

*La disconformidad de los victimarios:
reclamo de inconstitucionalidad contra el antiguo procedimiento penal en su
actual aplicación a los delitos cometidos durante la dictadura chilena*

Enrique Letelier Loyola*

1. Introducción

El Código Procesal Penal de Chile (en adelante CPP) comenzó a regir en el año 2000, en forma paulatina. Al inicio la implementación del nuevo sistema, que requirió una fuerte inversión de recursos, se efectuó gradualmente en las regiones menos pobladas, hasta aplicarse en todo el país, en 2005, cuando comenzó su vigor en la Región Metropolitana. Esta implementación gradual no solo tuvo justificaciones de índole económico, sino que también se consideró que la cultura jurídica chilena debía adaptarse poco a poco al enorme cambio estructural y procedimental que el nuevo modelo significó¹. Y mirando la “reforma” en perspectiva hay otra razón que justificó esta gradualidad: el modelo original no podía prever todas las situaciones que se presentarían con su aplicación en la práctica, por lo que las tempranas modificaciones que se introdujeron al CPP fueron preparando el camino para otras de mayor calado que irían alterando algunas de las nuevas instituciones, en tanto el nuevo modelo llegara a aplicarse en todo el país.

Pero el viejo sistema de enjuiciamiento penal, regido por el Código de Procedimiento Penal de 1906 (en adelante CdePP) no fue apartado del todo ni quedó como un mero dato histórico, sino que hoy todavía rige, aunque para determinados hechos. Esto se debe al claro tenor del art. 483 del CPP, norma que manda: *“Aplicación de las disposiciones de este Código. Las disposiciones de este Código sólo serán aplicables a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”*.

De lo anterior se han derivado algunas consecuencias. Una, propia de una situación de vigencia sucesiva de leyes procesales penales², es que el nuevo CPP no tuvo efectos retroactivos, decisión político criminal-coherente

*Profesor titular de Derecho Procesal en la Universidad de Valparaíso (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Email: enrique.letelier@uv.cl ORCID ID: 0000-0002-1768-3739

¹ Maturana Miquel y Montero López (2010), págs. 225-227.

² Podría existir un conflicto entre leyes procesales penales de vigencia sucesiva cuando una ley más nueva tenga efectos retroactivos. Maier (2004), págs. 245-248.

con el sistema general de normas chileno (art. 9 del Código Civil)³. Otra, algo más compleja, es que, al menos durante un tiempo y dependiendo de la región, en el país coexistieron dos modelos de proceso penal: el antiguo del CdePP y el nuevo del CPP.

Otra consecuencia, tal vez prevista por el legislador, pero que no estuvo en los debates principales del nuevo sistema, es que dado que el modelo abandonado era objeto de fuertes críticas por no ofrecer las más razonables garantías del debido proceso, los sujetos de persecución penal que, por la fecha de ocurrencia de los hechos que se les atribuían quedaban sujetos al sistema antiguo, podrían reclamar que, a su respecto, el Estado no respetaba la garantía de la igualdad ante la ley ni el debido proceso, al privarles de las garantías del nuevo sistema. De esta forma, el principio de la irretroactividad de la ley procesal penal les provocaría efectos desfavorables⁴. Algunas de esas personas, que han llevado este reclamo ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC), son imputados a quienes se les atribuye responsabilidad penal por los atroces crímenes cometidos por agentes del Estado durante la dictadura cívico militar a partir de 1973.

2. El sistema antiguo y el modelo actual. Sumaria comparación

2.1. El principio acusatorio

Al comparar los sistemas regulados por el CdePP y el CPP pueden describirse profundos contrastes. En una visión sintética un elemento diferenciador es que en el actual se respeta el principio acusatorio, dado que es posible identificar en él, como notas esenciales, que: la actividad jurisdiccional es activada por un órgano distinto al tribunal, existe una estricta separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar⁵, se respeta el principio de congruencia procesal y rige el límite *ne reformatio in pejus*⁶.

En el modelo antiguo el “juez del crimen” está facultado por la ley para actuar de oficio. Al tener noticia de la existencia de un hecho que revista

³ Pfeffer Uquiaga (2001), págs. 455-456.

Existiría un vínculo entre la “acusatoriedad” del sistema y una mayor garantía de imparcialidad del órgano juzgador. Armenta Deu (2012), pág. 284.

⁴ Como excepción al principio de la irretroactividad de la ley procesal penal se plantea el caso que la nueva ley sea más favorable a los imputados, por su coherencia con las garantías constitucionales. Binder (2002), págs. 133-139.

⁵ Sobre la separación de las funciones estatales de acusar y juzgar, Roxin y Schünemann (2019), pág. 156. En nuestro medio, Horvitz Lennon y López Masle (2004), págs. 43-46.

⁶ Gimeno Sendra (2012), págs. 111-121.

caracteres de delito, el juez da inicio al proceso penal y decreta las primeras diligencias de investigación (p. ej., indagatorias, careos, declaraciones testimoniales), además de someter a proceso y disponer de las otras diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y la determinación de los responsables. La situación al amparo del CPP es muy distinta, porque la persecución penal se inicia por denuncia, querrella o de oficio por el Ministerio Público (en adelante MP), sin que los tribunales con competencia penal puedan intervenir en esa decisión.

En el modelo anterior las funciones de investigar, acusar y juzgar están reunidas en un mismo juez. Esta situación, que a la distancia parece indefendible, no siempre fue igual, puesto que en el diseño original del CdePP existía el cargo de Promotor Fiscal, cuya función principal consistía en revisar la investigación efectuada por el juez durante el sumario y, una vez que este se hubiere cerrado, evaluar, según el mérito de los antecedentes, si correspondía o no deducir acusación. Pero una reforma de 1927 eliminó este cargo, asumiendo los jueces del crimen, por disposición de la ley, también la función de deducir acusación. A partir de ese momento el sistema del CdePP se ha estructurado con la figura de jueces penales que concentran las funciones de investigar (iniciar la investigación, emitir las órdenes de investigación y, en general, dirigir todo el sumario), acusar (declarar cerrado el sumario, acusar y elevarlos autos a plenario) y juzgar (conocer del juicio o *plenario*), por lo que se le tilda de “inquisitivo”, con la agravante de que ellos mismos se pronuncian sobre la procedencia de las medidas cautelares⁷.

En el sistema del CPP las funciones están diferenciadas. La Constitución Política de la República (en adelante CPR) es muy clara al separar las instituciones y regular al MP como un órgano autónomo y con rango constitucional. El legislador es elocuente al expresar que los fiscales del MP no ejercen, en caso alguno, funciones jurisdiccionales y también adopta fuertes recaudos para evitar que los tribunales tomen decisiones que incidan en la investigación. Por mandato constitucional la investigación es de responsabilidad del MP, al que también le corresponde ejercer la acción penal.

⁷ Este panorama perduró tanto tiempo -para todo el país por casi todo el siglo XX- entre otras razones, “gracias a una pereza intelectual generalizada”. Tavolari Oliveros (1994), pág. 117. Una descripción del modelo en Maturana Miquel y Montero López (2010), págs. 95-99.

Los tribunales con competencia penal solo ejercen funciones jurisdiccionales y son contados los casos en que las decisiones de los Juzgados de Garantía (en adelante JG), por su esencial rol como garantes de los derechos de los intervinientes, inciden en la investigación⁸.

En el sistema antiguo, si bien la acusación y la sentencia están limitadas por el contenido del auto de procesamiento, el objeto del proceso puede desconfigurarse en sede recursiva, puesto que la apelación no exige la expresión de los agravios, de modo que la Corte de Apelaciones tiene atribuciones para pronunciarse sobre todos los extremos de la sentencia, aun cuando ellos no hubieren sido impugnados. Esta amplia *revisabilidad* de la sentencia por el *ad quem* se ve muy acentuada por la fuerte presencia de la vieja institución de la Consulta, en cuya virtud toda sentencia que imponga una pena privativa de libertad con duración superior a un año, aunque no sea apelada, debe elevarse a la Corte respectiva para que la revise.

La congruencia procesal en materia penal ha sido protegida en el CPP, al punto que es uno de los paradigmas del acusatorio. La sentencia condenatoria no puede exceder los límites de la acusación y esta no puede referirse a personas ni hechos respecto de los que no se hubiere formalizado la investigación. Incluso, si durante el desarrollo del juicio aparecieren otros hechos delictuosos en los que probablemente el acusado hubiere participado, el tribunal debe enviar los antecedentes al MP para que los investigue, estando vedado que, aun con aquiescencia del acusado, ellos integren la sentencia que emana del juicio actual⁹. Si la sentencia condenatoria excede los límites de la acusación, el agraviado puede impugnarla, a fin de que la Corte de Apelaciones la invalide y ordene la realización de un nuevo juicio.

En cuanto al límite *ne reformatio in pejus*, es de informar que el sistema antiguo no lo contempla. En consecuencia, el resultado de una apelación, aun cuando hubiere recurrido solo el condenado, puede significar una situación más desventajosa para él, bien porque la Corte aumente la pena impuesta por el *a quo* o bien porque decida la revocación de algún beneficio concedido en la primera instancia. La situación es totalmente distinta en el modelo actual, puesto que el art. 360 inciso final del CPP dispone expresamente que, si solo

⁸ Maturana Miquel y Montero López (2010), págs. 107-108

⁹ Sobre la identidad del objeto del proceso, Roxin y Schünemann (2019), pág. 603.

un interviniente hubiere recurrido de la resolución judicial, la Corte no puede reformarla en su perjuicio, satisfaciendo con ello la justificación (la tranquilidad para impugnar¹⁰) y el estándar que regularmente se predicen de la prohibición de la reforma peyorativa (la impugnación solo del condenado)¹¹.

2.2. *Prueba legal vs. libertad probatoria. Diferentes estándares.*

La comparación de los modelos no puede soslayar una referencia, aun breve, al sistema probatorio. En la regulación del CdePP el juez del crimen, al modo de un juez de instrucción, decreta todas las diligencias destinadas a acreditar el hecho punible y la participación del inculpado, pudiendo despachar órdenes amplias o precisas a las policías y requerir la información que fuere necesaria. El conjunto de actuaciones se desarrolla en el *sumario*, fase escrita que se caracteriza por ser secreta, incluso para el inculpado, que debe pedir al juez que lo autorice al conocimiento de este, en todo o parte. En la fase de *plenario*, técnicamente el juicio, también escrito, la investigación es conocida para las partes y corresponde en ellas que se rindan las pruebas, siendo una costumbre que se “reiteren” las del sumario¹². Las pruebas están enlistadas y el legislador les asigna valor, por lo que rige el sistema de prueba legal, ocupando la “confesión” un lugar de privilegio¹³. Especial relevancia tienen las presunciones judiciales, a las que el CdePP exige requisitos para que puedan constituir *prueba completa o plena prueba*¹⁴. Como corolario de este modelo anticuado y en el que el legislador pretende reemplazar al juez en la valoración, el estándar es subjetivista (convicción): certeza legal condenatoria y certeza moral absoluta (art. 456 *bis* CdePP), enunciado que a todas luces impide un control intersubjetivo, a pesar de la plena vigencia de la doble instancia e, incluso, de la casación.

El modelo del CPP es radicalmente distinto, porque considera un sistema de libertad probatoria. La fase de investigación, dirigida por el MP, es desformalizada y contempla reglas procedimentales que tutelan los derechos

¹⁰ Volk (2016), págs. 414-425; Roxin y Schünemann (2019), págs. 648-649.

¹¹ Deja sin resolver el problema de la posible extensión del *ne reformatio in pejus* a la sentencia que se dicte en el juicio de reenvío. En sentido afirmativo, Letelier Loyola (2013), págs. 96-99.

¹² Binder (2002), pág. 239.

¹³ Aunque en las postrimerías del siglo XX se la intentó humanizar dotándola de un carácter de medio de defensa. Tavolari Oliveros (1994), págs. 111-114.

¹⁴ Paillás (1986), págs. 122 y sigs.

de los afectados (p. ej., para ejecutar algunas actuaciones de la investigación que afectan derechos se requiere autorización previa del JG)¹⁵. De toda actuación de la investigación debe llevarse registro por las policías y el MP y su contenido es conocido por los intervinientes, salvo casos especiales de secreto. La declaración del imputado es un derecho y un medio de defensa, por lo que la confesión está desterrada del sistema (rige plenamente el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*). La evidencia que se recaba por el MP no puede ser presentada directamente en el juicio, sino que está sujeta a filtros aplicados por el JG (el sistema repudia la prueba ilícita) y solo se considera prueba aquella información de los hechos producida en el juicio y bajo reglas de contradicción¹⁶. Existe amplitud de medios de prueba, con el límite del respeto a los derechos de los intervinientes -principalmente del imputado y del querellante-, la prueba se valora con libertad y sin contradecir las reglas de la sana crítica. El estándar de prueba, que no tenía tradición en Chile, es el de la superación de toda duda razonable¹⁷.

3. El reclamo de inconstitucionalidad de los inculpados sujetos hoy al procedimiento penal del Código de 1906

La situación describimos en esta presentación trata de los agentes del Estado que han sido procesados por su responsabilidad penal en los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura chilena a partir de 1973. Varios de ellos, cuyas causas se encuentran en apelación contra la sentencia definitiva o en etapa de casación, han recurrido al TC solicitando que no se les aplique el estatuto procedimental del CdePP, sino el del CPP. Los requirentes han accionado ante el TC solicitando la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos, arguyendo que su aplicación al caso concreto provoca efectos contrarios a la Constitución. Son varios los argumentos planteados y diversas las normas impugnadas por esta vía de control concreto de constitucionalidad, entre ellas la Disposición 8ª Transitoria (o art. 8º Tr.) de la CPR, todo el CdePP y las normas que regulan las presunciones judiciales en el procedimiento del CdePP.

¹⁵ Horvitz Lennon y López Masle (2002), págs. 100-101. Se afirma, aun con referencia a otros modelos, que la “libre configuración de la instrucción” tiene límites de carácter constitucional, Bacigalupo (2005), pág. 2019.

¹⁶ Illuminati (2008), págs. 152-154.

¹⁷ Horvitz Lennon y López Masle (2004), págs. 149 y sigs. y 332 y sigs.

En la CPR de 1980 su art. 8° Tr., agregado por la reforma constitucional de 1997, ordena:

“Las normas del capítulo VII “Ministerio Público”, regirán al momento de entrar en vigencia la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país.

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

El argumento de los requirentes, como se ha anticipado, es que la aplicación del antiguo estatuto a hechos ocurridos con anterioridad a esta norma y, en general al CPP, atenta contra la igualdad ante la ley, porque en todo el territorio de la República aún coexisten dos sistemas de enjuiciamiento penal, uno de los que otorga pocas garantías para el inculpado. Agregan que, si se invoca la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, lo que ha permitido al Estado de Chile perseguir y sancionar hechos acaecidos en la primera mitad de la década de 1970, y el carácter de delito permanente de los secuestros calificados que se atribuyen -ello está dado por el hecho de que las víctimas aún están desaparecidas¹⁸-, entonces debe entenderse que se trata de delitos que todavía se están cometiendo, lo que habilitaría, entonces, para aplicar el procedimiento del CPP.

Por otra parte, se ha pedido al TC que declare, para el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 1° del CdePP (*“Apruébese el adjunto proyecto de Código de Procedimiento Penal”*) y, en consecuencia, la inaplicabilidad de todo el procedimiento regulado por este cuerpo legal, por producir, por sus características, efectos contrarios a la Constitución. Una tercera alegación es que el régimen de presunciones del CdePP (arts. 485 y siguientes) exacerba

¹⁸ Sobre la ejecución formal y el agotamiento natural, con relación al delito permanente, Zaffaroni *et Al* (2005), págs. 641-642.
Sobre el secuestro como delito permanente y las sentencias de la Corte Suprema, Mañalich Raffo (2004), págs. 12 y sigs.

el carácter subjetivo del estándar probatorio y aumenta la indefensión al acusado. Ello es así, se argumenta, porque este sistema admite la prueba por presunciones -presunciones legales y judiciales- y contempla una definición tradicional de estas, al tiempo que, para que las presunciones judiciales *“puedan constituir prueba completa”* del hecho y la participación, se requiere que las mismas se funden en hechos reales y probados y que sean múltiples, graves, precisas, directas y concordantes (art. 488 CdePP)¹⁹.

4. Razonamientos del Tribunal Constitucional

En general el TC ha resuelto negativamente los requerimientos presentados, declarándolos inadmisibles o desechándolos en el fondo, aunque no por votación unánime. Sobre la inaplicabilidad del art. 8° Tr. de la CPR, el argumento para declarar su inadmisibilidad parece bastante simple: esta herramienta de control concreto de constitucionalidad debe dirigirse en contra de *“un precepto legal cuya aplicación cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”* (art. 93 N° 5 CPR). Por este motivo quedan excluidas del requerimiento de inaplicabilidad las normas constitucionales y las que tengan ese rango, como la citada (en este sentido, STC Rol 15.310-2024).

Acerca de la declaración de inaplicabilidad del art. 1° del CdePP y, con ella, la todo su estatuto procedimental, el TC ha declarado que a este órgano no le corresponde evaluar cómo la ley cumple el mandato del art. 19 N° 3 inc. 6° CPR, norma que encomienda al legislador el deber de *“establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*, por lo que no podría disponer que, para un caso concreto, se deje de aplicar íntegramente un procedimiento que ha sido regulado por la ley, máxime si, según la propia CPR (art. 63 N° 3), son materia de ley las normas que regulan los procedimientos judiciales (en tal sentido STC Rol 15.104-2024).

Para rechazar en el fondo los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del régimen de presunciones judiciales del CdePP, en general el TC ha desarrollado dos consideraciones. Por una parte, ha expuesto que la CPR consagra la garantía del debido proceso que debe interpretarse acudiendo, entre otras fuentes, a las normas del derecho

¹⁹ Paillás (1986), pág. 127.

internacional de los derechos humanos; sin embargo, la ley fundamental no regula un particular sistema probatorio, de suerte que tanto el del CdePP (prueba legal) como el del CPP (libertad probatoria) quedan amparados por esta garantía constitucional. Por otro lado, el TC ha expresado que el régimen de presunciones del CdePP es, precisamente, una herramienta para evitar la arbitrariedad judicial, porque fija estándares que los jueces deben superar para que el hecho se considere probado, lo que en caso alguno hace cesar o aligera su deber de motivar sus decisiones, pues este último es una exigencia del debido proceso que no admite duda (así razona STC Rol 12.229-2021).

Estas decisiones no han sido unánimes. Las opiniones favorables a los requerimientos entienden que el sistema de presunciones judiciales del CdePP cohonesto la garantía de la fundamentación de las sentencias, desde que aquellas son propias de un sistema subjetivista de “convicción”; además, en algunos casos se ha evaluado que, en las sentencias sobre las que los requerimientos incidirían, los tribunales han construido presunciones a partir de indicios generados durante el sumario y no en el plenario (etapa de juicio)²⁰ o sobre la base de indicios débiles o, derechamente, inexistentes.

5. Síntesis conclusiva

Se plantearán dos breves conclusiones. En primer término, pareciera ser que los argumentos planteados por los requirentes son poco idóneos para activar la declaración de inconstitucionalidad por el TC, considerando la mecánica de control concreto y *ex post* que regula la CPR. La vigencia del art. 8° Tr. es una fuerte barrera, puesto que la norma fue incorporada en 1997 a la CPR, precisamente, para regular la aplicación progresiva de un estatuto procesal penal (CPP) tan distinto del anterior (CdePP), sin que se pudiera alegar violación formal al principio de igualdad ante la ley. Además, el régimen de presunciones del CdePP en sí mismo no atenta contra el debido proceso, salvo que por su aplicación judicial de tipo mecánica no refleje un razonamiento probatorio fundado en prueba suficiente, cuestión que escapa del control constitucional y debe ser materia de un control jurisdiccional.

Pero, desde otra perspectiva, parece atendible que, si el sistema del CPP reconoce más garantías en favor de los intervinientes -en materia de

²⁰ Ello altera la relación entre el grado indiciario y la intensidad de la imputación. Bacigalupo (2005), págs. 225-226

principios y de posibilidades de actuación-, al tiempo que supera estructuralmente las grandes críticas que se formulan al modelo del CdePP - en el actual se respeta el principio acusatorio y el juicio es contradictorio, oral y público-, se considere que existen razones de peso para dar efectos retroactivos a la nueva ley procesal penal -la del CPP de 2000- incluso para la investigación y juzgamiento de los graves delitos cometidos en la dictadura, decisión político-criminal, que en el caso chileno, requeriría de una modificación constitucional que altere el texto y sentido del art. 8 Tr. de la CPR.

6. Referencias bibliográficas

- Armenta Deu, Teresa (2012): *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América* (Madrid, Marcial Pons)
- Bacigalupo, Enrique (2005): *Derecho Penal y Estado de Derecho* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica)
- Binder, Alberto (2002): *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 2ª reimpr.)
- Gimeno Sendra, Vicente (2012): *Derecho Procesal Penal* (Navarra, Aranzadi)
- Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián (2002 y 2004): *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I y Tomo II* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- Illuminati, Giulio (2008): "El sistema acusatorio en Italia". En Bachmaier, Lorena (Coord.). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Madrid, Marcial Pons)
- Letelier Loyola, Enrique (2013): *El Derecho Fundamental al Recurso en el Proceso Penal* (Barcelona, Atelier)
- Maier, Julio B. J. (2004) *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos* (Buenos Aires, Del Puerto, 2ª ed.)
- Mañalich Raffo, Juan Pablo (2004): "El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5
- Maturana Miquel, Cristián; Montero López, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal* (Tomos I y II) (Santiago de Chile, Legal Publishing).
- Roxin, Claus; Schünemann, Bernd (2019): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Didot, traducción de la 29ª ed.)
- Paillás, Enrique (1986): *Derecho Procesal Penal. Volumen II* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- Pfeffer Urquiaga, Emilio (2001): *Código Procesal Penal Anotado y Concordado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica)
- Tavolari Oliveros, Raúl (1994): *Tribunales, Jurisdicción y Proceso* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- Volk, Klaus (2016): *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Hammurabi, trad. A. Nazer y otros)
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Aliaga Alejandro; Slokar, Alejandro (2005): *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Ediar).