos humanos, ocurridos en un período determinado de la historia del país y que el Código de Justicia Militar está presente y vigente para investigar delitos militares y aplicar la ley de la República y los tratados internacionales vigentes.

Undécimo: Que, ahora bien, analizado el tema en cuestión desde los posibles efectos que podría tener la institución de la cosa juzgada, se indica que el sobreseimiento total y definitivo pronunciado en la causa naval, podría tener dicho efecto. Claramente ello no es así, en opinión de este Ministro, toda vez que la situación antedicha se enmarca en lo que se conoce denomina “cosa juzgada aparente” o “cosa juzgada fraudulenta”,

esto es, la dictación de determinadas resoluciones judiciales que no se ajustan al mérito del respectivo proceso o que se dictan en contravención a pruebas tangibles y precisas que apuntan en una dirección diversa a un sobreseimiento. Al examinar la causa en cuestión, resultaba evidente que la investigación fue mal enfocada desde un inicio y que lo que intentó fue darle un viso de legalidad a una situación totalmente irregular y constitutiva de un delito grave. Una resolución como la indicada, para que surta efectos legítimos, debe estar avalada por una situación jurídica-institucional que la haga procedente, tanto desde un punto de vista adjetivo como substantivo. En el caso de marras, se trató de la aprehensión de la víctima por motivos netamente políticos, puesto que no se le imputada participación en ningún hecho concreto, de acuerdo a la legislación vigente en esa época, que permitiera su aprehensión y su posterior asesinato. Por otro lado, los mismos órganos que estaban a cargo de la investigación de aquellos sucesos que supuestamente ponían en peligro la seguridad interior del país, estaban encargados, a través de un desdoblamiento impropio e irregular, de impartir justicia a través de órganos que pertenecían todos a una misma institución armada. Resultaba evidente entonces que el sobreseimiento dictado en esas condiciones, esto es, por las personas pertenecientes a una misma arma, pudieran tener algún viso de imparcialidad y objetividad. Además, la víctima era un particular que había sido muerto por personeros pertenecientes al CIRE de Valparaíso, y en este caso por un funcionario de Carabineros y otro de la Armada, por lo que no resulta legítima la investigación realizada en tan irregulares condiciones. Por último se aduce que el referido sobreseimiento que se ha analizado latamente, no ha sido dejado sin efecto, por lo que mantendría sus efectos. Creemos que ello no es así, pues esa resolución fue dictada en un período de anormalidad constitucional y en donde no funcionaba regularmente el sistema de justicia ni los tribunales ordinarios, lo que acrecienta esa falta de legitimación referida. Además, en casos como el que se conoce, ha sido la Excm. Corte Suprema quien ha dejado sin efecto tales resoluciones (Rol 144.063-2011, víctima Luis Humberto Silva Jara, de este Tribunal), y que se trata de una causa similar a esta en el sentido señalado, pero ello ha ocurrido por cuanto en ese proceso se hicieron uso de recursos que permitieron que el Excmo. Tribunal conociera de esa causa, constando que en esta aún no se ha alcanzado esa etapa jurisdiccional. Por consiguiente, en virtud de todas estas consideraciones, esta petición de que se aplique la cosa juzgada por todas las defensas, será rechazada.

E.- Como puede verse los argumentos para negar la cosa juzgada por el Ministro Jaime Arancibia, son idénticos a los que se dio en el caso Loayza Tamayo, y que la CIDH declaró que constituía una vulneración a los derechos humanos, es decir, que se investigan los mismos hechos que ya fueron objeto de la investigación y resolución, otorgándole una calificación jurídica distinta, lo que está vedado por la Convención americana de Derechos Humanos, y que transgrede la norma Constitucional del deber de aplicar la ley mas favorable al reo, lo que incide DIRECTAMENTE en la declaración de inocencia de mi representado, lo que el Ministro sabe, y lo que busca con esta violación de Derechos Humanos, es justamente obtener una sentencia condenatoria espuria.

F.- De hecho, otro argumento que da el Ministro en Visita, es francamente inadmisibile, y creemos que traspassa su conducta de ejercer la jurisdicción, y se acerca a la eventual comisión de un ilícito penal de prevaricación, pues se atribuye una potestad que la LEY no le concede, y que es exclusiva de la Corte Suprema, que es dejar sin efecto una sentencia ejecutoriada penal, a través del Recurso de Revisión. La argumentación para ello nos parece sumamente grave, pues sostiene que la sentencia dictada por la Corte Marcial de Valparaíso, y que se encuentra ejecutoriada hace 44 años, habría sido una sentencia dictada adoleciendo de “cosa juzgada aparente o cosa juzgada fraudulenta”.

G.- Demás está decir, que en dicho razonamiento contenido en el considerando undécimo del fallo, no se funda en norma legal alguna, en autor doctrinal alguno, sino que en meras opiniones personales, subjetivas, genéricas y especialmente erróneas.

Su primer argumento, sostiene que habría cosa juzgada fraudulenta **“por la dictación de determinadas resoluciones judiciales que no se ajustan al mérito del respectivo proceso o que se dictan en contravención a pruebas tangibles y precisas que apuntan en una dirección diversa a las del sobreseimiento”**. Esto no es efectivo, de hecho recordemos que esta resolución de sobreseimiento fue revisada por la Ilustrísima Corte Marcial, integrada por un ex Supremo, como don Domingo Yurac; y un destacado Ministro de la Corte de Valparaíso, como el sr. Raúl Mera. Se desprende que según las graves imputaciones del Ministro Arancibia, que estos destacados miembros del Poder Judicial habría prevaricado, lo que es del todo inaceptable. Además, no señala que resoluciones serían las que apuntan en sentido contrario al mérito del proceso y de qué modo lo haría. En su oportunidad no se presente recurso de Queja, o una Queja disciplinaria en contra del proceder de dichos jueces y Ministros. Tampoco se presentó querrela criminal por prevaricación. Las pruebas tangibles.

H.- Mas adelante, realiza en el mismo considerando, una grave acusación: *“Al examinar la causa resulta evidente que la investigación fue mal enfocada desde el inicio y que lo que intentó fue dar un viso de legalidad a una situación totalmente irregular y constitutiva de un delito grave”*. Reitero lo dicho precedentemente, la Ilustrísima Corte Marcial, integrada por un ex Supremo, como don Domingo Yurac; y un destacado Ministro de la Corte de Valparaíso, como el sr. Raúl Mera. Se desprende que según las graves imputaciones del Ministro Arancibia, que estos destacados miembros del Poder Judicial habría prevaricado, lo que es del todo inaceptable. Además, no señala que resoluciones serían las que apuntan en sentido contrario al mérito del proceso y de qué modo lo haría. En su oportunidad no se presente recurso de Queja, o una Queja disciplinaria en contra del proceder de dichos jueces y Ministros. Tampoco se presentó querrela criminal por prevaricación en contra del Juez naval y de los Ilustrísimos Ministros de la Corte Marcial.

I.- Luego como tercer argumento señala: *“En el caso de marras, se trató de la aprehensión de la víctima por motivos netamente políticos, pues no se le imputaba participación en ningún hecho concreto, de acuerdo a la legislación vigente en esa época, que permitiera su aprehensión y su posterior asesinato.”* Nos cuesta creer que el Ministro Arancibia, desconozca la cosa juzgada, desconociendo abiertamente el mérito del proceso, las circunstancias fácticas y las probanzas rendidas, dando muestra de falta de imparcialidad mínima, pues se acreditó fehacientemente lo siguiente:

I.1. EL DETENIDO ERA MILITANTE DEL MIR A LA FECHA DE LA DETENCIÓN: De acuerdo a la legislación VIGENTE a la época, el MIR era una Asociación Ilícita, en virtud de lo que decretó el Decreto ley 77, insisto, VIGENTE en la época de los hechos. Pero se le proscribe no por razones políticas, como sostiene el Ministro, sino que por los múltiples actos ilícitos cometidos por el MIR y sus brazos FTR (Frente de Trabajadores Revolucionarios); el MCR (Movimiento campesino Revolucionario), que llevaron adelante una infinidad de usurpaciones de predios en los campos, así como tomas de diversas empresas. Además, de andar armados tal cual acaeció con el detenido. Desconocer estos hechos es faltar a la verdad más básica.

Pero hay otro antecedente, igualmente importante, que consiste en la declaración de Principios del MIR, que señala sin ambages lo siguiente:

Declaración de principios del MIR

I

El MIR se organiza para ser la vanguardia marxista-leninista de la clase obrera y capas oprimidas de Chile, que buscan la emancipación nacional y social. El MIR se considera el auténtico heredero de las tradiciones revolucionarias chilenas y el continuador de la trayectoria socialista de

Luis Emilio Recabarren, el líder del proletariado chileno. **La finalidad del MIR es el derrocamiento del sistema capitalista y su reemplazo por un gobierno de obreros y campesinos, dirigido por los órganos del poder proletario, cuya tarea será construir el socialismo y extinguir gradualmente el Estado hasta llegar a la sociedad sin clases. la destrucción del capitalismo implica un enfrentamiento revolucionario de las clases anatómicas.**

II

El MIR fundamenta su acción revolucionaria en el hecho histórico de la lucha de clases. Los explotadores, por un lado, asentados en la propiedad privada de los medio de producción y de cambio; y por otro, los explotados, mayoría aplastante de la población que sólo cuentan con la fuerza de trabajo, de los cuales la clase burguesa extrae la plusvalía. El MIR reconoce al proletariado como la clase de vanguardia revolucionaria que deberá ganar para su cause a los campesinos, intelectuales, técnicos y clase media empobrecida. **El MIR combate intransigentemente a los explotadores, orientado en los principios de la lucha de clase contra clase y rechaza categóricamente toda estrategia tendiente a amortiguar esta lucha.**

VII

Las directivas burocráticas de los partidos tradicionales de la izquierda chilena defraudan las esperanzas de los trabajadores; en vez de luchar por el derrocamiento de la burguesía, se limitan a plantear reformas al régimen capitalista, en el terreno de la colaboración de clases, engañan a los trabajadores con una danza electoral permanente, olvidando la acción directa y la tradición revolucionaria del proletariado chileno. Incluso, sostienen que se puede alcanzar el socialismo por la "vía pacífica y parlamentaria", como si alguna vez en la historia de las clases dominantes hubieran entregado voluntariamente el poder.

El MIR rechaza la teoría de la "vía pacífica" porque desarma políticamente al proletariado y por resultar inaplicable, ya que la propia burguesía es la que resistirá, incluso con la dictadura totalitaria y la guerra civil, antes de entregar

pacíficamente el poder. **Reafirmamos el principio marxista-leninista de que el único camino para derrocar al régimen capitalista es la insurrección armada.**

VIII

Frente a estos hechos, hemos asumido la responsabilidad de fundar el MIR para unificar, por encima de todo sectarismo, a los grupos militantes revolucionarios que estén dispuestos a emprender rápida, pero seriamente, la preparación y organización de la Revolución Socialista Chilena. **El MIR se define como una organización marxista-leninista,** que se rige por los principios del centralismo democrático.

I.2. QUE SEÑALABA EL DECRETO LEY 77:

Artículo 1.o- Prohíbense, y, en consecuencia, serán consideradas asociaciones ilícitas, los Partidos Comunista, Socialista, Unión Socialista Popular, Movimiento de Acción Popular Unitario, Radical, Izquierda Cristiana, Acción Popular Independiente y todas aquellas entidades, agrupaciones, facciones o movimientos que sustenten la doctrina marxista o que por sus fines o por la conducta de sus adherentes sean sustancialmente coincidentes con los principios y objetivos de dicha doctrina y que tiendan a destruir o a desvirtuar los propósitos y postulados fundamentales que se consignan en el Acta de Constitución de esta Junta.

Decláranse disueltos, en consecuencia, los partidos, entidades, agrupaciones, facciones o movimientos a que se refiere el inciso anterior, como asimismo las asociaciones, sociedades o empresas de cualquiera naturaleza que directamente o través de terceras personas pertenezcan o sean dirigidos por cualquiera de ellos.

Cáncélase, en su caso, la personalidad jurídica de los partidos políticos y demás entidades mencionados en los incisos precedentes. Sus bienes pasarán al dominio del Estado y la Junta de Gobierno los destinará a los fines que estime convenientes.

Artículo 2.o- Las asociaciones ilícitas a que se refiere el artículo anterior importan un delito que existe por el solo hecho de organizarse, promoverse o inducirse a su organización.

Artículo 4.o- La infracción a lo dispuesto en los artículos anteriores será castigada con las penas de presidio, relegación o entañamiento menores en sus grados medio o máximo y la inhabilitación absoluta perpetua para ocupar

cargos u oficios en la Administración Pública, Servicios Municipales, Empresas Fiscales, Semifiscales, de Administración Autónoma u otros en que tenga participación mayoritaria el Fisco.

I.3. ENTREGABA Y DISTRIBUÍA REMEZAS DE DINERO PARA UNA ASOCIACIÓN ILÍCITA: Obviamente que dicha conducta, caía dentro del tipo penal que sancionaba el decreto ley 77, por ende, su conducta era punible legítimamente por los Tribunales y la ley.

I.4. AL MOMENTO DE SER DETENIDO PORTABA ILEGALMENTE UN ARMA DE FUEGO: Además, al portar arma de fuego, el detenido cometía el delito de porte ilegal de armas, encontrándose en flagrancia, por lo que podía ser detenido sin una orden judicial competente. No obstante ello, el expediente de la Fiscalía Naval, da cuenta de la existencia de una orden de detención previa a que esta se produjera.

I.5. TENÍA EN SU PODER CÉDULAS DE IDENTIDAD FALSIFICADAS: Por si fuera poco, además de militar en una asociación ilícita, además de cometer el delito de porte ilegal de armas, tenía en su poder cédulas de identidad adulteradas, cometiendo un delito de falsificación de instrumento público.

I.6. ESTANDO DETENIDO EN MANOS DE LA AUTORIDAD COMPETENTE Y POR ORDEN DE LA FISCALÍA NAVAL, SE DIO A LA FUGA. Recordemos que es el propio Ministro Arancibia, quien ha sostenido falsamente, que nos encontrábamos en un Estado de Guerra, con la finalidad, también errónea de privar la amnistía y de la prescripción a los procesados. Si fuese consecuente con sus dichos, cabe concluir que al haberse dado a la fuga, regía en plenitud el artículo 374 del Código de Justicia Militar, que señala lo siguiente y que transforma la muerte del detenido en una conducta NO PUNIBLE:

Art. 374. Contra un prisionero de guerra fugitivo se puede hacer uso de las armas si no obedeciere a la intimación de detenerse.

J.- Luego el Ministro continúa intentando justificar sus razones para desconocer la cosa juzgada de un fallo del todo legítimo: *“Por otro lado, los mismos órganos que estaban a cargo de la investigación, de aquellos sucesos que supuestamente ponían en peligro la seguridad interior del país, estaban encargados a través de un desdoblamiento impropio e irregular, de impartir justicia a través de órganos que pertenecían todos, a una misma institución armada.”*

Dicha aseveración emitida por un Ministro en su fallo, francamente impacta, y no la acogemos, pues el Juzgado Naval y la Corte Marcial, son entidades supeditadas en cuanto a su funcionamiento y dictación de resoluciones jurisdiccionales a la Excelentísima Corte Suprema, y por ende, parte del Poder Judicial, y no de las fuerzas Armadas. Son TRIBUNALES, y no un destacamento cualquiera, como insinúa. Y la Corte Marcial es Presidida por un Ministro de Corte de Apelaciones e integrada por dos miembros más de dichas Cortes Civiles, existiendo mayoría en ella de civiles, ya que las salas pueden funcionar con tres miembros, al menos la Corte Naval. Funcionan en los edificios de las Cortes de Apelaciones, por lo que es inaceptable sostener que la

jurisdicción militar, es impartida por los mismos que cometían los supuestos delitos, tal como sostiene de manera absurda el sentenciador. Como el sentenciador incurre en ignorancia grave de la ley vigente al momento de los hechos, desconoce igualmente que la competencia estaba establecida **POR LEY DICTADA CON ANTERIORIDAD A LOS HECHOS**, y no por un capricho de algún militar abusivo que se atribuye la competencia. De hecho el decreto ley 77 establece en su artículo 6 lo siguiente, remitiéndose a su vez a la Ley de Seguridad Interior del Estado:

Artículo 6: Los procesos a que dieran lugar los delitos previstos en este decreto ley, serán de competencia y se sustanciarán de acuerdo a las normas establecidas en el Título VI de la ley N.º 12.927.

Por su parte, el título VI de la ley 12.927, señala en su artículo 26 inciso 4º señala (en negrilla):

TITULO VI

Jurisdicción y Procedimiento

Artículo 26º.- Los procesos a que dieran lugar los delitos previstos en esta ley, en los Títulos I, II y VI, párrafo 1º del Libro II del Código Penal, en el Título IV del Libro III del Código de Justicia Militar, se iniciarán por requerimiento o denuncia del Ministro del Interior o de los Intendentes respectivos, o por la autoridad o persona afectada si se trata de los delitos descritos en la letra d) del artículo 4º o en la letra b) del artículo 6º de la presente ley, y conocerán de ellos en primera instancia, cuando los delitos sean cometidos exclusivamente por civiles, un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva y en segunda instancia, la Corte con excepción de ese Ministro. Si el Tribunal de segunda instancia constare de más de una Sala, conocerá de estas causas la Sala que corresponda, previo sorteo.

Si la autoridad afectada es alguna de las ramas del Congreso Nacional o la Corte Suprema, el requerimiento a que se refiere el inciso anterior sólo podrá efectuarlo el Presidente de la respectiva Corporación.

Si se tratare del delito de desacato a que se refieren los artículos 263, 264, N.ºs. 2º y 3º circunstancia segunda del Código Penal, el proceso se iniciará por requerimiento o denuncia del Presidente del respectivo Tribunal o del magistrado afectado, según corresponda.

Si estos delitos fueren cometidos por individuos sujetos al fuero militar o conjuntamente con militares y civiles, corresponderá su conocimiento en primera instancia al Juzgado Militar respectivo, y en segunda instancia, a la Corte

Marcial.

En tiempo de guerra, en todo caso, serán de la competencia de los Tribunales Militares de ese tiempo los delitos previstos en los artículos 4, 5 a), 5 b), 6, 11 y 12, de esta ley.

Es decir, dichos hechos fueron conocidos por el **JUEZ NATURAL**, fijado por **LEY**, con **ANTERIORIDAD A LOS HECHOS**, y no por un regimiento como insinúa el Ministro, confundiendo un tribunal con un regimiento, lo que es a todas luces inaceptable, menos aun, si con ese argumento se desconoce la cosa juzgada.

K.- “Por último se aduce que el referido sobreseimiento, que se ha analizado latamente, no ha sido dejado sin efecto, por lo que mantendría sus efectos. Creemos que ello no es así, pues dicha resolución fue dictada en un período de anormalidad constitucional en donde no funcionaba regularmente el sistema de justicia, ni los tribunales ordinarios, lo que acrecienta esa falta de legitimación referida.” Dicha argumentación es del todo inaceptable, ya que aporta solo incertidumbre jurídica, no es una causal establecida por ley, y además, es del todo conocido que se mantuvo vigente la misma Constitución Política de 1925, el mismo código de Justicia Militar, los mismos jueces, se respetó la autonomía de éstos, como no recordar al juez Cánovas Robles, y otros que no aceptaron la intromisión del poder político militar en el ejercicio de la jurisdicción. Este argumento, sin duda, absurdo del todo llevaría a concluir que cualquier sentencia dictada en períodos de anormalidad Constitucional, podría ser desconocida de facto, como lo hace el sentenciador, actuando al margen de la ley.

L.- Si bien los argumentos dado por el Ministro no son materia de la inaplicabilidad. Si no que del juez de fondo, es decir, de la Excelentísima Corte Suprema, que conocerá del Recurso de Casación, demuestra la importancia de acoger que debe acogerse la aplicación de la ley mas favorable al reo, y aplicar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impide la revisión de las sentencias a través de las recalificaciones jurídicas de los delitos que se imputan a mi mandante, y de excusas que carecen de toda validez, pues de lo contrario, se perpetrará la condena de un inocente a través de una sentencia infame, es decir, con el desconocimiento manifiesto y reiterado de derechos humanos, a través de la aplicación del procedimiento inquisitivo. Debe aplicarse el mismo razonamiento que aplicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, recordando que dichas sentencias son vinculantes para el estado de Chile.

SEGUNDA NORMA MAS FAVORABLE AL REO QUE DEBE APLICARSE: ARTÍCULO 6.5. DEL PROTOCOLO II DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA.

A.- Frente a la excepción de previo y especial pronunciamiento de AMNISTÍA hecha valer por mi mandante, y que el Ministro en Visita extraordinaria don Jaime Arancibia, rechaza arbitraria e ilegalmente en el fallo de primera instancia, causa rol 144.053-2011, de fecha 27 de mayo de 2019:

Décimo segundo: Que respecto a la excepción de previo y especial pronunciamiento promovida por las defensas de los acusados Alcayaga, Badilla y Silva, consistente en la amnistía que se habría dictado el año 1978, y a que se refieren los considerandos segundo, quinto y octavos precedentes, si bien se indica que los hechos constitutivos de la presente investigación caen dentro de los términos del Decreto Ley 2191 de ese año, esa normativa resulta inaplicable al caso de autos, toda vez que los delitos que aquí se investigan, homicidio calificado y aplicación de tormentos, conforme a los convenios de Ginebra dictados en 1949 y con aplicación en Chile desde el año 1951, se consideran crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ello es así porque se trata de crímenes de especial gravedad que son cometidos por agentes del Estado en contra de personas que se encuentran inermes e indefensas ante la actuación estatal, en un contexto histórico en donde no se respetan las garantías básicas de los ciudadanos, existe una concentración del poder en órganos que no tienen ningún control y en donde los tribunales de justicia no actúan con la plenitud de sus facultades y atribuciones que debieran tener en estos casos. Es por todo ello que estos atentados graves se consideran crímenes de lesa humanidad, y consecuencia de ello, conforme lo señalan el artículo 3° de los Convenios de Ginebra y el artículo 147 del Convenio IV, no es posible amnistiar estos ilícitos y exonerar de responsabilidad a los que los cometieron. En concreto, se prohíbe la auto amnistía, pues en dicho caso, las propias fuerzas armadas dictan una normativa que exonera de responsabilidad a los mismos miembros que cometieron estos crímenes de lesa humanidad. Que esta conclusión es la vigente en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, y además porque se considera que en el periodo indicado en el Decreto ley ya referido, el país se encontraba en “estado o tiempo de guerra”, por lo que, ante esa situación, son aplicables plenamente los Convenios de Ginebra ya mencionados. Por último, si bien es cierto el decreto ley en cuestión no ha sido derogado y se encuentra vigente, lo importante en este caso es que se trata de una normativa inaplicable por las razones ya dichas, y consecuencia de ello, no puede ella invocarse como causal extintiva de responsabilidad. En mérito de lo señalado, esta excepción de previo y especial pronunciamiento será rechazada.

B.- Al igual que con el caso de la Cosa Juzgada Fraudulenta, se realiza por el juez una serie de consideraciones genéricas, vagas y se falta a la verdad, pues en Chile, nunca hubo un estado de

Guerra real ni jurídico, sino que se aplicó la legislación del Código de Justicia Militar en tiempos de Guerra.

C.- Por ende, el presupuesto fáctico del Ministro Arancibia para negar aplicar la amnistía es del todo falso. Nunca hubo guerra, y menos a la fecha en que sucedieron los hechos del juicio penal que nos ocupa, recordemos que ello acaeció el año 1977. Por ende, no es aplicable la legislación de Guerra, en particular los Convenios de Ginebra, que el Ministro especifica, IV, que regula Guerras EXTERNAS que no es el caso chileno, salvo en cuanto al artículo 3, norma que cita el Ministro, y que señala:

Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Igualmente, señala el artículo 147 de dicho Convenio como fundamento para no aplicar una ley vigente como lo es el decreto Ley 2191, norma que señala:

Artículo 147 - II. Infracciones graves

Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

¿En qué parte de dichas normas se señala que se prohíbe la aplicación de la AMNISTÍA?

D.- Frente a la creatividad y osadía del Ministro, supongamos por sólo un momento que el Estado Fáctico o Jurídico de Guerra fue real, es decir, hubo Guerra en Chile. Entonces tiene todo

vigor el Protocolo II de los Convenios de Ginebra, que es el que regula las Guerras Internas, a diferencia de los otros cuatro Convenios que regulan las guerras externas. Que dice el protocolo II del Convenio de Ginebra, en relación a la amnistía en el artículo 6.5:

Artículo 6 - Diligencias penales

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

E.- La otra línea argumentativa del Ministro para eludir la aplicación de la amnistía, es que las conductas realizadas por mi mandante, es que serían constitutivos de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, posición consolidada en la jurisprudencia nacional, pero que no por mucho repetir el error, pasa a ser una aseveración correcta. Veamos porque:

E.1. En el derecho penal el principio de Legalidad rige absolutamente, tanto en nuestra legislación como en los tratados de Derechos Humanos, sin ley no hay delito.

E.2. Corolario inmediato del principio de legalidad, es el de irretroactividad penal, es decir, que el tipo penal que se aplica, debe haberse promulgado y publicado, con anterioridad a su aplicación.

E.3. Ambos derechos humanos son conculcados, es decir, principio de legalidad y de irretroactividad penal, al no aplicar la ley mas favorable al reo, con el razonamiento del sentenciador, al calificar las conductas lícitas en el ejercicio de sus funciones, como **“Crímenes de Guerra”** o **“Delito de lesa Humanidad”** , pues recién en el año 2009, se dicta la ley 20.357, que tipifica los delitos de lesa Humanidad y de crímenes de guerra. Es decir, se viola el principio de legalidad y de irretroactividad penal por parte del sentenciado, para intentar justificar, la no aplicación de una ley vigente, como es la amnistía en el decreto ley 2191 y el artículo 6.5. del protocolo II de los Convenios de Ginebra que regula las guerras internas.

E.4. La ley 20.357 se publica con fecha 18 de julio de 2009, la que se dicta como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma, por parte de Chile, a través del decreto 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que se publica con fecha 1 de agosto de 2009.

E.5 Para clarificar más aun el asunto que no puede aplicarse los delitos “de lesa humanidad” y “Crímenes de guerra” el estatuto de Roma en su artículo 24 señala:

Artículo 24.1 Irretroactividad *ratione personae*:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

Por lo anterior, la calificación de delitos de guerra o de lesa humanidad, no sólo atenta contra la ley mas favorable al reo, sino que también al principio de legalidad penal o tipicidad, a la irretroactividad de la ley penal, y por si fuera poco, además afecta al Principio del Juez Natural, según veremos sucintamente:

E.6. Hasta antes de la dictación de la ley 20.357, el razonamiento del juez del todo erróneo, en cuanto a que existiría Estado de Guerra, nos llevaría necesariamente a que la competencia es de los Tribunales Militares, de eso no hay duda. Por tanto, el es incompetente del todo.

Pero después de la ley 20.357, que establece la tipificación de delitos de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Chile, y que no pueden aplicarse retroactivamente, vemos que de acuerdo a la teoría de los actos propios, el juez igualmente carecería de competencia, ya que la ley 20.357, la ley orgánica del Ministerio Público, asignándole competencia exclusiva los Fiscales regionales, para conocer de los delitos de lesa humanidad, y establece lo siguiente en el actual artículo 19 de la ley 19.640:

Artículo 19.- El Fiscal Nacional podrá disponer, de oficio y de manera excepcional, que un Fiscal Regional determinado asuma la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos en relación con hechos delictivos que lo hicieren necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación.

Se entenderá, especialmente, que resulta necesaria dicha designación, tratándose de investigaciones por delitos de lesa humanidad y genocidio.

E.7. Los Convenios de Ginebras, impedirían la autoexoneración de Responsabilidad:

E.7.1. Si bien podría tener cierto asidero, ya que la amnistía se aplicó a muchas personas condenadas por delitos en contra de la ley de armas y de seguridad interior del Estado, producto de la contingencia política, sin duda, que respecto del Protocolo II de Ginebra, artículo 6.5., pues dicha

norma la dicta el Presidente Democrático Patricio Aylwin, a través del decreto 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 18 de octubre de 1991, por lo que quien faculta a la aplicación de la amnistía mas amplia posible es el opositor al Gobierno Militar, Patricio Aylwin Azocar, por lo que no existe autoexoneración a través de la amnistía

5.-JURISPRUDENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

A.- Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 993-2007, señala: “La llamada “presunción de inocencia” está compuesta de dos reglas complementarias entre sí.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de termino no declare lo contrario (nulla poena sine indicio)

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (indubio pro reo)”.

6.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA. Coso Loayza Tamayo Vs.

Perú, sentencia de fondo, considerandos 66 a 77, ambos incluidos, que señalan:

66. En cuanto a la denuncia de la Comisión sobre violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de non bis in idem está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos: ...

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de 31 protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.

67. En el caso presente, la Corte observa que la señora María Elena Loayza Tamayo fue procesada en el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria que está estrechamente vinculado al delito de terrorismo, como se deduce de una lectura comparativa del artículo 2, incisos a, b y c del Decreto-Ley N° 25.659 (delito de traición a la patria) y de los artículos 2 y 4 del Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo).

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “propia Policía (DINCOTE)”. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.

69. El Juzgado Especial de Marina, en sentencia de fecha 5 de marzo de 1993, que quedó firme después de haberse ejercido contra la misma los recursos respectivos,

absolvió a la señora María Elena Loayza Tamayo del delito de traición a la patria y agregó que apareciendo de autos evidencias e indicios razonables que hacen presumir la responsabilidad... por delito de Terrorismo, ilícito penal tipificado en el Decreto-Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, procede remitir copia certificada de todos los actuados policiales y judiciales al Fiscal Provincial de Turno... a fin de que conozcan los de la materia y proceda conforme a sus atribuciones legales.

70. La Corte no acepta la afirmación del Estado en el sentido de que la sentencia de 5 de marzo de 1993 no hizo otra cosa que “inhibirse al conceptuar que los actos que se imputan a María Elena Loayza Tamayo no constituyen delito de traición a la patria sino de terrorismo [ya que] el término de absolució n que utilizó la Justicia Militar... no se equipara a lo que realmente puede entenderse del significado de esa palabra...”. En dicha sentencia, que resolvió un proceso seguido también contra otras personas, el mencionado Tribunal utilizó, refiriéndose a algunas de ellas, la frase “se inhibe del conocimiento del presente caso con respecto a...”. Si la intención judicial hubiera sido la de limitar su pronunciamiento a un asunto de incompetencia, habría empleado idéntica fórmula al referirse a la señora María Elena Loayza Tamayo. No fue lo que hizo, sino que, al contrario, usó la expresión “absolució n”.

71. La Comisión presentó copias de varias sentencias dictadas por los tribunales militares para demostrar que, cuando este fuero se considera incompetente para conocer un caso similar, utiliza el concepto jurídico de “inhibició n”. Textualmente, en una de ellas, el Consejo de Guerra Especial de Marina resolvió “[su i]nhibitoria... en favor del Fuero Común debiendo remitirse los actuados al Señor Fiscal Provincial en lo Penal de Turno por constituir los hechos del delito de Terrorismo, a fin de que se pronuncie conforme a sus atribuciones; y los devolvieron”.

72. La Corte observa que el Juez Instructor Especial de Marina, al absolver a la señora María Elena Loayza Tamayo y a otros procesados, dictó una sentencia, con las formalidades propias de la misma, al expresar que lo hacía [a]dministrando Justicia a nombre de la Nación, Juzgando las pruebas de cargo y de descargo con criterio de conciencia y a mérito de la facultad concedida en el artículo primero del Decreto Ley veinticinco mil setecientos ocho y artículo primero del Decreto Ley veinticinco mil setecientos veinticinco, concordante con la Ley Constitucional de fecha seis de enero de mil novecientos noventitres. Además, decidió “sin lugar el pago de reparació n civil” que sólo procede cuando se absuelve a una persona y no cuando se declara una incompetencia.

73. Por cuanto, en las sentencias firmes pronunciadas por los tribunales militares y ordinarios en relación con la señora María Elena Loayza Tamayo no se precisan los hechos sobre los cuales se fundamentan para absolver en primer lugar y condenar luego, es necesario acudir al atestado policial y a las acusaciones respectivas para identificarlos.

74. Ante la jurisdicción militar los citados hechos se consignan de manera imprecisa en el Atestado Ampliatorio N° 049-DIVICOTE 3-DINCOTE de 25 de febrero de 1993 y, concretamente, en la parte relativa de la acusació n formulada por el Fiscal Militar ante el Juzgado Especial de Marina el 4 de marzo de ese año, se le imputa a la señora María Elena Loayza Tamayo que [era integrante] del Departamento de Socorro Popular del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, conformando la ‘Célula de Direcció n’, y [era] responsable[] de la elaboració n de los planes de acció n para cada campaña o período determinado, así como de la direcció n, supervisió n, control y abastecimiento logístico de los destacamentos y milicias que ejecutan las diversas acciones terroristas. ... Asimismo se ha determinado que María Elena LOAYZA Tamayo, alias ‘Rita’ [es autora] del delito de Traició n a la Patria y se encuentra comprendid[a] en el Decreto Ley 25.659 por los siguientes argumentos: -Por haber efectuado acciones a favor de la organizació n terrorista del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso con empleo de armas de fuego y artefactos explosivos. -Por pertenecer a la organizació n terrorista del PCP-SL con nivel dirigencial ‘Comunista’, ‘Mando político’, ‘Mando Militar’, ‘Activistas Combatientes’, lo que se corrobora con

sus manifestaciones, actas de reconocimiento, documentación incautada. -Por pertenecer a un grupo dedicado a realizar 'Aniquilamiento' de diferentes personas y como tal encargados de seleccionar los objetivos, planificación y ejecución de dichas acciones... -Por haber demostrado en todo momento que tienen preparación ideológica e importancia dentro de la organización terrorista, al negar en todo momento su vinculación o aceptar lo mínimo para aparentar y demostrar coartadas a fin de evadir o atenuar su responsabilidad penal, que es característica en los componentes de esta agrupación, exponiendo su cinismo y fanatismo para de ese modo conservar su 'regla de oro' (secreto y no delatar), conforme a sus principios doctrinarios. -Se ha llegado a establecer que los inmuebles en donde realizaban reuniones para planificar, coordinar, retransmitir directivas, evaluar las acciones, efectuar balances y para el adoctrinamiento Ideológico-Político son los siguientes: 33-El inmueble de María Elena Loayza Tamayo, alias 'Rita', en donde residían en forma clandestina Nataly Mercedes Salas Morales alias 'Cristina' y Vilma Ulda Antaurco alias 'Mónica'...

75. Ante la jurisdicción común la instrucción se inició mediante auto dictado por el 43º Juzgado Penal de Lima, el 8 de octubre de 1993, el cual se apoyó en el mismo atestado policial ampliatorio. Dicho auto, en la parte pertinente sostuvo que existiendo evidencias de la comisión del delito de terrorismo contra los referidos encausados; a que se les atribuye a los denunciados formar parte del Partido Comunista del Perú -Sendero Luminoso- que para la consecución de sus fines utilizan medios terroristas... Igualmente en dicho auto se requirió a la DINCOTE que remitiera los documentos, manifestaciones policiales y anexos al atestado policial mencionado, entre estos las manifestaciones de la señora María Elena Loayza Tamayo, la notificación de su detención, su ficha biográfica, el acta de registro domiciliario de su residencia y los documentos que en ésta fueron incautados.

76. La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra "absolución", sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

77. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

III.- TERCER CAPÍTULO DE INAPLICABILIDAD: NORMAS QUE VULNERAN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

1.- NORMAS CONSTITUCIONALES.

A.- Artículo 19 N° 3 inciso 5º: *“Toda sentencia de un órgano debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, concordado con el inciso 2º del artículo 5º y la Garantía del artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos”.*

B.- Artículo 1º inciso 1º: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

C.- Artículo 19 N° 2°: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

D.- Artículo 19 N° 3°: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

E.- Artículo 19 N° 7°: “El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

a) *Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;*

b) *Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;”*

F.- Artículo 19 N° 26°: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

2.- NORMAS VULNERADORAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A.- Artículo 274 del CPP: “**Después que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso**, si de los antecedentes resultare:

1° *Que está justificada la **existencia del delito** que se investiga, y*

2° *Que aparecen **presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.***

El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas”.

B.- Artículo 424 del CPP: “**Cuando, ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, el juez no encontrare mérito para decretar el sobreseimiento, dictará un auto motivado en el cual dejará testimonio de los hechos que constituyen el delito o los delitos que resultan haberse cometido y la participación que ha cabido en él, o en cada uno de ellos, al reo o a los reos de la causa, con expresión de los medios de prueba que obran en el sumario para acreditar unos y otras.** Este auto será la **acusación de oficio** y deberá dictarse en el plazo de quince días, contado desde la ejecutoria aludida al comienzo de este artículo”.

C.- Artículo 275.- “La resolución en que el inculpado sea sometido a proceso o mandado poner en libertad será fundada y expresará si se han reunido o no las condiciones determinadas en el artículo 274.

La que lo somete a proceso enunciará, además, los antecedentes tenidos en consideración y describirá sucintamente los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas.

En la misma resolución, **el juez ordenará la filiación del reo por el servicio correspondiente** y concederá la excarcelación al procesado, fijando en su caso la cuantía de la fianza, cuando el delito por el cual se le enjuicia haga procedente ese beneficio en alguna de las formas previstas en los artículos 357 ó 359, a menos que exista motivo para mantenerlo en prisión preventiva, el que deberá expresar.

Si fuere necesario, las decisiones a que se refiere el inciso precedente podrán ser dictadas en resoluciones separadas”.

D.- Artículo 277.- “Por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva”.

E.- Art. 305 bis C. “No obstante lo dispuesto en el artículo 305 bis A, las órdenes de detención y la resolución que somete a proceso al inculcado llevan consigo el arraigo, mientras están vigentes en el proceso y aun cuando el inculcado o reo se encuentre en libertad provisional.

Producen también arraigo de pleno derecho las sentencias condenatorias que impongan penas privativas o restrictivas de libertad que deban cumplirse en el país mientras no se ejecuten o extingan y aun en los casos en que el condenado se encuentre en libertad condicional o esté suspendida la ejecución de la pena en virtud de alguno de los beneficios establecidos en la ley N° 18.216”.

3.- NORMAS TRANSGREDIDAS EN TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS QUE SE ENCUENTRAN VIGENTES, POR SER CHILE PARTE CONTRATANTE EN ELLOS, POR LA NORMA LEGAL INCONSTITUCIONAL.

A.- Artículo 8.2. de la Convención Americana: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

B.- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: Artículo XXVI. “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

C.- Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 11.1. “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

D.- Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las libertades fundamentales:

Artículo 6.2. “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.”

E.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 14.2. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”

F.- Protocolo II del Convenio de Ginebra, artículo 6.- letra d) Diligencias Penales:

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley:

G.- Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6.2. ordena que: “ Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

H.- Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1: Obligación de respetar los derechos.

1) “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

I.- Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno .

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

J.- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. ARTICULO 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

4.- NORMAS LEGALES CONTRADICTORIAS CON LAS NORMAS LEGALES VULNERADOS DE LA CONSTITUCIÓN.

A.- Código Procesal Penal: Artículo 4º.- Presunción de inocencia del imputado. “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal.”

B.- Código de Procedimiento Penal: Artículo 42.- “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”.

C.- Art. 456. bis “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la ley”.

5.- ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO DE CÓMO LA NORMA LEGAL VULNERA LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR ELLA Y LOS DERECHOS INCORPORADOS EN TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN ESTE JUICIO EN PARTICULAR.

A.- La regla clara y precisa sobre respeto a la presunción de inocencia, queda establecida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que sostuvo en su Observación General 13 del año 1984, en A/39/40 (1984) Annex VI (PP.143-147) que *“...la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.”*

Coincide este planteamiento con lo prescrito por el artículo 4° del Código Procesal Penal, actualmente vigente en Chile, anteriormente citado.

B.- Ulpiano señalaba ya en el Corpus Juris Civilis, que *“nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente.”* Como puede verse, vulnerar la presunción de inocencia significa retroceder siglos de avance en el respeto de las garantías más básicas del respeto al debido proceso.

C.- La presunción de inocencia de mi representado se vulnera de cinco maneras diversas:

C.1. Auto de procesamiento y culpabilidad.

C.2.- Inversión del onus probandi por parte del tribunal.

C.4. Estigmatización social que afecta la imparcialidad de tribunales y otras autoridades.

C.3.- Privación de libertad sin estar condenado.

C.5. En cuanto a la acreditación del delito, pues se condena sin existir los medios de prueba que lo acrediten.

C.6. Parcialidad del ente juzgador al momento de dictar sentencia.

C.1.- Auto de procesamiento y culpabilidad: El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, señala:

a.- Artículo 274.- “Después que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare:

1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y

2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

El juez procesará al inculpado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas”.

b.- Esta norma del todo inconstitucional, y la resolución que se dicta al amparo de ella, es la que inicia la relación procesal pues, el inculpado, se transforma en procesado, y con ello, en parte en el juicio criminal, y desde ese mismo momento, el tribunal ya comienza presumiendo

la culpabilidad del imputado, con lo que se envenena todos los frutos procesales, especialmente la prueba que realizará y ponderará en el futuro el juez, que ya presume culpable al procesado de acuerdo al 274 del CPP, y que además será el que realizará la acusación fiscal y que al final del proceso, por si fuera poco, sentenciará, no obstante sus actuaciones procesales previas. Este tema tiene una vinculación directa con la garantía de la imparcialidad del tribunal como se verá en la siguiente garantía vulnerada.

c.- El diputado Juan Bustos Ramírez, en la discusión en la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, precisa que: *“La Constitución establece la presunción de inocencia hasta el momento de la condena. Durante el juicio Oral la persona es considerada inocente mientras no se dicte sentencia. Solamente en el momento en que sea condenada se revierte la presunción de inocencia en una de culpabilidad, con todos los efectos correspondientes.”* (Historia de Ley 20.050, Biblioteca Congreso Nacional, página 1926).

Ya vimos que en procedimiento aplicado a mi representado se presume la culpabilidad, lo que queda patente y con constancia en la resolución que le somete a proceso, por existir para el juez substanciador de la causa, presunciones fundadas de su participación en el ilícito de marras. Es un hecho objetivo e irredargüible, que vulnera la presunción de inocencia de mi mandante de manera indesmentible.

d.- En las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución don Alejandro Silva Bascuñán manifestó que: *“el primer principio es el de la presunción de inocencia. Naturalmente en el derecho chileno así debe ser. Pero tal vez convenga decirlo explícitamente, porque es una consecuencia muy ineludible del respeto a la persona humana y tiene mucho valor tanto con relación al legislador como con relación al juez, en el sentido de que ni aquel ni éste deben dar paso a normas que signifiquen considerar culpable a una persona antes de haber a su respecto una declaración en tal sentido.”*

e.- El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, dice el profesor español Enrique Álvarez Conde, supone dos exigencias: *“Por un lado, que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, y, por otro, que la carga de la prueba corresponde al que acusa. Este derecho no puede entenderse reducido al estricto campo de enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, si no que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se deriven resultado sancionatorio para los mismos o limitativo de sus derechos. Su constitucionalización, supone la plena positivización de un derecho y su elevación a rango de fundamental, de conformidad con el cual deberán ser interpretadas todas las normas que informan nuestro ordenamiento. Estamos en presencia de un derecho público subjetivo que posee su eficacia en un doble plano. Por un lado, en las situaciones extraprocesales, y constituyen el derecho a percibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivos o análogos. Por otro en el campo procesal, donde la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores”*.

Por ello, para autores como Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón, Ángel Rodríguez y José Antonio Mortilla Martos, sostienen que presunción de inocencia es verdaderamente el fundamento del proceso penal del moderno Estado de Derecho Democrático.

C.2.- En cuanto a la inversión del onus probandi: El profesor Humberto Nogueira Alcalá, señala en su obra ya citada que: “Además, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria **impidiendo la condena sin pruebas, las cuales deben ser tales desde las perspectiva jurídica y, además, constitucionalmente legítima, ...**” Más adelante señala: “Toda actuación contraria a estos principios es inconstitucional y nula, debiendo ser ello declarado por los tribunales competentes.”

Y luego continúa aclarando con mayor lucidez el profesor Nogueira Alcalá: “En el ámbito penal la presunción de inocencia presenta las siguientes exigencias:

- a) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en forma exclusiva a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una prueba de los hechos negativos.
- b) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio bajo la intermediación del órgano judicial y con respeto a los principios de contradicción y publicidad. (...)

Este último punto es de la mayor relevancia, pues como analizaremos en lo sucesivo, en las causas seguidas en contra de mi mandante, se han vulnerado la imparcialidad objetiva del tribunal; no se ha respetado el principio de publicidad, tampoco la oralidad, y como consecuencia lógica el principio de la intermediación de la prueba, la que se ha rendido en la obscuridad y secreto del sumario, propio de los sistemas inquisitivos.

Esta idea la desarrolla magistralmente el mismo profesor Nogueira Alcalá, razón por la que me tomo la licencia de abusar de la transcripción del texto, al señalar: “Parece oportuno señalar que la presunción de inocencia supone un límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, límite que se proyecta sobre el régimen de la prueba del proceso. Así, puede llegarse a vulnerar la presunción de inocencia como derecho fundamental si se produce una condena sin pruebas, si las pruebas son irregulares obtenidas (sic) o hechas valer en el proceso sin las garantías debidas.

La presunción de inocencia es un derecho esencial de las personas que para ser desvirtuada requiere que se demuestre la culpabilidad de la persona con pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juez y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y aclaración de los hechos, la práctica y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones. El Estado de Chile no puede aceptar ninguna forma que produzca un principio de inversión de la carga de la prueba, ya que ello sería inconstitucional, vulneraría el bloque de derechos en materia de debido proceso y generaría la responsabilidad intencional (sic- debiera decir “internacional”) del Estado de Chile por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos”

Sobre la prueba, la carga de la prueba y la presunción de inocencia, los profesores españoles José Fernando Merino Merchán, María Pérez Ugena Coromina y José Manuel Vera Santos, sostienen que: “La presunción de inocencia, que sólo puede ser destruida por una sentencia condenatoria, exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria que se lleve a cabo con las necesarias garantías y de la que pueda deducirse razonablemente la culpabilidad del acusado.

El derecho a la presunción de inocencia conlleva a que la carga de la actividad probatoria pese sobre los acusadores, no existiendo nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia o participación en los hechos.”

Complementan lo anterior los profesores **María Victoria García-Atance y García de Mora, Aurora Gutiérrez Nogueroles, Antonia Navas Castillo, Lucrecio Rebollo Delgado y Carlos Vidal Prado**, afirman que: *“Se trata, desde el momento en que se recoge en la Constitución, de un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata. Es, por tanto, un derecho público subjetivo, eficaz, en un doble plano, por una parte, opera en las situaciones extraprocesales, y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en los hechos de carácter delictivo. Por otra parte, en el ámbito procesal, en el que debe respetarse la presunción de inocencia, especialmente a la hora de abordar el régimen jurídico de la prueba: toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria. Además, las pruebas han de merecer tal concepto jurídico y de ser constitucionalmente legítimas, por lo que una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental, **ha de tenerse por ilegítima y consiguientemente, por procesalmente irrelevante.**”*

Ya analizaremos más adelante, que las condenas, se fundan en declaraciones de testigos que deponen al amparo del secreto del sumario, sin tener la posibilidad esta parte de interrogarlos, como garantiza la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo a la opinión del académico don Cristián Riego, quien actuó como perito en la causa del Sr. Humberto Palamara, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala en su informe pericial: “En Chile existe un proceso “de implementación de una gran reforma de la justicia penal destinada [...] a introducir las garantías del debido proceso en el sistema de enjuiciamiento penal”. Sin embargo, dicha reforma excluyó al ámbito militar, en el cual se encuentra vigente un “sistema inquisitivo muy ortodoxo”, sin garantías del debido proceso y con algunos agravantes”. Más adelante señala: “No existe el derecho a una audiencia oral y pública, no existe derecho a la defensa, ni tampoco existe presunción de inocencia”. Tal situación es la que sucede en el procedimiento inquisitivo que se aplica a mi representado.

C.3.- Auto de procesamiento y prisión preventiva. Afectación de la libertad personal. Con el auto de procesamiento la detención se transforma en prisión preventiva, así reza el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, lo que implica una grave afectación a la garantía constitucional de la libertad ambulatoria, amparada en el artículo 19 N° 7 de la Carta Política, razón por la que se solicita igualmente declaración de inaplicabilidad, ya que se priva de libertad sin que exista sentencia condenatoria, como regla general.

Sin duda, y la Corte Interamericana nos respalda con sus resoluciones en esta materia, por lo que esta norma del artículo 277 es inaplicable por inconstitucionalidad, y debe anularse los procesos en los cuales se ha vulnerado de manera tan flagrante por el Estado, los derechos humanos de mi representada, en el ejercicio estatal del Ius Puniendi. Creemos que este Excelentísimo Tribunal Constitucional, coincidirá con lo señalado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por lo señalado por esta parte requirente.

La libertad ambulatoria es uno de los derechos más protegidos y valorados por el constituyente, creando la acción de amparo para su protección.

La vulneración que se produce a este derecho, se efectúa por la presunción de culpabilidad que dimana del auto de procesamiento, resolución inherente al proceso penal inquisitivo.

Igualmente debemos señalar que además, se afecta el derecho a su **libertad de desplazamiento a través del arraigo** que se decreta ipso facto, tal como prescribe el artículo 305 Bis letra C, norma que también solicitamos sea declarada inaplicable, ya que cada vez que el inculcado es procesado, y como señalamos, mi representado tiene procesamiento en más de trescientos episodios, y por tanto, más de trescientos arraigos en su contra, sin que exista sentencia ejecutoriada, con lo que de manera ostensible e irredargüible, se vulnera la presunción de inocencia y la libertad ambulatoria que garantiza la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Finalmente, sobre este tópico, otra afectación severa que se ocasiona a la presunción de inocencia, se produce con la filiación del procesado, que opera también ipso facto con el auto de procesamiento.

C.4.- La presunción de inocencia en cuanto a la estigmatización social:

a.- El profesor Humberto Nogueira Alcalá, ha señalado en su obra **Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales**, pág. 319 y ss. que:

“La actividad probatoria constitucionalmente legítima es suficiente cuando con ella se prueba, en el ámbito del derecho penal, todos los elementos del tipo penal por el cual la persona se encuentra acusada, la que debe concretarse con la inmediatez judicial, con la cual el juez ordinario se forma íntima convicción sobre la culpabilidad del acusado, destruyendo la presunción de inocencia.” Luego señala que:

“El derecho a la presunción de inocencia implica que las pruebas que pueden tenerse en cuenta para fundar la decisión de condena son las que el ordenamiento jurídico contempla, practicadas bajo la inmediatez del órgano jurisdiccional determinado legalmente, con observancia de los principios de contradicción y publicidad, siendo constitucionalmente legítimas. Así se viola el derecho a la presunción de inocencia cuando se utilizan como pruebas actuaciones que no merecen jurídicamente dicha calificación o que expresamente se encuentran prohibidas o son ilícitas.

La prueba sólo es auténtica, cuando además de estar contemplada legalmente ella ha sido obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, constituyendo una prueba legítima y no envenenada. En tal sentido, los resultados de un medio probatorio obtenido inconstitucionalmente o en vulneración de derechos fundamentales constituyen frutos del árbol envenenado, por lo tanto, están igualmente envenenados y no pueden aportarse al juicio como pruebas válidas, salvo que se haya operado de buena fe, asimismo son igualmente inválidas las pruebas obtenidas como consecuencia de las anteriores, las llamadas pruebas reflejas, si ellas no hubieren sido posibles de obtener sin vulneración del derecho fundamental, lo que puede considerarse como conexión de antijuricidad. Todo ello no es más que expresión de la garantía implícita y objetiva de los derechos fundamentales en el sistema constitucional, cuya posición

preferente hace que se desestime las actuaciones de los poderes públicos que se produzca con violación de tales derechos y la garantía objetiva del orden de libertad e igualdad que tales derechos articulan en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, el proceso busca la verdad material a través de un proceso legítimo, que no favorezca a ninguna de las partes y en que ninguna de ellas tenga ventajas desorbitantes situando a la otra parte en condiciones desventajosas, como asimismo que no incentive la vulneración del propio orden constitucional y de los derechos fundamentales”.

Finalmente concluye:

“En el ámbito penal la presunción de inocencia presenta las siguientes exigencias:

- a) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en forma exclusiva a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una prueba de los hechos negativos;*
- b) Sólo puede entenderse como prueba practicada en juicio bajo la inmediación del órgano judicial y con respeto a los principios de contradicción y publicidad, con excepción de la prueba preconstituida o anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible, la que en todo caso debe garantizar el ejercicio del derecho a defensa y la posibilidad de contradicción;*
- c) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad que corresponde exclusivamente al orden jurisdiccional, la cual debe ser ejercida con la sola obligación de razonar el resultado de tal valoración.*

C.5.- **En cuanto a la acreditación del delito:** No se han acreditado las imputaciones efectuadas a mi representada de manera legal, de hecho falta un elemento típico esencial, cual es el perjuicio a tercero, en el supuesto delito de contrato simulado.

Quiero reiterar las palabras del profesor Nogueira, citadas anteriormente. “En tal sentido, EL PROCESO BUSCA LA VERDAD MATERIAL a través de un PROCESO LEGÍTIMO, que no favorezca a ninguna de las partes Y EN QUE NINGUNA DE ELLAS TENGA VENTAJAS DESORBITANTES situando a la otra parte en condiciones desventajosas, como asimismo QUE NO INCENTIVE LA VULNERACIÓN DEL PROPIO ORDEN CONSTITUCIONAL Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”.

C.6. **PARCIALIDAD DEL SENTENCIADOR AL DICTAR SENTENCIA:** Como ya vimos precedentemente, el sentenciado desde el mismo procedimiento lo presume culpable, lo que se acentúa con la acusación, que ya tiene por acreditado el ilícito y la participación.

D.- Todo el fundamento latamente explicado precedentemente sobre la presunción de inocencia como se vé, se vulnera desde el momento mismo que el juez a quo, que dicta la sentencia, sostiene desde el inicio de la relación procesal con la dictación del auto de procesamiento que existen presunciones fundadas de la existencia del delito y de la participación culpable del procesado como autor, cómplice o encubridor, como lo exige el artículo 274 del CPP. Con ello, afectan bienes jurídicos de rango constitucional altamente valorados por el Constituyente, tales como la dignidad de todas las personas, la integridad psíquica de las personas, la igualdad ante la ley, la libertad

ambulatoria, el derecho a la honra de las personas y sus familias, el ser juzgado por un tribunal imparcial, vulneraciones y afectaciones que disminuyen la capacidad de defensa de mi representado en este proceso y en todos aquellos en que se apliquen las normas inaplicables por inconstitucionalidad, a través de la conculcación de derechos fundamentales.

Todo lo anterior se agrava más aun, si consideramos que el juez al término del plenario, y antes de la sentencia, sostiene nuevamente la culpabilidad del procesado, ahora en la acusación fiscal, al tenor del artículo 424 del CPP, en que el juez sostiene los fundamentos y los medios de prueba con los que el sentenciador, presuntamente imparcial, da por acreditada la participación culpable y la existencia del delito.

E.- Y con todo lo anterior, se vulnera por parte del Poder Judicial, y con ello por el Estado de Chile, el deber general de respetar y promover los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, garantizando el libre y pleno ejercicio A TODA PERSONA QUE ESTÉ SOMETIDA A SU JURISDICCIÓN, deber contenido en el artículo 1° de la Convención Americana, y además, el Estado de Chile, en especial el Ejecutivo y el Poder Legislativo, vulneran el deber de adoptar las decisiones de derecho interno en disposiciones legislativas, contenido en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a derogar toda norma legislativa que afecte, limite o amenace los derechos garantizados en la Convención, como sucede en efecto, con el Procedimiento Penal inquisitivo.

Más aún, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27 prescribe que: **ARTICULO 27 El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.**

F.- Por ello, el artículo 274, 275, 277, 305 bis letra C) que exige en el juez presunciones fundadas de culpabilidad, y los que a partir de allí ordenan ipso facto y de manera general el arraigo, la filiación del procesado y la prisión preventiva; y, el artículo 424 que da al juez por acreditada la existencia del delito antes de la dictación de la sentencia, **SON DEL TODO INCONCILIABLES CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA QUE GARANTIZA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO 5° Y DEL ARTÍCULO 5° INCISO 2°, POR LO QUE DEBE DECLARARSE DICHAS NORMAS INCONSTITUCIONALES.**

VI.- JURISPRUDENCIA NACIONAL.

1.- *“La prueba analizada, atendido su carácter indiciario y circunstancial, es insuficiente para destruir la presunción de inocencia que beneficia a los acusados, pues el acusador no produjo ninguna prueba directa ni aportó antecedentes reales y concretos.” TOP Temuco, 28 de junio de 2002, BMP N° 12, pág. 90.*

2.- *“El tribunal no comparte la argumentación del fiscal en cuanto a que deba presumirse el ánimo doloso del acusado en los delitos de receptación, ya que este artículo establece la presunción de inocencia a favor de todo imputado, no permitiendo el legislador, en este nuevo estándar de convicción, considerar los antecedentes de conductas anteriores de quien es acusado, debiendo existir una actividad probatoria para desvirtuarla.”* **TOP La Serena, 26 febrero 2004, RPP N° 20, pág. 45.**

3.- *“De lo dispuesto en esta norma se desprende que a quien corresponde la carga de la prueba es al órgano acusador, por lo que la falta de ella o la insuficiencia de la misma siempre lo perjudicarán.”* **TOP Antofagasta, 12 de octubre de 2002, BMP N° 13, pág. 105.**

4.- *“Una consecuencia de la presunción de inocencia es que la carga de la prueba corresponde al Estado. Si éste no satisface el estándar probatorio impuesto por la ley procesal, no será posible imponer una pena derivada del juicio de culpabilidad.”* **C. Suprema, 25 abril 2005, RGJ 298, pág. 238.**

5.- *“Si la parte acusadora cumplió con su deber de demostrar la culpabilidad del imputado mediante antecedentes probatorios que, valorados de acuerdo a la sana crítica, llevaron al tribunal a establecer en su fallo la participación y responsabilidad del acusado en el delito investigado, no se ha quebrantado el principio de inocencia.”* **C. Suprema, 19 de diciembre de 2002, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 99, sección 4ª, pág. 132.**

6.- *“La contravención al principio de inocencia, sea en la tramitación del juicio como en el pronunciamiento de la sentencia, dará lugar a la nulidad que regula la letra a) del artículo 373.”* **C. Suprema, 13 de julio 2004, RPP N° 25, pág. 17**

7.-

Tribunal : Corte Suprema

Fecha : 15/07/2008

Rol : 2719-2008

Partes : Ministerio Público con Carlos Raúl Valcarce Medina y otros

Ministros : Hugo Dolmestch Urrea; Jaime Rodríguez Espoz; Nibaldo Segura Peña; Oscar Herrera Valdivia; Rubén Ballesteros Cárcamo

Descriptor : Fraude al fisco. Requisitos de la acusación. Imponer carga de la prueba al acusado. Demostración del hecho punible y la participación. Deber del Ministerio Público. Vulneración de garantías constitucionales. Garantía del debido proceso. Duda razonable beneficia al acusado.

Doctrina

“I. El imputado debe tener un adecuado conocimiento de lo que se le atribuye como conducta ilícita, a fin de que pueda enfrentar con cierta igualdad de armas a su contendiente que, en último término, es el Estado, con todas las facultades que dispone para la investigación y persecución penal, recayendo sobre éste cumplir con las exigencias que la ley impone a la acusación. Y se incumple con ello si tanto en la acusación como en el hecho que se ha tenido por demostrado en la sentencia, no se encuentra presente la descripción precisa y circunstanciada de la conducta atribuida a los acusados, en términos que les permitan hacer uso legítimo de su derecho a la defensa

II. Al inclinarse los sentenciadores por la teoría del caso del Ministerio Público y de los querellantes para establecer el hecho punible y la participación, pero relevando a éstos de su obligación de acreditarlos al imponer el peso de la prueba a los acusados y descartando la prueba que presentaron, se configura una infracción al artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental, que garantiza a los ciudadanos su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional fundado en un proceso previo legalmente tramitado, ya que se hizo recaer sobre los acusados la obligación de acreditar la inocencia que alegan

En efecto, es al Estado a quien corresponde, a través del Ministerio Público, ejercer su poder contra el particular y demostrar el hecho delictivo atribuido a los ciudadanos, produciendo en los jueces la convicción de que se ha cometido un hecho ilícito, más allá de la duda razonable, y que en su ejecución le ha cabido responsabilidad penal al o los acusados, precisamente porque la existencia de la duda razonable no favorece al Ministerio Público, sino a los acusados”.

7.- JURISPRUDENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.

A.- Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 993-2007, señala: “La llamada “presunción de inocencia” está compuesta de dos reglas complementarias entre sí.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de termino no declare lo contrario (nulla poena sine indicio)

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (indubio pro reo)”.

8.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA.

A.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, en sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 154, señala: “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa.”

B.- Cantoral Benavides, párrafos 120, 121 y 122, señala que:

“120. El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

121. En las actuaciones penales que se adelantaron en el Estado contra Luis Alberto Cantoral Benavides no se reunió prueba plena de su responsabilidad, no obstante lo cual, los jueces del fuero ordinario lo condenaron a 20 años de pena privativa de la libertad. Esa circunstancia fue expresamente reconocida por el Estado, como se desprende del texto de la Resolución Suprema No.

078-97-JUS, de 24 de junio de 1997, que fue allegada por el Estado en el expediente y que a la letra dice:

VISTOS: La solicitud presentada por Luis Alberto Cantoral Benavides y el Informe No. 127-97/CAH formulado por la Comisión Ad Hoc creada por Ley No. 26.655, en el que se recomienda la concesión del indulto;

CONSIDERANDO:

61 cfr. Caso Loayza Tamayo, supra nota 12, párr 46.d.

Que, mediante Ley No. 26.655 se creó una Comisión Ad Hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República en forma excepcional, la concesión del indulto y derecho de gracia, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas; y, Que, por encontrarse la solicitud de Luis Alberto Cantoral Benavides dentro de los alcances del Artículo 1o. de la Ley No. 26.655, los miembros de la mencionada Comisión Ad Hoc han recomendado por unanimidad el otorgamiento del indulto en favor de Luis Alberto Cantoral Benavides; Que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 118 inciso 21) de la Constitución Política del Perú, es atribución del señor Presidente de la República conceder indultos;

SE RESUELVE:

Artículo Unico.- Conceder INDULTO a LUIS ALBERTO CANTORAL BENAVIDES quien se encuentra en el Establecimiento Penal Miguel Castro Castro. Regístrese, comuníquese y publíquese. (Letras itálicas fuera del texto).

122. En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 8.2 de la Convención Americana. Violación del artículo 8.2.c), d) y f) de la Convención Medios adecuados para preparar la defensa, derecho de elegir un abogado y derecho de interrogar testigos”.

C.- Caso Suárez Rosero, párrafos 77 y 78

“77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

78. La Corte considera que con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia, por cuanto permaneció detenido del 23 de junio de 1992 al 28 de abril de 1996 y la orden de libertad dictada en su favor el 10 de julio de 1995 no pudo ser ejecutada sino hasta casi un año después. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana”.

D.- Caso Lori Berenson vs. Perú, párrafo 159, 160 y 161:

“159. La Corte Europea ha señalado que [el derecho a la] presunción de inocencia puede ser violado no sólo por un juez o una Corte sino también por otra autoridad pública. [...] [el] artículo 6 párrafo 2 [de la Convención Europea] no puede impedir a las autoridades informar al público acerca de las investigaciones criminales en proceso, pero lo anterior requiere que lo hagan con toda la discreción y la cautela necesarias para que [el derecho a] la presunción de inocencia sea respetado.

160. El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.

161. En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó, en perjuicio de la señora Lori Berenson, el artículo 8.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en el proceso penal en la jurisdicción militar”.

E.- Caso Ricardo Canese, párrafo 153 y 154

“153. La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa”.

F.- La Corte Interamericana ha señalado en el Caso Palamara Iribarne, párrafos 198, 199 y 213, lo siguiente:

198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan

suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

199. Debido a que las condiciones y causas que establezcan restricciones a la libertad personal deben estar contempladas en las Constituciones Políticas de los Estados Partes o en las leyes, la Corte estima necesario hacer referencia a algunas de las normas internas de Chile que fueron aplicadas al señor Palamara Iribarne.

213. La interpretación de la normativa interna realizada por las autoridades militares en el presente caso, supuso que dicha medida cautelar restrictiva de la libertad personal, no revistiera, como lo exige la Convención, carácter excepcional. Por el contrario, al dictar prisión preventiva sin tener en cuenta los elementos legales y convencionales para que ésta procediera, el Estado no respetó el derecho a la presunción de inocencia del señor Palamara Iribarne, debido a que, tal como surge de los hechos del caso, no desvirtuó dicha presunción a través de la prueba suficiente sobre la existencia de los requisitos que permitían una restricción a su libertad (*supra* párr. 198 *in fine*). Al respecto, la perito Horvitz afirmó que el procesamiento de una persona conforme al proceso penal militar supone “de modo automático la prisión preventiva del imputado en los delitos graves y menos graves”.

9.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.

A.- Cfr. Eur. Court H.R., case *Allenet de Ribemont v France*, judgment of 10 february 1995, Series A no. 308, párrs. 36 y 38.

CUARTO CAPÍTULO DE INAPLICABILIDAD NORMA IMPUGNADA VULNERA GARANTÍA LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR DECISIONES DE DERECHO INTERNO.

I.- NORMAS CONSTITUCIONALES CON LAS QUE PUGNA EL ARTÍCULO 88 DEL CPC. Y QUE VULNERAN LA GARANTÍA DE ADOPTAR DECISIONES DE DERECHO INTERNO QUE RECONOCEN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS TRATADOS INTERNACIONALES.

1.- **Artículo 19 N° 2:** “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer.”

2.- **Artículo 19 N° 3 inciso 1°:** “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

3.- **Artículo 76 inciso 2°** “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

4.- **Artículo 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

5.- **Artículo 6º.-** Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

6.- **Artículo 7º.-** Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

7.- **Artículo 5º inciso 2º:** El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

7.1.- NORMA TRANSGREDIDA EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Artículo 2: *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”*

7.2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

A.- **Artículo 2.2.** : *“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”*

7.3.- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

ARTICULO 27

El derecho interno y la observancia de los tratados.

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

De acuerdo a la OPINIÓN CONSULTIVA OC-14/94 DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1994 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN (ARTS. 1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS) SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, señala en sus párrafos 31 al 58 lo siguiente:

31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra "ley" en su sentido material y no formal.

32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las "leyes" a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión.

34. La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho.

35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención.

En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [**Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26**].

38. Para el caso de que un Estado emitiera una ley contraria a la Convención, esta Corte ha dicho [q]ue la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella [. . .] (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 37, parte resolutive 1).

39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Comisión directamente al Estado (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.

40. Otro es el tratamiento que el mismo problema tendría ante la Corte. En efecto, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, la Corte puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos. Pero, en cambio, si se trata de su jurisdicción contenciosa, el análisis hay que hacerlo de otra manera.

41. Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará "leyes de aplicación inmediata" en el curso de esta opinión.

42. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, per se, violación de los derechos humanos.

43. En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.

44. Cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión).

45. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, "[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.

46. La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b que exige que la petición o comunicación "sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva" y del artículo 46.2.b que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando "no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos [. . .]".

47. Lo expresado en los párrafos anteriores ha sido también sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos a partir de los casos *Klass and others* (Judgment of 6 September 1978, Series A No. 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A No. 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, Series A No. 49) al interpretar la palabra "víctima" que usa el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

48. Si el caso llegare a la Corte después de seguido el procedimiento indicado en los artículos pertinentes, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.

49. La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

IV

51. La segunda pregunta de la Comisión se refiere a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios del Estado que den cumplimiento a una ley violatoria de la Convención.

52. El derecho internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales. Lo anterior representa una evolución de la doctrina clásica de que el derecho internacional concernía exclusivamente a los Estados.

53. Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes

contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos.

54. En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al derecho interno no constituye una justificación desde el punto de vista del derecho internacional.

55. Lo expuesto en los párrafos anteriores ha sido consignado en numerosos instrumentos internacionales. Basta señalar que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció en su resolución N° 764 del 13 de julio de 1992 respecto del conflicto de la ex Yugoslavia, *"que quienes cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios [de Ginebra, 1949] son considerados personalmente responsables de dichas violaciones"*.

Posteriormente, el mismo Consejo de Seguridad aprobó en la resolución N° 808 del 22 de febrero de 1993 la creación del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos Responsables de Violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el Territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991. El artículo 7.4 del Estatuto de dicho Tribunal Internacional, aprobado en la resolución N° 827 del 25 de mayo de 1993, dice: *"El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un Gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad"*. Esta disposición es similar al artículo 8 de la Carta del Tribunal Militar Internacional o Carta de Nüremberg, anexa al Acuerdo de Londres del 18 de agosto de 1945.

56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (**Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 170; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 179**). Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan los interrogantes que surgen de esta hipótesis.

57. La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.

58. Por las razones expuestas,

LA CORTE, por unanimidad, **DECIDE** que es competente para rendir la presente opinión consultiva. **Y ES DE OPINIÓN** por unanimidad,

1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

II.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA.

1.- En el Caso Palamara, la Corte Interamericana ha señalado, en los párrafos 161, 181, 189, 228, 254 y 255:

161. Por lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no garantizó al señor Palamara Iribarne su derecho a que un juez o tribunal competente, imparcial e independiente conociera de las causas penales que se iniciaron en su contra, por lo cual violó el artículo 8.1 de la Convención en su perjuicio, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias a dicho derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.

181. Por todas las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8 de la Convención en sus incisos 1, 5, 2.c), 2.d), 2.f) y 2.g), en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias a las garantías del debido proceso protegidas en los referidos incisos del artículo 8 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.

189. En consecuencia, la Corte considera que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, dado que no le garantizó el acceso a recursos judiciales efectivos que lo amparan contra las violaciones a sus derechos, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.

228. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 8.2 y 8.2.b) de la Convención Americana, en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias a los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención.

d) Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de desacato

254. La Corte valora la reforma del Código Penal establecida mediante la publicación de la Ley No. 20.048 el 31 de agosto de 2005, por la cual se derogaron y modificaron algunas normas que hacían referencia al delito de desacato. Con respecto al ordenamiento interno que continúa regulando dicho delito (*supra* párrs. 92 y 93), el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión posterior.

255. Para ello el Estado debe tener especial atención a lo dispuesto en la Convención Americana, de conformidad con los criterios establecidos en los párrafos 79 a 93 del presente fallo.

e) Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de jurisdicción penal militar

256. En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (*supra* párrs. 120 a 144). El Estado deberá realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable.

2.- Sentencia Acosta Calderón, párrafos 130 a 138, la Corte Interamericana decidió lo siguiente:

130. *El artículo 2 de la Convención determina que*

[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

131. *El artículo 114 bis del Código Penal en estudio establecía que [l]as personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al*

plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

132. *Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.*

133. *Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignaban a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existían las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contenía una excepción a dicho derecho.*

134. *Ha sido demostrado ante la Corte en casos anteriores que el 16 de diciembre de 1997 el Tribunal Constitucional del Ecuador declaró inconstitucional el artículo 114 bis del Código Penal. Dicha decisión fue publicada el 24 de diciembre de 1997. Sin embargo, de conformidad con lo alegado por los representantes, el 18 de diciembre de 1997 se introdujo una reforma al Código de Ejecución de Penas en la que supuestamente se introdujo una disposición discriminatoria (supra párr. 129.f). Al respecto, este Tribunal considera que no procede examinar en la presente Sentencia el alcance de las reformas de 18 de diciembre de 1997 alegadas por los representantes, porque son posteriores a los hechos del presente caso, toda vez que al señor Acosta Calderón se le concedió la libertad el 29 de julio de 1996.*

135. *La Corte considera, como ya lo ha señalado en otros casos, que la excepción señalada en el artículo 114 bis del Código Penal, vigente al momento en que ocurrieron los hechos, no le concedía a cierta categoría de inculpados el tener acceso a un derecho del que disfrutaba la generalidad de los reclusos. En el caso concreto del señor Acosta Calderón esa norma le produjo un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.*

136. *Este Tribunal considera que, contrario a lo alegado por la Comisión y los representantes, la aplicación del artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y*

Sicotrópicas, que entró en vigor el 17 de septiembre de 1990 en el sentido de que “no surtir[ía] efecto el auto en que se revo[car]a la prisión preventiva [...] si no es confirmada por el superior, previo informe obligatorio y favorable del Ministerio Público”, no se enmarca en los hechos del presente caso. Al momento de que el Juzgado Primero de lo Penal de Lago Agrio elevó el sobreseimiento a favor del señor Acosta Calderón a consulta no especificó qué Ley era aplicable, señalando únicamente “[c]onsúltese como ordena la Ley a la H. Corte Superior de Quito sobre la procedencia de este auto de sobreseimiento provisional del proceso y del mencionado sindicado”. Por lo anterior, esta Corte no se pronunciará sobre dicho argumento.

137. *Asimismo, este Tribunal tiene conocimiento de que la Constitución Política del Ecuador de 1998 en su artículo 24.8) estableció que “[e]n todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente”, por lo cual considera que no es necesario dar consideración adicionales a los argumentos de la Comisión y los representantes respecto del artículo 121 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas.*

138. *En conclusión, la Corte señala que, al momento en que ocurrieron los hechos, la excepción contenida en el artículo 114 bis del Código Penal infringió el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no había adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.*

3.- Caso Suárez Rosero, párrafos 96 a 99, la Corte Interamericana ha señalado, que:

96. El artículo 2º de la Convención determina que [s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

97. *Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser*

liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.

1.- Las garantías constitucionales vulneradas por el artículo 88 del CPC, producto de la consagración legislativa del principio *solve et repete*, y que choca tan claramente con el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental, tienen dichas garantías vulneradas su correlato en los tratados internacionales de derechos humanos citados.

2.- Dichas garantías constitucionales violadas como la igualdad ante la ley, el debido proceso, la igual protección judicial, derecho a un recurso efectivo, se vulneran con una norma legal, la cual por aplicación del deber de adoptar las normas de tales tratados internacionales en el derecho interno, debiendo el Estado suscriptor, en este caso Chile, derogar dicha norma vulneratoria de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

MANDATOS OBLIGATORIOS A LOS AGENTES DEL ESTADO, INCLUIDOS EL EXCELENTÍSIMO PODER JUDICIAL Y EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DERIVADO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, QUE DEBEN SER CONSIDERADOS EN EL ANALISIS Y RESOLUCIÓN DEL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD.

A.- PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Como vemos la única forma y del todo inconstitucional, ilegal e ilegítima de obtener sentencias condenatorias, es a través del desconocimiento de derechos fundamentales y de

las diversas garantías específicas que integran la garantía genérica del debido proceso, aplicando normas legales que contravienen la Constitución Política.

Ello es posible a la aplicación discriminatoria e ilegal del procedimiento inquisitivo, lo que constituye una aplicación regresiva de los derechos humanos y una discriminación en contra de miembros de las fuerzas armadas, por hechos acaecidos hace 50 años, ES DECIR, SE ACTÚA contra el mandato expreso del Artículo 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5º inciso 2º de la Carta Política.

Mi representado a quien se le aplica un procedimiento derogado para todos los chilenos, se le aplica una regresividad en los derechos humanos, que se le debieran respetar, desconociendo el principio pro reo, la presunción de inocencia, la imparcialidad objetiva del tribunal, el derecho a juez natural, el principio de legalidad del delito, y otras garantías más, con lo que se hace posible obtener sentencias condenatorias del todo nulas por violar reiterada y sistemáticamente los derechos humanos.

B.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Sin duda, otro elemento que debe tenerse presente su infracción sistemática y flagrante es el deber de Control de Constitucionalidad que deben realizar los jueces al aplicar la ley, lo que también afecta y obliga a este Excelentísimo Tribunal Constitucional. De allí, la abundante cita de fallos emanados de la Corte Interamericana de derechos Humanos, y la reiterada cita de las normas no sólo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino que variados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que todos apuntan indefectiblemente, que las normas legales que pedimos declarar inaplicables, también contravienen dichos Tratados Internacionales de derechos Humanos, y en particular, la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De suma importancia, nos parece el informe vertido en el Recurso de Amparo rol IC 375- 2017, de la Ilustrísima Corte de Valparaíso, por el Ministro Jaime Arancibia, quien señala expresamente en el punto sexto “Que los ministros en Visita Extraordinaria de Derechos Humanos, no están sometidos al Control de Convencionalidad, prueba de ello señala, es que la Corte Suprema nunca lo ha exigido ni realizado”, dando cuenta con ello no solo de la falta del Ministro, sino también del Máximo Tribunal.

C.- NORMAS DE HERMENEUTICA ESPECIAL PARA DERECHOS HUMANOS.

La CADH establece en su artículo 29 reglas específicas y obligatoria de hermenéutica respecto de los derechos humanos. El artículo 29 establece que:

Artículo 29.- Normas de interpretación
Ninguna disposición de la presente Convención puede

ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

C.1. Con la sólo aplicación del procedimiento Penal inquisitivo, se vulneran los cuatro criterios hermenéuticos de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de Derechos Civiles y políticos entre otros, **ya que dicho procedimiento penal inquisitivo suprime Y LIMITA el goce y ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos**, en adelante CADH, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PDCP. Lo mismo acaece con los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política y otras Convenciones y Pactos de Derechos Humanos suscritos por Chile. Por si lo anterior fuera poco, también la aplicación de dicho procedimiento inquisitivo, excluye los derechos y garantías que son inherentes al ser humano y que se derivan de la forma democrática de Gobierno.

Es decir, la aplicación del procedimiento penal inquisitivo, vulnera los Tratados de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile, estando bajo el umbral mínimo de constitucionalidad, quedando al margen del Estado de Derecho no sólo nacional, sino que al margen del Estatus Internacional del Derecho Humanitario.

C.2. Con lo anterior, se incurre en la grave situación de que en el enjuiciamiento penal de mi representado, se le limitan sus derechos y garantías desde el inicio del juicio penal, presumiéndolo culpable, tramitando el juicio de manera secreta, sin ser oído por el tribunal, ante un juez que no es imparcial objetivamente (investiga, procesa, acusa, decreta las pruebas, recibe las pruebas y luego sentencia) y en algunos casos, como en este, tampoco es juzgado por un tribunal imparcial subjetivamente, concurriendo circunstancias personales, que naturalmente restan

imparcialidad a los juzgadores, como veremos oportunamente en esta contestación. Otros derechos relevantes, son igualmente conculcados en el juzgamiento penal, aumentando la exorbitando y natural desigualdad entre el particular y el Poder del Estado, el cual se ve aumentado, quedando sometido a la arbitrariedad judicial y a la indefensión frente a esta situación, por la anulación de las garantías constitucionales y derechos fundamentales consagrados en los Tratados de Derechos Humanos, que son la limitación del Poder estatal.

C.3. Los agentes Estatales, como el Poder Judicial, está sometido al Art. 5º inciso 2º de nuestra Constitución Política, asistiéndole el deber jurídico de PROMOVER Y RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS, cuestión que no acaece en este caso. Muy por el contrario, la norma constitucional prescribe:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado **respetar y promover** tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

C.4. En el mismo sentido obliga al Estado, y en particular al Poder Judicial, el artículo 1º de la CADH y el artículo 2.1. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en adelante, PDCP.

C.5. **Se transgrede igualmente el artículo 6º** de la Constitución Política, desde el momento que se aplica el procedimiento penal inquisitivo, norma que reza lo siguiente:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

C.6. Al transgredir el deber de PROMOCIÓN Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS al aplicar el procedimiento inquisitivo, se vulnera además, el precitado artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 6º de la Carta Política, momento en el cual caemos además, en la nulidad de derecho público, **del artículo 7º de la Carta Política, que señala:**

*“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, **dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.**”*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

***Todo acto en contravención a este artículo es nulo** y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.*

C.7. Todo ello, porque al exceder el Juez Instructor la **limitación y deber de promover y respetar los derechos humanos del imputado**, se atribuye la potestad de vulnerar los derechos humanos, aplicando legislación procesal contraria a la Convención de Derechos Humanos y desobedecer no sólo los Tratados Internacionales ratificados por Chile, lo que es de suma gravedad, sino que tres sentencias condenatorias, “**Palamara Iribarne vs Chile**”, “**Almonacid Arellano vs. Chile**” y “**Atala Riffo vs. Chile**” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tal sentido, prohibiendo al Poder Judicial, aplicar normas que contravengan la Convención Americana de Derechos Humanos.

C.8. Además, de acuerdo a lo señalado por el precitado artículo 7° de la Constitución Política, aceptar la aplicación del procedimiento inquisitivo, en que el juez investiga, procesa, acusa, recibe y decreta las pruebas y finalmente sentencia, implicaría aceptar que el juez tiene la facultad de no respetar las garantías fundamentales, **atribuyéndose potestades que carece**, enmarcándose tal conducta en lo señalado en el inciso 2° del artículo 7 de la Carta Fundamental que reza: “**Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes**”.

C.9. Lo precedente, como consecuencia directa de que el juez aplica A SABIENDAS, UNA LEY VIOLATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN, ACEPTANDO TODAS LAS CONSECUENCIAS DE ESE ACTO.

C.10. A lo anterior, se suma además, la vulneración a los derechos humanos por parte del Estado de Chile, especialmente del Poder Legislativo, al no adecuar la normativa interna a las prescripciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 2º, y del PDCP, en su artículo 2.2., debiendo derogar

absolutamente del proceso penal inquisitivo. La arbitrariedad es mayor aún, si se considera que el Estado cumplió parcialmente con dicho deber, dictando la legislación que se aplica a todos los chilenos el procedimiento acusatorio contenido en el Código Procesal Penal.

C.11. Y el Poder Judicial, vulnera el deber establecido en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos humanos, de promover y respetar los derechos humanos, estándole proscrito aplicar la normativa vulneratoria de los derechos fundamentales que contiene el proceso penal inquisitivo, (ART. 1º CADH).

C.12. Toda sentencia que se dicta con la vulneración de derechos humanos Fundamentales, es nula absolutamente y del todo insubsanable como se desprende de las siguientes normas y jurisprudencia:

- 373 letra a) del Código Procesal Penal
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Opinión Consultiva 14/94
- Caso Almonacid Arellano contra Chile.

D.- OBLIGATORIEDAD DE LAS JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA.

Las jurisprudencias de los Tribunales Nacionales no obligan a los sentenciadores, por el efecto relativo de las sentencias. Por ello es de sumo peligro el expediente facilista de citar sentencias, aunque sea de la Excelentísima Corte Suprema, que aplican erróneamente el derecho, para sostener una tesis del todo vulneratoria de los derechos humanos, **PERO COMO CONTRAPARTIDA**, se omiten las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son obligatorias para las partes y para el Poder Judicial, así como para cualquier otro ente, que ejerce jurisdicción, y que sin duda, hacen del todo inaplicable las normas legales impugnadas, que forman parte del Código de Procedimiento Penal, y que señalamos como inconstitucionales en el presente requerimiento.

E.- OBLIGATORIEDAD DE APLICAR TRATADOS INTERNACIONALES POR SOBRE LA LEY NACIONAL.

Atendido que el Estado de Chile, cuyos agentes están además obligados a cumplir con los Tratados Internacionales, según lo ordenado por la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en su artículos 26 y 27 que señalan lo siguiente:

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Por lo anterior, es fundamental que se deje sin efecto las normas legales impugnadas que contravienen según lo ya explicado latamente las diversas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que son contradictorias con las normas legales impugnadas del Código de Procedimiento Penal.

POR TANTO,

RUEGO A SS. EXCELENTÍSIMA, se sirva tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad, declararlo admisible a finde que se declare inaplicables los artículos 109, 110, 274, 275, 277, 305 bis C, 424, 499 inciso 3º, todos del Código de Procedimiento Penal, y 93 N° 3 del Código Penal y 433 N° 4 del CPP, estas dos últimas en cuanto a que existen normas mas favorables al reo, declarándose en definitiva que dichas normas contravienen la Constitución Política, y que dichas normas no pueden aplicarse en la causa rol 43.575-2020, caratulados “VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”, ya que genera su aplicación indefensión procesal, vulneración de derechos fundamentales y pone en riesgo la libertad del imputado, al tratársele de manera discriminatorio en virtud e la aplicación de normas inconstitucionales.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 N°3 y 85 y de la Ley Orgánica Constitucional que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional, solicito la suspensión del procedimiento en que se origina la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esto es, que se paralice la tramitación de la causa y la dictación del fallo de la **causa rol 43.575-2020, caratulados “VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”.**

De suma trascendencia es la suspensión del procedimiento solicitado, se realice de acuerdo a lo prescrito por el artículo 38, es decir, antes de la declaración de admisibilidad, por lo inminente de la vista de la causa, ya que esta la próxima semana se encontrará en el número 9 ó 10 de la tabla para su vista y fallo ante la Excelentísima Corte Suprema,, ya que de lo contrario, existe la certeza de que al momento de pronunciarse SS. Excelentísima sobre el presente requerimiento de inaplicabilidad, ya se encontrará resuelto el caso controvertido en

que incide el presente requerimiento, pudiendo darse la paradoja que se aplique normas legales inconstitucionales e inaplicables, que contravienen la Constitución Política, y que generan indefensión a la parte querellada, y que ha permitido en la práctica se dicten sentencias condenatorias, en personas que deberían ser declaradas inocentes. Es decir, se afectaría no sólo los derechos fundamentales que integran el debido proceso, sino que además la libertad personal, y el pronunciamiento de este Excelentísimo Tribunal, sería inocuo, y extemporáneo.

Por ello, es fundamental, que se decrete la medida cautelar de suspensión del procedimiento radicado en la Excelentísima Corte Suprema, rol ECS 43.575-2020, caratulados **“VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”**.

POR TANTO, Y de acuerdo a los artículos 32 N° 3, 38 y 85 de la ley 17.979

RUEGO A SS. Excelentísima, decretar la suspensión del procedimiento en que inciden las normas que se solicita inaplicar por inconstitucionalidad y en que se encuentra la gestión pendiente ante la Excelentísima Corte Suprema, rol ECS 43.575-2020, caratulados **“VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”**. a fin de evitar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales del debido proceso, la imparcialidad del tribunal, la presunción de inocencia, el respeto irrestricto al Principio de la Ley mas favorable al reo, y el reconocimiento progresivo de los derechos humanos, con expresa declaración de que dicha suspensión no se extiende a la discusión de las medidas cautelares que pesan sobre el requirente , tal como se ha señalado y sostenidos en otros requerimientos, como por ejemplo, lo dispuesto en las resoluciones de 18 de diciembre de 2017 en causa Rol N° 3649-17 – INA y de 18 de diciembre de 2017 en causa Rol N° 3929-17-INA.

SEGUNDO OTROSÍ: Que en este acto vengo en acompañar en parte de prueba y bajo apercibimiento legal correspondiente, los siguientes documentos:

- 1.- Certificado fuera de juicio que acredita la existencia de gestiones pendientes en la causa criminal rol 43.575-2020, caratulados **“VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”**, en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad.
- 2.- Proceso rol 5.005-1977 del Juzgado Naval de Valparaíso, que absolvió a mi representado por los mismos hechos; con la sentencia confirmatoria dictada por la Ilustrísima Corte Marcial de Valparaíso en el año 1979.

- 3.- Sentencia de primera Instancia dictada en la gestión pendiente por el Ministro en Visita Jaime Arancibia Pinto, causa rol 144.053-2011
- 4.- Sentencia de la Corte Interamericana Loayza Tamayo, sobre aplicación de la Cosa Juzgada
- 5.- Informe del Ministro Jaime Arancibia en recurso de amparo 375-2017, en que informa a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso que los Ministros de Fueros no están obligados a realizar el control de convencionalidad.
- 6.- Decreto ley 77, que declaraba al MIR una Asociación Ilícita.
- 7.- ley de Control de Armas actualizada a su versión del año 1972.
- 8.- Ley de Seguridad Interior del Estado, versión del año 1975.
- 9.- Declaración de Principios del MIR del año 1965.
- 10.- Tablas de la corte de esta semana, que dan cuenta de la existencia de la gestión pendiente, y de la necesidad de suspender la gestión pendiente.

POR TANTO,

RUEGO A SS. Excelentísima, tener por acompañado en parte de prueba y bajo apercibimiento legal los documentos adjuntados.

TERCER OTROSÍ: Que en este acto vengo en solicitar se oficie a las siguientes instituciones a fin de que se remitan los siguientes documentos o información que se solicita y que es pertinente para la resolución de este conflicto:

1.- A la Excelentísima Corte suprema a fin de que remita:

A.- El expediente **causa rol 43.575-2020**, caratulados **“VÍCTIMA ENRIQUE LÓPEZ OLMEDO. QUERELLANTES: AGRUPACION DE FAMILIARES DE EJECUTADOS POLÍTICOS Y OTROS. QUERELLADOS: ALBERTO BADILLA GRILLO Y OTRO”**.

POR TANTO,

RUEGO A SS. Excelentísima, oficiar al efecto.

CUARTO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N.º 17.997, solicito a V. E., se decrete oír alegatos en la vista de la causa.

POR TANTO,

RUEGO A SS. Excelentísima, acceder a lo solicitado.

QUINTO OTROSÍ: Que en este acto vengo en señalar como forma de notificación la electrónica, aportando para tal efecto el siguiente correo electrónica javiergomez@gomezreyesyca.cl

POR TANTO,

RUEGO A SS. Excelentísima, tener por fijada forma de notificación electrónica.

SEXTO OTROSÍ: Que en este acto vengo en acreditar personería, adjuntando escritura pública de mandato, otorgada, ante el Notario Público de la comuna de Viña del Mar, don **FRANCISCO JAVIER FUENZALIDA RODRÍGUEZ**, abogado, domiciliado en calle Arlegui 333, Viña del Mar en la cual se me confieren las facultades allí enumeradas para representar judicialmente a al reclamante don **ALBERTO ROQUE DEL SAGRADO CORAZÓN BADILLA GRILLO**, entre las que se incluyen las facultades de ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

En base a dichas facultades es que asumo personalmente el patrocinio en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

POR TANTO,
RUEGO A SS. Excelentísima, tener por acreditada mi personería y por asumido el patrocinio del presente requerimiento.