



EN LO PRINCIPAL: DEDUCE ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD; EN EL PRIMER OTROSÍ: SE DECRETE DESDE LUEGO LA SUSPENSIÓN DE LA GESTIÓN PENDIENTE; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITA ALEGATOS PARA RESOLVER LA ADMISIBILIDAD DE ESTA PRESENTACIÓN; EN EL TERCER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS QUE INDICA; EN EL CUARTO OTROSÍ: SOLICITA FORMA DE NOTIFICACIÓN; EN EL QUINTO OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.-

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MAXIMILIANO EDUARDO MURATH MANSILLA, abogado, chileno, cédula nacional de identidad número 13.441.660-2, actuando mediante escrito de patrocinio y poder según consta en el documento acompañado en el tercer otrosí de esta presentación, en representación de don **JUAN MIGUEL FUENTE-ALBA POBLETE**, cédula de identidad N° 6.363.343-7, General en Retiro del Ejército de Chile, actualmente recluido en el Campo Militar de Peñalolén del General Oscar Izurieta Molina, pero domiciliado para estos efectos en Camino Los Quillayes N° 4050, Las Brisas, Chicureo, Colina, a U.S. Excmo. respetuosamente digo que:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, y los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, deduzco acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del **artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, el artículo 233 del Código Penal, el artículo 236 del Código Penal, y el artículo 2 de la Ley 19.863**, en la gestión pendiente en los autos criminales seguidos ante la Ministra en Visita Extraordinaria doña Romy Rutherford Parentti de la Ilustrísima Corte Marcial, sobre el presunto delito de malversación de caudales públicos, cuyo Rol de Ingreso es N° 575-2014.

Que, las disposiciones legales cuya declaración de inaplicabilidad se persigue en autos infringen directamente los artículos 1 inciso 1°, 5 inciso 2°, 6, 7, 8, 19 N° 3, 19 N° 26 de la Constitución Política de Chile, y los artículos 1, 2, 8, 9, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 2, 7, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

1. Que, primeramente cabe hacer presente a este excelentísimo tribunal, que la presente causa tiene por objeto investigar una de las aristas penales respecto al uso de los gastos reservados, y en particular sobre el presunto delito de malversación de caudales públicos, cuya investigación está siendo actualmente substanciada por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Ilustrísima Corte

Marcial, señora Romy Rutherford Parentti, y cuyo rol identificativo de la causa es Rol N° 575-2014, y que corresponde a la I Fiscalía Militar de Santiago (ex VI).

2. Sin embargo, cabe señalar, que dicha investigación penal se inició en el Ministerio Público, en causa RUC N° 1401078417-5, a cargo del Fiscal Sr. José Morales Opazo, quien desde el año 2016 en adelante, llevó una investigación desformalizada en contra de mi representado por el presunto delito de enriquecimiento ilícito e infracción a la ley 19913, dando origen a las primera diligencias del caso en cuestión.

3. Que posteriormente, y ante un petición de la defensa, con fecha 10 de febrero de 2017, el 7° Juzgado de Garantía, en causa RIT 6789-2016, RUC 1401078417-5, y conociendo de un incidente de incompetencia del tribunal, determina que no es competente para conocer de los delitos funcionarios que podrían corresponderle al imputado Fuentealba Poblete, no así respecto al lavado de activos y de las personas civiles que pudieran ser investigado productor de los hechos, y reenvía dicha investigación criminal al entonces Ministro en Visita Extraordinaria don Omar Astudillo Contreras, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

4. Que, el Ministro en Visita Extraordinaria don Omar Astudillo Contreras continuó la investigación de los presuntos delitos funcionariales que podía haber a quienes resulten responsables y por el presunto delito de Fraude al Fisco y otros ilícitos, tomándole declaración judicial a mi representado y no sometiéndolo a proceso hasta el término de su período de exclusividad como ministro en visita, asignado a la presente causa.

5. Que, le subrogó legamente como Ministra en Visita Extraordinaria a don Omar Astudillo Contreras, la Ministra señora Romy Rutherford Parentti, quien continuando la investigación, y llevando a cabo una serie de diligencias probatorias e investigativas en la etapa de sumario, decide someter a proceso a don Juan Miguel Fuente-Alba Poblete, con fecha 19 de febrero de 2019, como autor del presunto delito de malversación de caudales públicos.

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

El presente requerimiento se encuentra previsto, en el actual artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República que dispone: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Que, los requisitos de admisibilidad del requerimiento están dispuestos en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los cuales concurren plenamente en la especie, y que dicen relación con los siguientes:

1. El recurrente dispone de legitimación activa para ejercitar la presente acción en tanto parte en la gestión pendiente:

1.1. Conforme a la certificación que se acompaña en un otrosí de esta presentación, mi representado, tiene la calidad de procesado en causa Rol Ingreso N° 575-2014 de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago. Su abogado patrocinante es don Maximiliano Eduardo Murath Mansilla, cédula de identidad N° 13.441.660-2, domiciliado para estos efectos en Huérfanos 1117, oficina 601, comuna de Santiago.

1.2. Así, intenta la acción quien es parte en la gestión pendiente. Esa calidad de interesado en la gestión pendiente confiere a quien comparece la legitimación para deducir la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de conformidad con lo dispuesto por los artículos 84 N° 1 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. Los preceptos impugnados no han sido declarados conforme con la Constitución conociendo de un control preventivo o en un requerimiento en que se invoque el mismo vicio alegado:

2.1. Que, a su vez, cabe señalar que las disposiciones contenidas en los artículos impugnados no han sido objeto de un pronunciamiento preventivo de constitucionalidad, ni tampoco se ha resuelto una acción de inaplicabilidad que tenga como fundamento los mismos vicios alegados en el presente caso concreto.

2.2. Que, entonces, respecto a este requisito, se verifica lo prescrito en el artículo 84 N° 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. Existe una gestión pendiente en que se pueden aplicar las disposiciones penales que se impugnan por inconstitucionales, y, los preceptos legales que se impugnan han de tener aplicación en la gestión pendiente y resultarán decisivos para la resolución del asunto.

3.1. Que, respecto al reclamo del artículo 205 y 352, ambos del Código de Procedimiento Penal, y según lo dispuesto por el mismo Código de Procedimiento Penal, en etapa de sumario, etapa procesal en la cual se encuentra la causa Rol Ingreso N° 575-2014, siempre se puede volver a tomar declaraciones a los testigos, al inculcado o realizar careos entre ambos, tantas veces sea necesario, sea para profundizar o aclarar algún hecho de la causa, o, sea porque a partir de nuevos antecedentes allegados a la investigación se requiere una nueva declaración de parte de los mismos.

3.2. Que, tanto es así, que el mismo cuerpo normativo contempla una norma que permite al juez que instruye el sumario tomar cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos. Ello ha sucedido en la causa de autos, a modo de ejemplo, mi representado y algunos testigos han declarado en varias oportunidades, a medida que la

indagatoria se ha ido desarrollando, tal y como consta en esta presentación, siendo entonces habitual que a medida que la investigación avanza, se pueda volver a interrogar a otros testigos respecto a los hechos que van acaeciendo.

3.3. Claramente pueden entonces aplicarse las normas impugnadas por inconstitucionales, por cuanto siempre en etapa de sumario pueden efectuarse diligencias respecto a la averiguación del hecho punible y de la participación penal de las personas que han sido o están siendo procesadas, lo que determina que exista la posibilidad cierta de que esas normas se apliquen o vuelvan a aplicar. Es más, ello sucederá en la especie por cuanto existen diligencias pendientes en la misma, solicitadas por el propio tribunal.

3.4. En el caso concreto, conforme a la certificación que se acompaña en un otrosí de esta presentación, la causa que se sigue ante la Ministra Instructora en Visita Extraordinaria doña Romy Rutherford Parentti, Rol Ingreso N° 575-2014, se encuentra actualmente en tramitación, en estado de sumario, y en la misma, se han concedido diligencias que aún no se han llevado a cabo, que implicarán, entre otras, la toma de declaraciones a terceros por parte del juez, tomar nuevas declaraciones al inculpado o realizar careos entre testigos y/o procesados entre sí; respecto de las cuales existe, cuanto menos, el riesgo cierto, si no la certeza, de que en su realización se dará aplicación material a los preceptos que en este libelo se recurren por generar una vulneración concreta de las garantías constitucionales señaladas.

3.5. Por su parte, en el improbable evento en que las diligencias referidas no fuesen practicadas, de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, compete al juez instructor llevar adelante el cierre de la actual etapa procesal, decidiendo, al elevar la causa a plenario, si deduce o no acusación en contra de mi representado. Esa decisión, sea cual fuere su signo lógico-jurídico, se fundamentará en los antecedentes recabados en forma de declaraciones. Tal gestión no se ha llevado a efecto hasta la fecha actual, de modo que se encuentra pendiente.

3.6. Los preceptos impugnados son decisivos por cuanto de la toma de declaraciones de las diligencias nacen los elementos de cargo o de descargo que va a tener a mano el juez instructor para elevar a plenario los autos. En efecto, el juez instructor de la causa, ya para sobreseer, ya para acusar fiscalmente a mi representado, debe necesariamente referirse a las piezas del expediente en las que funde su decisión, entre las cuales se encuentran las declaraciones de otros testigos y se encontrarán aquellas que se tomen posteriormente a este requerimiento, con aplicación de las normas impugnadas, todo ello causando en concreto una grave afectación de las normas constitucionales que garantizan el derecho de mi representado a la tutela judicial efectiva. Ello, es totalmente decisivo.

3.7. La suerte del procesado, en este caso mi representado, va a cambiar dependiendo de cuáles son los elementos que van siendo incoados en el proceso y eventualmente, dichos del procesado, careos y declaraciones de otros testigos podrían ser los únicos elementos de cargo. A mayor

abundamiento, existe la posibilidad cierta de que los testigos no concurren en el plenario en el probatorio, ya que no están obligados ni a concurrir, ni a responder todas las preguntas que los abogados soliciten en dicha etapa procesal, pudiendo suscitarse, tal y como ha ocurrido en causas de la misma naturaleza que los autos Rol N° 575-2014, que solamente lleguen a la sentencia definitiva los elementos de cargo obtenidos en el sumario mediante la aplicación directa de las disposiciones legales cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se reclama.

3.8. Que, respecto al artículo 233 y al artículo 236, ambos del Código Penal, y ambos en relación al artículo 2 de la Ley 19.863, norma también impugnada, cabe señalar que todas estas normas pueden y deben ser aplicadas en la especie, toda vez que, para poder determinar la existencia o no de un delito de malversación de caudales públicos propiamente tal, y para poder determinar qué tipo de malversación es aquella que podría aplicar en el presente caso, el tribunal debe atender al análisis de los artículos 233 y 236, ambos del Código Penal, entre otros, y luego, para poder sustentar una y/o descartar la otra, se debe aplicar y atender a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 19.863, y posteriormente atender a otras normas si fuese necesario.

3.9. Que, en lo particular, lo que se discute en la investigación penal, es si los gastos reservados que supuestamente tenía a su cargo el Comandante en Jefe del Ejército entre los años 2010 y 2014, fueron o no destinados a lo que señala la ley para su uso y destinación. Y para ello, no existiendo una norma en el Código Penal, y tratándose de una materia que está regulada en la Ley 19.863, la aplicación del artículo 2 de dicha ley es vital e indispensable.

3.10. Que, entonces, la aplicación del artículo 233 y 236 del Código Penal en relación al artículo 2 de la Ley 19.863, son absolutamente decisivos en la gestión pendiente, porque de ella dependerá la revocación o no del auto de procesamiento si lo solicitase la defensa dentro de la etapa de sumario, y porque de ello dependerá necesariamente la dictación de la acusación fiscal una vez que termine la etapa de sumario, debiendo decidir el juez mediante la aplicación de ellos, si finalmente acusa o no a mi representado de dichos delitos o de otros que puedan tener cabida, o lisa y llanamente si decide dictar sobreseimiento definitivamente respecto a mi representado.

3.11. Así, en ambos casos – la práctica de diligencias y posible acusación en contra de mi representado-, se está a todas luces ante una **gestión pendiente** respecto de la cual cabe interponer el presente recurso, conforme a la interpretación que de modo permanente este mismo Excelentísimo Tribunal Constitucional ha hecho del concepto de “gestión pendiente”: *“al actual texto de la Carta Fundamental le basta, para efectos de admitir a tramitación una acción de inaplicabilidad, que el precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto cualquiera, que naturalmente deba resolverse en esa gestión pendiente y que, para efectos del fondo, produzca en esa gestión en que pueda aplicarse un resultado contrario a la Constitución”*¹, ya que *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional circunscribe la gestión pendiente al*

¹ Sentencia Tribunal Constitucional de 2 de abril de 2009, dictada en Autos Rol N° 1279, considerando décimo.

*específico asunto que puede ser resuelto mediante la aplicación del precepto que se impugna y no a la totalidad del conflicto jurídico de fondo*².

4. Las disposiciones impugnadas tienen rango legal:

Todas las disposiciones que se impugnan son de rango legal, de ahí que se cumpla con el requisito referido al rango de las normas cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se pretende con el ejercicio de la presente acción.

5. La acción intentada aparece revestida de fundamento plausible, cuestión a la que nos referimos en los párrafos siguientes.

6. Que, cabe tener presente que el artículo 205 y/o el artículo 352, ambos del Código de Procedimiento Penal, ya han sido declaradas admisibles de fondo respecto a recursos de inaplicabilidad, el año 2017 y 2018, sobre las misma norma impugnada, en causas de la misma naturaleza, en el mismo estado procesal, por los mismos vicios, lo que significa ya un pronunciamiento uniforme respecto a este tipo de hipótesis, a saber:

6.1. Consta la Resolución de fecha 08 de agosto de 2017, que declara admisible el recurso, **Causa Rol Ingreso N° 3669-2017**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de los **artículos** 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, 334, 351 y **artículo 352** del Código de Procedimiento Penal, presentado por Pedro Montabone Domínguez, en el proceso penal seguido ante la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, por el delito de secuestro calificado de Franklin Valdés Valdés, bajo el Rol Ingreso N° 186-2011.

6.2. La Resolución de fecha 4 de diciembre de 2017, que declara admisible el recurso, **Causa Rol Ingreso N° 3948-2017**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie respecto a los **artículos** 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, artículo 334, 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal, presentado por Orlando Carter Cuadra, en el proceso penal seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza Espinoza, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por el delito de homicidio calificado de Bautista Van Schouwen Vasey y Patricio Munita Castillo, bajo el Rol Ingreso N° 903-2017-VE.

6.3. La Resolución de fecha 07 de septiembre de 2017, que declara admisible el recurso, en **Causa Rol Ingreso N° 3649-2017**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie, respecto de los artículos 193, **205**, 246, 252, 255, 277, 318, 330 inciso 1°, artículo 334, 351 y **352 del Código de Procedimiento Penal**, presentado por Patricio Enrique Jeldres Rodríguez, en el proceso penal sustanciado por el Ministro de Fuero Carlos Aldana Fuentes, por el delito de secuestro calificado de Ricardo León Troncoso, bajo el Rol N° 7-2017, de Ingreso en

² MASSMAN BOZZOLO, NICOLÁS, “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”, Jus et Praxis, 15 (1), 2009, p. 280

primera instancia de la Corte de Apelaciones de Concepción.

6.4 La Resolución de fecha 09 de noviembre de 2017, que declara admisible el recurso, en **Causa Rol Ingreso N° 3929-2017**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie, respecto de los artículos 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, artículo 334, 351 y **352 del Código de Procedimiento Penal**, presentado por Patricio Enrique Jeldres Rodríguez, en el proceso penal sustanciado por el Ministro de Fuero Carlos Aldana Fuentes, por el delito de secuestro calificado de Alfredo Becerra Cifuentes, don Tomás Eduardo Domínguez Jara y don Gustavo Efraín Domínguez Jara, bajo el Rol N° 8-2017, de Ingreso en primera instancia de la Corte de Apelaciones de Concepción.

6.5. La Resolución de fecha 07 de septiembre de 2017, que declara admisible el recurso, **Causa Rol Ingreso N° 3699-2017**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie respecto a los artículos 117, 120, 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, presentado por Germán Lisandro Sanhueza Figueroa, en el proceso penal seguido ante la Ministra en Visita Extraordinaria Marianela Cifuentes Alarcón, de la Corte de Apelaciones de San Miguel por el delito de homicidio de Gilberto de las Mercedes Victoriano Veloso, bajo el Rol Ingreso N° 38-2010-VE.

6.6. La Resolución de fecha 23 de marzo de 2018, que declara admisible el recurso, en **Causa Rol Ingreso N° 4390-2018**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie, respecto de los artículos 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, artículo 334, 351 y **352 del Código de Procedimiento Penal**, presentado por Patricio Enrique Jeldres Rodríguez, en el proceso penal sustanciado por el Ministro de Fuero Carlos Aldana Fuentes, por el de delito de secuestro en la persona de don Arturo Prat Marti y Gregorio Retamal Velásquez, y homicidio calificado de Patricio Weitzel Pérez, bajo el Rol N° 9-2017, del Ingreso en primera instancia, Derechos Humanos de la Corte de Apelaciones de Concepción.

6.7. La Resolución de fecha 23 de marzo de 2018, que declara admisible el recurso, en **Causa Rol Ingreso N° 4391-2018**, sobre recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la especie, respecto de los artículos 193, **205**, 318, 330 inciso 1°, artículo 334, 351 y **352 del Código de Procedimiento Penal**, presentado por Patricio Enrique Jeldres Rodríguez, en el proceso penal sustanciado por el Ministro de Fuero Carlos Aldana Fuentes, por el delito de secuestro calificado en la persona de Leopoldo López Rivas y Robinson Ramírez del Prado, bajo el Rol N° 11-2017, de Ingreso en primera instancia de la Corte de Apelaciones de Concepción.

III. DISPOSICIONES LEGALES CUYA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD SE PERSIGUE EN AUTOS

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

2. Que, la primera norma requerida es el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal que indica que: “...*Para verificar el careo, el juez hará comparecer ante él a las personas cuya declaración sea contradictoria, y juramentando o tomando promesa a los que sean testigos o querellantes y exhortando a todos a decir verdad, hará leer o leerá por sí mismo el punto en que las declaraciones se contradigan, y preguntará a cada uno de los discordantes si se ratifica en su dicho o si tiene algo que agregar o modificar a lo expuesto. Si alguno altera su declaración concordándola con la de otro, el juez indagará la razón que tenga para alterarla, y la que tuvo para haber declarado en los términos en que antes lo hizo. Si los discordantes se limitaren a ratificarse, el juez les manifestará la contradicción que existe entre sus respectivos dichos y les amonestará para que se pongan de acuerdo en la verdad, permitiendo al efecto que cada uno de los careados haga a cualquiera de los otros las preguntas que estime conducentes y las reconvenciones a que las respuestas dieran lugar, y cuidando de que no se desvíen del punto en cuestión, ni se insulten o amenacen...*”.

3. La tercera norma requerida, es el artículo 233 del Código Penal, que expresa que: “...El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, *será castigado: 1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2° Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con las penas de multa del doble de lo sustraído y de inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos...*”.

4. La cuarta norma requerida, es el artículo 236 del Código Penal, que señala que: “...*El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento...*”.

5. La quinta norma impugnada, y en relación al artículo 233 y 236 del Código Penal, es el artículo 2° de la Ley 19.863, que dispone que: “...*Se entenderá por gastos reservados aquellos egresos que, por el ministerio de esta ley, se faculta realizar a las entidades mencionadas en el artículo siguiente, para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto...*”.

IV. RESPECTO AL ARTÍCULO 205 Y 352, AMBOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. Los efectos contrarios a la constitución que tendrán lugar de aplicarse las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad se persigue

1.1. Que, primeramente cabe hacer presente a este excelentísimo tribunal, que la presente causa tiene por objeto investigar una de las aristas penales respecto al uso de los gastos reservados, y en particular sobre el presunto delito de malversación de caudales públicos, cuya investigación está siendo actualmente sustanciada por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Ilustrísima Corte Marcial, señora Romy Rutherford Parentti, y cuyo rol identificativo de la causa es Rol N° 575-2014.

1.2. Que, para averiguar dichos presuntos ilícitos, el tribunal ha adoptado una serie de diligencias durante toda la tramitación de la presente causa, en que en ellas se han tomado declaraciones a diversas personas, en calidad de imputados y testigos, todas ellas con carácter de secretas, todas ellas sin la presencia del abogado del procesado, y todas ellas por directa aplicación del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal.

1.3. Que, así las cosas, y respecto a esta causa, el tribunal determinó que ciertas piezas del expediente fueran decretadas como secretas, incluyen dentro de ellas, distintas declaraciones de testigos, todos ellos interrogados también de manera secreta, incluyendo además documentos e informes de la PDI que también fueron catalogados como secretos. Y que, posteriormente, hace solo unos días atrás, el tribunal accedió a entregarle a esta defensa parte de aquello que estaba en calidad de secreto, en particular un informe elaborado por la PDI

1.4. Que, como queda en evidencia de la mencionada disposición, y de aplicación en autos, el juez que instruye la causa cumple una multiplicidad de roles de modo permanente, tomando declaraciones las veces que estime necesaria para la investigación **de forma secreta, y excluyendo completamente la defensa letrada por cuanto se verifica sin la presencia siquiera de abogado del defensor, todo lo cual limita en este caso concreto, y de modo contrario a la Constitución, el derecho de mi representado a la tutela judicial efectiva.**

1.5. Que, cada una de esas declaraciones son parte de lo que el juez instructor considerará al momento de decidir si, tras cerrar la etapa de sumario, formulará o no acusación fiscal, viciándose de este modo dicha definición, pues provendrá, ya sea de modo favorable o perjudicial a mi representado, de elementos obtenidos con infracción material de nuestra Carta Fundamental.

1.6. Que, la Constitución Política asegura, en el inciso 5º del artículo 19 N° 3, que "...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...", esto es lo que se denomina el "debido proceso".

1.7. En particular, la labor que, conforme a la normativa impugnada, desarrolla el juez instructor, transforma lo que en abstracto pretende ser una legítima herramienta investigativa, en un mecanismo de indefensión al pasar al caso concreto, pues quien conduce la declaración, dirigiendo el dictado e inclusive estando facultado a realizarlo a nombre del interrogado, es el mismo denunciante, de modo que no sólo la herramienta es trastocada en la intencionalidad para la que fuera concebida, pues permite a quien preconice la participación del declarante en un pretendido ilícito no sólo obtener información al tenor de su propia teoría del caso, sino que también configurar un esquema de preguntas que con facilidad puede llevar a un interrogado a dar respuestas guiadas hacia un contenido específico –de ahí la existencia de la denuncia-, lo que de suyo es complejo **al no haber defensor letrado**. Incluso, le faculta a intervenir directamente en el contenido de la declaración que será consignada, **todo sin presencia de abogado defensor**, lo que impide disponer de un medio apropiado para la preparación de una defensa, más aún cuando, en el más óptimo y honorable de los casos, los dichos estarán mediatizados por la misma persona que denunció para ser consignados, por lo que, en cualquier escenario, aún en el de un juez que se esfuerce con celo en no mal utilizar estas mal delimitadas facultades, cuando menos perderá información.

1.8. Incluso si se pretendiera que la inteligencia propia del interrogado, potencialmente mi representado en este caso, fuera un escudo apto ante este tipo de indefensión, pudiendo negarse a firmar por no corresponder lo consignado a lo declarado, lo efectivo es que, por disposición legal, ni siquiera ello sería óbice para que dicha diligencia tenga valor, sino que sólo se limitará a dejar una mención al efecto.

1.9. Así también, es cierto que en razón de la presunción de inocencia que asiste a mi representado, éste tiene el derecho a guardar silencio -pues no es su deber probar su inocencia sino del juez lograr probar su culpabilidad- pero es muy diferente guardar silencio en ejercicio de un derecho y como modo de ejercer una estrategia de defensa judicial efectiva, que verse forzado a guardar silencio como único medio de enfrentar una situación en que la defensa judicial sencillamente no puede ser efectiva, como lo es, precisamente, aquella en que se encuentra. Es decir, si hubiera optado por guardar silencio en cada una de las declaraciones que le fueron tomadas ello hubiera sido únicamente un modo de evitar un mayor perjuicio, pero en modo alguno se lo podría considerar como el ejercicio de su derecho a la defensa judicial efectiva.

1.10. Todo lo anterior implica que, a efectos de las declaraciones de procesados, que mi representado está simplemente a disposición del accionar del juez instructor o de su actuario(a), que lo investiga y que por efecto de lo que se consigne puede decidir acusarle y que, por la misma base, puede eventualmente condenarle.

1.11. Aunque es efectivo que, en abstracto y según la antigua normativa de enjuiciamiento penal, el Juez Instructor debe investigar con igual celo los antecedentes que benefician o perjudican al procesado, lo efectivo es que no hay herramienta jurídica alguna para pesquisar el cumplimiento de dicha normativa, que, en tal sentido, no queda sino en una declaración de principios sin operatividad controlable. Esto, en concreto, resulta contrario al debido proceso, para el cual no basta con normas genéricas, no sujetas a control efectivo -como la mencionada- para satisfacer las exigencias del debido proceso en sus diversas facetas, toda vez que se requiere de *“garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”*³.

1.12. En el mismo orden de ideas, no se observa la utilidad concreta que pueda prestar el que no se cuente con asistencia letrada durante los interrogatorios a que se somete a los procesados, más bien, todo lo contrario. De hecho, el más elemental **test de proporcionalidad** revela que no existe justificación racional suficiente para restringir de este modo su derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, aumenta los motivos de sospecha de que el juez no cumple con su rol de investigación neutral. En ese sentido, cabe mencionar que existe evidencia sobre la vulneración del principio de objetividad que lleva a investigar con igual celo las circunstancias que favorezcan o perjudiquen al sujeto investigado. Así, en relación al juez instructor, cuya función, a pesar de ser teóricamente mixta -al igual que la actual Fiscalía-, se dirige primordialmente a la comprobación de los elementos del tipo delictual por el que ejerza la acusación⁴, es decir, su neutralidad teórica no existe en los hechos concretos.

1.13. Lo anterior, es de suyo inaceptable, pues mientras el Juez Instructor es, necesariamente un profesional letrado, y en el caso de autos, Ministra de la Corte Marcial, que cuenta con una larga y distinguida trayectoria profesional, mi representado no puede contar con asesoría letrada, de modo que no existe posibilidad alguna de igualdad, desde el punto de vista del dominio intelectual de las normativas, que es precisamente para lo cual la discusión judicial en occidente se ha desarrollado en la forma de representación obligatoria por abogado. Así, se da una abierta infracción al derecho a la defensa judicial efectiva y al debido proceso penal.

1.14. En el mismo sentido, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 101 y 103) discutió extensamente esta materia, prefiriendo no enumerar los requisitos del debido proceso, sino atribuir a la ley el deber de establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella proceda. En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional (sentencias roles 376, 389,

³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros, párr. 56; Caso Barreto Leiva, párr. 98; Caso Usón Ramírez, párr. 117; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, párr. 177.

⁴ Vid. BUCAREY VIVANCO, PAMEL, “La carga de la prueba en la legítima defensa”, Universidad de Chile, pp. 87 y 88.

481, entre otras) y la Corte Suprema, estableciendo ésta (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J. 258) que "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 con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y la objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores ..."

1.15. La Excma. Corte Suprema en la misma línea ha dicho que es un derecho garantizado en la Constitución Política de la República, el que toda sentencia dictada por un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso quinto (hoy sexto) del numeral 3 del artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre garantías de un proceso racional y justo. Además, dichas normas son contrarias a lo establecido en el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, cuyo texto es del siguiente tenor: "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.

1.16 Así, los derechos fundamentales se convierten, por una parte, en el parámetro material básico que debe ser utilizado para la interpretación de todo ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, en tanto el material central de la Constitución lo configuran los derechos fundamentales, afirmar que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo con la Constitución es, en buena medida, lo mismo que afirmar que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales. Pero, a su vez, esta interpretación está guiada por un criterio directamente deducible de la posición preferente de los derechos fundamentales: la interpretación del ordenamiento de acuerdo con los derechos fundamentales debe llevarse a cabo de la manera que estos resulten más eficaces y en la forma que estos desarrollen su mayor potencialidad; dicho en otros términos: no basta la interpretación conforme con los derechos fundamentales sino que debe llevarse a cabo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales.

2. Modos específicos en que se contraviene el texto constitucional de aplicarse las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad se persigue

2.1. En causa Rol Ingreso N° 575-2014, se han aplicado en contravención a las disposiciones constitucionales las normas impugnadas determinando que las declaraciones y careos allegados a la indagatoria no revistan las garantías del debido proceso, además de que pueden volver y volverán a aplicarse con el mismo efecto, por las razones señaladas en el capítulo de admisibilidad de este requerimiento.

2.2. Nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 3, inciso 2°, prescribe: “*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*”. Este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha dicho sobre el punto: “*Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse, con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales*”⁵.

2.3. Ciertamente, es la misma ley la que, tratándose de la etapa de sumario en el procedimiento penal antiguo, restringe la intervención del letrado. Tal es *la forma* señalada en la ley. En esta acción, con todo, no se impugna esa forma *per se*, sino su aplicación al caso concreto por los efectos inconstitucionales que de ello se siguen *hic et nunc* –aquí y ahora–, resultando dichas normas, asimismo, decisivas en la resolución del asunto en la gestión pendiente.

2.4. Pues bien, es preciso entonces conocer qué ha ocurrido –y qué ocurrirá– por la aplicación de los preceptos legales impugnados *en este caso, habida cuenta de sus circunstancias específicas*.

2.5. En el caso concreto, cabe señalar las siguientes diligencias procesales y probatorias, en las cuales se aplicaron las normas que producen efectos inconstitucionales, que dicen relación con mi representado, vulnerando la normativa nacional y la Constitución, sólo a modo de ejemplo algunas de las actuaciones, **son las siguientes** (entendiendo que el resto de las declaraciones que no transcribimos por economía procesal también se han realizado por aplicación de los artículos 205 y/o 352 del Código de Procedimiento Penal):

2.5.1. La declaración respecto a doña Victoria Latrach Ammar, quien prestó dicha declaración como testigo ante el tribunal el 25 de junio de 2018, la cual rola a fojas N° 2085 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.2. La declaración respecto a don Juan Tupper Fuenzalida, quien prestó dicha declaración como testigo ante el tribunal el 27 de junio de 2018, la cual rola a fojas N° 2090 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 1535-09, Considerando 19°.

2.5.3. La declaración respecto a doña Paula Castro Rivera, quien prestó dicha declaración como testigo ante el tribunal el 22 de noviembre de 2018, la cual rola a fojas N° 2099 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.4. La declaración respecto a don Juan Cornejo De la Fuente, quien prestó dicha declaración como testigo ante el tribunal el 29 de marzo de 2018 la cual rola a fojas N° 2153 y siguientes, y como inculpado el día 17 de octubre de 2018, que rola a fojas 2161 y siguientes, ambas de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.5. La declaración respecto a doña Rosa Gallardo Muñoz, quien prestó dicha declaración como testigo ante el tribunal el 20 de junio de 2018, la cual rola a fojas N° 2166 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.6. La declaración indagatoria respecto a don Curt Juris Hald De la Torre, quien prestó dicha declaración ante el tribunal el 06 de marzo de 2019, la cual rola a fojas N° 2350 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.7. La declaración indagatoria respecto a don Jozo Santic Palomino, quien prestó dicha declaración ante el tribunal el 20 de febrero de 2019 y 05 de septiembre de 2018, la cual rola a fojas N° 2281 y siguientes, y a fojas 2289 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.8. La declaración indagatoria respecto a don Curt Juris Hald De la Torre, quien prestó dicha declaración ante el tribunal el 07 de marzo de 2019, la cual rola a fojas N° 2362 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia.

2.5.9. La declaración indagatoria respecto a don Fredis Jara Jara, quien prestó dicha declaración ante el tribunal el 15 de marzo de 2018, la cual rola a fojas N° 2132 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia. Y a fojas 2143, de 10 de octubre de 2018.

2.5.10. La declaración indagatoria respecto a don Sergio Vásquez Undurraga, quien prestó dicha declaración ante el tribunal el 21 de febrero de 2017, la cual rola a fojas N° 1968 y siguientes, de manera secreta y sin la posibilidad de que los abogados de las partes en el juicio pudieran participar en dicha diligencia. Lo mismo ocurre, el 22 de junio de 2017, A fojas 2018, y el 30 de noviembre de 2017 que rola a fojas 2023, 07 de marzo de 2018, a fojas 2026, el 20 de marzo de 2018, a fojas 2031.

2.5.11. La diligencia de CAREO, entre Juan Miguel Fuente-Alba Poblete y Curt Juris Hald De la Torre, realizada con fecha 08 de marzo de 2019, que se tiene como elemento de cargo en contra de éste último, sin la presencia de abogado defensor (de esta defensa), y en el cual se produjo la aplicación además de lo prescrito en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, generando un grave daño a los derechos de mi representado y al debido proceso.

2.5.12. Que, respecto a la diligencia de careo entre mi representado y el Sr. Curt Juris Hald De la Torre, cabe hacer presente a esta excelentísima magistratura, que el tribunal aplicando el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, amonestó a mi representado para que no hiciera uso a su derecho a guardar silencio, manifestándole el tribunal que él no tenía derecho a guardar silencio durante la tramitación de esta diligencia de careo y ampliación de declaración, y manifestándole el tribunal además que hay dos normas del Código de Procedimiento Penal para dar cuenta de que no le asistía ese derecho, en particular el artículo 327 y 328 de dicho cuerpo legal.

2.5.13. Que, a saber, el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal señala que: “...*Si el inculpado, rehúsa contestar, o se finge loco, sordo o mudo, y el juez, en estos últimos casos, llegare a suponer como fundamento la simulación, sea por sus observaciones personales, sea por el testimonio de testigos o el dictamen de uno o más peritos, se limitará a hacer notar al inculpado que su actitud no impedirá la prosecución del proceso y que puede producir el resultado de privarle de algunos de sus medios de defensa...*”, y entonces, lo único que indica es que el tribunal puede indicarle al procesado que su negativa no retrasará la investigación y que su negativa puede afectar a su defensa, lo que no tiene relación con el derecho a guardar silencio de cualquier persona.

2.5.14. Que, a saber, el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal señala que: “...*El inculpado no podrá negarse a contestar a las preguntas del juez, fundándose en la incompetencia de este funcionario, pero se pondrá testimonio en autos de la protesta que formulare a este respecto...*”, lo único que señala es que el procesado no puede negarse a responder si cree que el juez es incompetente, lo que no tiene relación con el derecho a guardar silencio de cualquier persona.

2.5.15. Cabe señalar, que, toda persona imputada, procesada o investigada en alguna causa penal tiene el derecho Constitucional a Guardar Silencio, si así lo decide, al momento de tomársele una declaración judicial y al momento de practicársele una diligencia de Careo o de cualquier otra naturaleza, sin importar el tipo de procedimiento que se le aplique, sea el antiguo procedimiento inquisitivo o el nuevo sistema procesal penal, sin importar si es materia penal común o materia de justicia militar, sin importa si el tribunal está compuesto por un juez o un ministro, y sin importar el tipo de delito por el cual se le investigue.

2.5.16. Que, incluso y ante la gravedad de dicha situación, esta parte presentó dos escritos para hacer presente la situación y la indefensión en que quedaba un procesado al negársele su derecho

a guardar silencio, y solicitándole al tribunal que las próximas diligencias sean grabadas en algún registro audiovisual, lo que desde luego resolvió no accediendo a ello el tribunal.

2.5.17. Que, otra muestra además de lo secretas que son las declaraciones a los testigos en la etapa de sumario, en aplicación del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, es precisamente la negativa a dejar un registro cierto y audiovisual del mismo.

2.6. Que, respecto a la aplicación del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, que señala que: “...*Para verificar el careo, el juez hará comparecer ante él a las personas cuya declaración sea contradictoria, “...Si alguno altera su declaración concordándola con la de otro, el juez indagará la razón que tenga para alterarla, y la que tuvo para haber declarado en los términos en que antes lo hizo. “...Si los discordantes se limitaren a ratificarse, el juez les manifestará la contradicción que existe entre sus respectivos dichos **y les amonestará** para que se pongan de acuerdo en la verdad...*”, se produce una seria vulneración constitucional, cuando el juez que toma una declaración judicial al inculpado en un careo aplica la facultad de **amonestar al procesado**, lo que es una cuestión prohibida en el Código Procesal Penal, y los mismos tratados internacionales citados, los cuales cuestionan gravemente que se pueda coartar el derecho a declarar libremente que tiene el imputado, o que se le amoneste por manifestar o no manifestar lo que estime pertinente, todo lo cual transgrede directamente el debido proceso y la tutela judicial.

2.7. Así el Artículo 195 del Código Procesal Penal, al tratar los métodos prohibidos en la forma de tomar declaración a un imputados, señala que: “...Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación **que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar...**”, es decir, lo que sostiene la norma requerida del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal es exactamente lo contrario a lo que mandata el debido proceso de derecho, y en especial aquella contenida en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal que faculta al juez para amonestar al procesado para que explique las contradicciones de sus dichos con las del otro procesado.

2.8. Que en concreto, la asistencia y presencia del letrado resulta **absolutamente necesaria**, tanto respecto las propias declaraciones de mi representado, como en los careos y declaraciones de testigos, a efectos de poder, en igualdad de armas, determinar su verdadera y/o efectiva responsabilidad penal si la hubiere, sumado a los demás antecedentes de la causa, en los cuales tampoco se cuenta con la presencia de un abogado defensor de mi representado, lo que lleva a concluir que dichos elementos que sirven de cargo, serán la base para inculparle, sin que en ellos se hayan respetado las garantías más elementales de una adecuada defensa.

2.9. Pues bien, resulta evidente que, en la aplicación a este caso concreto de los preceptos legales cuya declaración de inaplicabilidad se persigue en autos, los cuales resultarán decisivos para la resolución del asunto, según lo ya explicado, se produce un efecto contrario a la Constitución pues

mal puede ejercerse el derecho a la tutela judicial efectiva si se toma la declaración indagatoria a una persona, sin la presencia de un abogado que pueda asistirle.

2.10. Que el solo hecho de haber procesado a mi representado, por el delito de malversación de caudales públicos, en virtud de sus declaraciones indagatorias y de declaraciones indagatorias de terceros, obtenidas éstas sin la presencia de un abogado defensor, y en virtud de los careos realizados, nuevamente, sin la presencia de abogados defensores,—antecedentes fácticos que por sí mismos justifican la necesaria presencia y asistencia de un letrado— todo ello por la aplicación de los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal, implica que en el caso concreto ya ha existido una transgresión a las garantías constitucionales mínimas del derecho a la tutela judicial efectiva en un debido proceso, independiente del resultado final de la causa. Así, se transgrede lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, produciéndose un efecto inconstitucional, precisamente, por la aplicación de las normas aquí impugnadas, la cual producirá el mismo efecto inconstitucional, de aplicarse nuevamente estas mismas normas, de esta manera, en esta misma causa, respecto a nuevas diligencias.

2.11. A mayor abundamiento, conviene recordar que, según dispone el **artículo 5° inciso 2 de la Carta Fundamental**, existe también inconstitucionalidad cuando la aplicación de un precepto legal vulnera lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados y vigentes en Chile⁶, como el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el conjunto de garantías sustantivas y procedimentales del debido proceso, especialmente el penal⁷, y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸. Sea que se considere que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte, de suyo, de los parámetros de control de constitucionalidad; sea que se los considere como parámetros de control de convencionalidad, el punto inequívoco es que la jurisprudencia constante de esta Magistratura ha reconocido la facultad del Juez constitucional para proteger los derechos que se encuentran amparados en tratados internacionales de derechos humanos⁹: *“aún cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”*¹⁰. Pasamos ahora a recabar lo que tales tratados dicen expresamente.

2.12. Dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 (el destacado es nuestro): ***“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en***

⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 2492-13, Considerando 17°.

⁷ Ibid, Considerando 18°.

⁸ Ibid, Considerando 23°.

⁹ AGUILAR CAVALLO, GONZALO, “El Tribunal Constitucional Chileno frente a la jurisdicción militar”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 22, N° 1, 2015, p 48.

¹⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 834-07, Considerando 22°.

plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;* e) *A interrogar o hacer interrogar los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.*

2.13. A su vez, establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 (el destacado es nuestro): ***Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) “Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”;*** e) ***“Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley”;*** f): ***“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.***

2.14. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aporta mayor claridad aún: ***“el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”***¹¹; ***“La asistencia letrada debe ser también oportuna, pues de no serlo no podría servir a su mandato ni satisfacer las exigencias del debido proceso. La falta de asistencia jurídica oportuna impide disponer de una defensa adecuada y constituye violación del artículo 8.2. en perjuicio del justiciable”***¹²; ***“el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso”***¹³; ***“impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de***

¹¹ Vid. Caso Lori Berenson, párrafo 166; Caso Castillo Petruzzi y otros, párrafo 139.

¹² Vid. Caso Acosta Calderón, párrafo 124; Caso de la Comunidad indígena Yakyé Axa, párrafos 116 y 117; Caso Tibi, párrafo 194.

¹³ Vid. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 154. Cfr. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, supra nota 100, párr. 29. Ver mutatis mutandis Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 148, y Caso Bayarri vs. Argentina, supra nota 123, párr. 105

*derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”*¹⁴(el destacado es nuestro).

2.15. No hay dos lecturas: los tratados internacionales citados establecen que el derecho a la tutela judicial efectiva contiene, como garantías mínimas, el derecho a la asistencia letrada durante el proceso. No en algunas partes o instancias. No en alguna ocasión u oportunidad. No respecto de algunas declaraciones o careos. No durante tal o cual etapa; no durante el plenario pero excluyendo el sumario, sino *durante el proceso, sin distinción*.

2.16. Como puede verse, *“la garantía básica del debido proceso es el reconocimiento al imputado de la **posibilidad efectiva de defenderse** (...), y, en general, a ejercitar todos los arbitrios que sean indispensables para hacer valer **en todo momento y en todas las actuaciones procesales** dichos atributos que naturalmente le corresponden. Este derecho es fundamental dentro del proceso penal, pues, si no es posible ejercerlo cabalmente por el imputado, en todas sus manifestaciones (...) carecerá de toda validez el juicio penal que sea incoado en su contra (...). Los elementos que estimamos son constitutivos del derecho de defensa son los siguientes: (...) 4. **La defensa técnica o derecho a contar con la asistencia de un letrado desde el inicio de las primeras diligencias del proceso e incluso aun antes de que ésta formalmente comience**”*¹⁵ (el destacado es nuestro). Así lo ha entendido, también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que *la comparecencia de un abogado defensor en las declaraciones indagatorias es un requisito indispensable del debido proceso, pues la asistencia letrada debe existir desde el momento en que el inculcado es interrogado por primera vez*¹⁶. Por último, lo ha confirmado del mismo modo **esta Excelentísima Magistratura**: *“en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo (el derecho a la tutela judicial efectiva), el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio”*¹⁷ (el destacado es nuestro).

2.17. Que, entonces, la aplicación de los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal, es contrario a los principios establecidos en el Código Procesal Penal, en particular en lo dispuesto en su artículo artículo 7 señala que: “...Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

¹⁴ Vid. Caso Cabrera García y Montiel Flores. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 154.

¹⁵ Vid. BANDA VERGARA, ALFONSO, “Derechos fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal”, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Agosto 1999., pp. 95-131.

¹⁶ Vid. SÁNCHEZ, DOMINGO, “Las instituciones del Proceso Penal Chileno frente al derecho comparado, desde la perspectiva de los derechos del imputado”, en Colección de Estudios N° 1, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994, p. 89.

¹⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Causa Rol N° 1535-09, Considerando 20°.

2.18. Que, lo mismo ocurre con el artículo 8 del Código Procesal Penal (Ámbito de la defensa), señala que: “...El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra...”.

2.19. Que, lo mismo sucede al contrastar dichas normas con el artículo 91 del Código Procesal Penal que trata sobre las Declaraciones del imputado ante la policía, señala que: “...La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor...”.

2.20. Que, la misma hipótesis concurre al comparar dichas normas impugnadas con el artículo 93 del Código Procesal Penal, que trata los Derechos y garantías del imputado, señala que: “...Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación; o incluso, con lo preceptuado en el artículo 103 del Código Procesal Penal, señala que “...La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma...”.

2.21. De los puntos anteriores podría pensarse que estamos ante un conflicto de mera legalidad: aquel existente entre las normas del Código de Procedimiento Penal aquí impugnadas, y los estándares procesales vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, proponiéndose un ejercicio hermenéutico de corte adaptativo, de modo de adaptar las normas procesales impugnadas a los estándares antes indicados. Pero no es así. Para nada: porque la Constitución expresamente prescribe que el derecho a la defensa judicial efectiva debe ejercerse en **la forma** prescrita en la ley, y, así también, establece que ninguna autoridad o individuo pueden impedir, restringir o perturbar la **debida** intervención del letrado. Así entonces, la **debida** intervención del letrado se reduce a aquella realizada *según la forma* prescrita en la ley, y es la misma Carta Fundamental la que en su Artículo 19° N° 3 mandata a la ley señalar la forma en que se ejerce el derecho a la defensa jurídica. Luego, puesto que la ley chilena señala que el juez que instruye el sumario puede tomar del sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos, siendo estas declaraciones dictadas bajo su dirección, quien incluso podrá efectuar por sí mismo el dictado, si el declarante e inculpado no lo hiciera, y todo ello sin asistencia letrada, se concluye que esa forma es *la forma* que la Constitución autoriza, **y este recurrente así lo reconoce y no lo impugna.**

2.22. **Pero es necesario distinguir:** nuestra Constitución, en su Artículo 19° N° 3, garantiza el derecho a la **tutela judicial efectiva**. Lo mismo hacen los tratados internacionales de derechos humanos antes citados, en razón de lo dispuesto en el Artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental. Luego, una sencilla interpretación sistemática y orgánica obliga, lógicamente, a concluir lo siguiente: la forma prescrita en la ley, autorizada por expreso mandato constitucional, **sólo puede ser aquella que, en concreto, no impide ni restringe ni perturba el derecho a la defensa**

judicial efectiva. Es decir, nada impide pensar que en muchos casos pueda ocurrir que la defensa judicial efectiva de tal o cual imputado no se vea menoscabada ante la falta de asistencia letrada durante la etapa procesal en que la misma ley no exige su presencia. Pero así también, nada permite excluir *a priori* la posibilidad contraria, esto es, **que la falta de asistencia del letrado durante la etapa en que la ley no exige su presencia determine, por las circunstancias concretas de este procesado, una gravísima afectación a su derecho a la defensa judicial efectiva. Este es el caso de mi representado. Y para estos casos es que existe, precisamente, la acción de inaplicabilidad.**

2.23. Por ello es que el presente recurso **nada objeta a las normas consideradas en sí mismas o en abstracto, sino su aplicación en concreto;** nada se impugna en relación a la forma que la ley, por expreso mandato constitucional, prescribe sobre el modo en que ha de ejercerse el derecho a la defensa judicial efectiva, razón por la cual resulta evidente e irrefutable que **esta acción no plantea un conflicto de mera legalidad sino de aplicación concreta de normas que producen en este, el caso de mi representado, un efecto inconstitucional.** *Es la aplicación en concreto de la forma señalada en la ley, por aplicación de los preceptos legales aquí recurridos, la que en los hechos determina que el derecho fundamental de mi representado a la defensa judicial efectiva -de rango constitucional- termine siendo afectado en su esencia mediante la restricción que importa la aplicación –de esa forma, de esos preceptos legales– a una persona que no es experta en leyes, respecto a hechos que pasaron hace más de cuarenta años, que no está en condiciones siquiera mínimas de defenderse sin la asistencia de un letrado, efecto, que indudablemente vulnera lo dispuesto en el artículo 19º N° 26 de la Constitución, que garantiza a todas las personas “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”.*

2.24. Esto es evidente, toda vez que la esencia del derecho a la defensa judicial efectiva –lo que hace a tal derecho ser ese y no otro– radica en **que exista defensa**, sin que ello deba entenderse como aquella que triunfa en el resultado final del procedimiento que se trate. Es necesario **poder defenderse en igualdad, poder hacerlo y de hecho hacerlo.** No es necesariamente ganar la acción que se trate, pues ello depende de numerosos factores contingentes imposibles de asegurar a todas las personas. Pero el mínimo sin el cual el derecho a la defensa judicial efectiva desaparece es, reiteramos, el poder defenderse en igualdad y actualizar tal posibilidad. *Poder hacerlo y de hecho hacerlo*, sin que ello dependa exclusivamente de la buena voluntad del Juez que investiga y acusa, o del azar, o de actos realizados por otras partes del mismo juicio que persiguen objetivos diferentes a la defensa de mi representado, aun cuando sus actos puedan, por coincidencia contingente, eventualmente beneficiarle. No. El derecho a la defensa judicial efectiva no se constituye esencialmente por efectos contingentes y casualidades indirectas. Pues bien, **las** circunstancias concretas, tantas veces recordadas en esta presentación, impiden a mi representado defenderse sin

asistencia de un letrado. En su caso, el único modo de *poder hacerlo y de hecho hacerlo* es contando con la asistencia de un abogado.

2.25. Por cierto, podría pensarse que igualmente mi representado pudo ejercer libremente su derecho a la defensa judicial efectiva contando con la asistencia de un letrado durante la etapa del plenario. Así, también, ejercería el mismo derecho en la forma y oportunidad señalados en la ley. Esta hipótesis en nada cambia ni afecta, y mucho menos debilita, el efecto inconstitucional ya producido y que producirá la aplicación de las normas impugnadas en esta acción que resultarán decisivas al resolver el asunto en la gestión pendiente de autos.

2.26. La aplicación de los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal, permitieron al juez resolver el procesamiento en este asunto de gestión pendiente, y resultarán necesariamente decisivos en la eventual dictación de la acusación y de la eventual sentencia, produciendo, en concreto y en este caso, todos los efectos contrarios a lo dispuesto en los artículos 5° inciso 2°, 19° N° 3 y 19° N° 26 de la Constitución anteriormente señalados y que damos por expresamente reproducidos.

2.27. Sostenemos, entonces, que un procedimiento legal que no contiene un proceso con plenas garantías para el imputado, no constituye, ni puede constituir, un "justo y racional procedimiento" por **generar un estatuto de insuperable indefensión**. Esto es lo que sucede en este caso concreto, producto de la aplicación de los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal.

2.28. Que, además, lo dispuesto en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, también vulnera el principio de publicidad, el que se encuentra implícito en la Constitución Política de Chile, respecto al actuar de todos los órganos del estado, incluyendo aquellas actuaciones que emanan del Poder Judicial.

2.29. Que, este principio de la publicidad de los actos, está además expresamente consagrado en el **artículo 8 de la Constitución Política de Chile**, que señala que: “...*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional...*”.

2.30. Que, entonces, el hecho de realizar diligencias en declaraciones de testigos en la etapa de sumario de manera secreta, es contraria al principio constitucional de la publicidad, todo ello en contraste a las normas que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, el cual también establece el principio de publicidad en materia de procedimiento penal.

2.31. Que, además, el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el título de "Garantías Judiciales", dispone: “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."

2.32. Adicionalmente, el artículo 25 de la misma Convención, titulado de "Protección Judicial" afirma: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

2.33. En consecuencia, constituyendo el derecho a guardar silencio, a presumirse la inocencia y a ser juzgado por sentencia motivada, garantías individuales fundamentales, que la Constitución reconoce como integrante de un procedimiento justo y racional, la disposición legal que impide que mi representado sea juzgado en forma justa y con el debido proceso, objetivamente viola lo dispuesto en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en relación con el inc. 2º del Art. 5º de la Carta Fundamental.

2.34. Una interpretación armónica y respetuosa de la Constitución y de los tratados internacionales sobre las normas del debido proceso conduce directa y necesariamente a aceptar como tal sólo a aquel procedimiento en un Estado Democrático de Derecho que contenga los elementos substanciales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

2.35. Es así que estas exigencias dispuestas desde la Constitución y de los tratados internacionales, le imponen a este Excmo. Tribunal Constitucional un rol ineludible en asegurar la prevalencia irrenunciable de los derechos fundamentales de las personas, por sobre cualquier otro interés del Estado.

2.36. Los jueces constitucionales tienen el deber de interpretar las disposiciones permanentes de acuerdo a la Constitución y los Tratados Internacionales. La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CDHI), en un caso condenatorio contra Chile, ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Lo que la Corte Interamericana establece, es que los tribunales nacionales deben adoptar una postura activa en la defensa de los derechos humanos, realizando el control de las normas que aplican. En otras palabras, los jueces de la República deben ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. En este propósito, el Poder Judicial debe considerar tanto el Tratado, como muy importantemente la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

2.37. Cobra extrema relevancia el "control de convencionalidad", cuando el Poder Legislativo ha fallado al establecer disposiciones como las normas requeridas en el presente recurso, y al mismo tiempo las normas del Código Procesal Penal, que permite la coexistencia de dos sistemas procesales penales, uno de los cuales certeramente no cumple con los mínimos que señalan tales Tratados Internacionales. De acuerdo a la Convención Americana y a la Constitución Política, "cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por partes de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

2.38. Este Excelentísimo Tribunal Constitucional, en el ejercicio de una facultad legal que es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puede directamente, además de cautelar la supremacía constitucional, ejercer un control de convencionalidad que es reforzado por lo prescrito en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, por cuanto el límite a la soberanía y a la potestad del legislador es el respeto a los derechos esenciales que todas las personas poseen.

IV. RESPECTO AL ARTÍCULO 233 Y 236, AMBOS DEL CÓDIGO DE PENAL, Y EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 19.863

1. Es el caso señalar que el artículo 233 y 236, ambos del Código Penal, y las demás normas integradoras de aquel –a saber, el artículo 2 de la Ley 19.863- conforme a las cuales ha sido sometido a proceso mi representado y conforme se han establecidos los hechos investigados en el auto de procesamiento, no satisfacen la exigencia constitucional atingente a que la ley debe describir correctamente la conducta típica punible, por cuanto la densidad normativa requerida por el principio de tipicidad viene exigida por razones de seguridad jurídica.

2. En la especie, tal como se lee en el auto de procesamiento, el artículo 233 del Código Penal, junto a su referencia al artículo 2 de la Ley 19.863, y según los hechos acreditados hasta ahora en el auto de procesamiento respecto a la hipótesis del artículo 236 del Código Penal, también en su relación al artículo 2 de la Ley 19.863, todos, se manifiestan innegablemente como **una ley penal abierta**, esto es, aquella que en ellos no se describe de forma concreta y específica la conducta punible y que, por ende, el procesado no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados,

resultando, entonces, que el tipo penal es incompleto en tales términos que, ni aún con su complemento, basta para describir adecuadamente, y conforme al estándar constitucional, la conducta sancionable.

3. Es más, en el caso concreto sometido al conocimiento de esta Magistratura, es tal la falta de densidad normativa de la norma penal aplicable y su complemento que, según se explicará, es el juez de la instancia el que decide si determinadas circunstancias contingentes dan lugar a la configuración del delito; es decir, no se limita a interpretar el precepto legal constatando si los hechos de la causa están o no subsumidos realmente en la descripción típica, sino que, en ausencia de un tipo penal completo, resuelve y determina discrecionalmente lo que estima que es un delito; en definitiva, crea el tipo penal.

4. Así las cosas, las normas impugnadas constituyen una ley penal abierta y los efectos de su aplicación en la gestión judicial pendiente son y serán, sin duda, contrarios a lo prescrito en el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política, que señala que: “...*La Constitución asegura a todas las personas: 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos...*”; “...*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella...*”.

5. Este mismo principio de legalidad y tipicidad reconocido en la Constitución Política de Chile, también es reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular su artículo 9, en el caso “Lori Berenson Mejía vs Perú”, en el cual en su párrafo 125 señala que: “...*Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad...*”.

6. En este mismo sentido, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, prescribe el respeto irrestricto al principio de tipicidad y legalidad, señalando en su párrafo que: “...*Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad...*”.

7. En lo concreto y en la especie, mi representado ha sido procesado en virtud de supuestos actos contrarios a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Penal, el cual establece: *“...El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga...”*.

8. Al respecto, cabe señalar que el modo en que el Tribunal *a quo* ha estimado que se configura la conducta típica señalada precedentemente respecto al Sr. Fuente-Alba, implica dar cuenta de que el tribunal ha obviado el verbo rector del tipo, lo que se traduce en el caso concreto, en lo sostenido en el auto de procesamiento cuando señala que: *“...un Oficial de Ejército –empleado público que detentaba el mando supremo de la institución castrense- aprovechando la circunstancia que tenía a su cargo caudales públicos, de aquellos denominados gastos reservados, que fueran entregados al Ejército para los efectos de ser utilizados en los precisos términos que dispone el artículo 2 de la Ley 19.863, los habría substraído, procediendo a usarlos con un fin distinto de aquel a que estaban destinados, dirigiéndolos, en cambio, en beneficio personal y de terceros”*.

9. Así entonces, el auto de procesamiento hace presente que *“si bien la expresión “sustraer” sindicada por la norma consiste en una acción material de apoderamiento –según la cual se entiende que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular-, lo cierto es que como en este caso los caudales o efectos públicos se habrían encontrado ya dentro de la esfera de custodia del hechor, éste no habría necesitado extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otras persona, bastando una simple instrucción u orden en tal sentido, como el caso sub iudice habría sucedido”*.

10. Agrega, además, y citando el artículo 2 de la Ley 19.863 que *“el mencionado Alto Oficial, quien era el responsable de darles el empleo debido, en vez de destinar los recursos señalados al cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa, al orden público del país o a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieren de reserva o secreto, dispuso que estos fondos fueran utilizados en beneficio propio y de terceros con una finalidad diversa de aquella permitida”*.

11. Y añade, por fin, que *“este uso fue diferente de aquel que el mismo Comandante en Jefe de la época declaró, según la propia rendición de cuentas que él efectuara en forma anual al Contralor General de la República, en relación con los años 2010, 2011, 2012 y 2013, en cuyos anexos señaló expresamente que la totalidad de estos fondos fueron destinados a actividades relacionadas con labores de inteligencia, contrainteligencia y seguridad, características que no posee ninguno de aquellos destinos a los que fueron dirigidos en definitiva los recursos mencionados”*.

12. Como se ve, en el caso concreto, el Tribunal intenta obviar el verbo rector del tipo, cual es “sustraer” y, en cambio, luego de reconocer expresamente que no ha existido apoderamiento ni extracción de caudales públicos, pretende configurar la conducta típica aludiendo al supuesto

desvío o cambio de destino de dichos caudales. Es decir, en este caso la conducta típica no se configuraría por la extracción de caudales públicos sino por el supuesto uso de éstos con una finalidad diferente a la permitida legalmente.

13. Y para justificar la aplicación de la norma penal precitada en este caso concreto, el juez de la instancia razona del siguiente modo: *“un Oficial de Ejército –empleado público que detentaba el mando supremo de la institución castrense- aprovechando la circunstancia que tenía a su cargo caudales públicos, de aquellos denominados gastos reservados, que fueran entregados al Ejército para los efectos de ser utilizados en los precisos términos que dispone el artículo 2 de la Ley 19.863, los habría sustraído, procediendo a usarlos con un fin distinto de aquel a que estaban destinados, dirigiéndolos, en cambio, en beneficio personal y de terceros”*.

14. Como resulta manifiesto, es mediante la complementación de la norma penal con el artículo 2 de la Ley 19.863 que el juez de la instancia sostiene que existió un uso de caudales públicos para fines diversos de los legalmente permitidos y mandados. Así lo constatamos en el auto de procesamiento cuando señala que: *“...el mencionado Alto Oficial, quien era el responsable de darles el empleo debido, en vez de destinar los recursos señalados al cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa, al orden público del país o a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieren de reserva o secreto, dispuso que estos fondos fueran utilizados en beneficio propio y de terceros con una finalidad diversa de aquella permitida...”*.

15. Como se aprecia, esta última parte señalada en el auto de procesamiento es bastante decidora, y es que da cuenta en el Considerando Segundo letras a) a dd) de una serie de hechos que dicen relación con un supuesto uso diferente de los caudales que constituían los gastos reservados, como por ejemplo cuando señala el auto de procesamiento que dichos caudales públicos se usaron, entre otros, según el siguiente desglose: c) “Aporte Alimentación” destinada a brindar a la Comandancia en Jefe alimentación de calidad superior; o su letra f) Regalos de cumpleaños a los oficiales de la Comandancia en jefe, o su letra m) Ajuar nacimiento hijos de personal de la Comandancia en jefe, o su letra u) Compra del “Diario La Segunda” a razón de \$1.000.000 anual, etc.

16. En consecuencia, los hechos investigados y descritos en el auto de procesamiento que sustentan y apoyan la calificación jurídica del delito de malversación de caudales públicos, dicen relación con un uso distinto o diferente de los caudales públicos sobre gastos reservados, lo que determina la segura discusión, sea para calificar, sea para recalificar o sea para descartarlo, de lo dispuesto en el artículo 236 del Código Penal, que es precisamente aquel tipo penal dentro del delito de malversación de caudales públicos, que trata sobre el uso diferente que le da un funcionario público a un caudal público.

17. Por ello, de la sola lectura del artículo 236 del Código Penal, que señala que: “...*El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento...*”, se puede desprender simplemente que el tipo penal incompleto que está dado en esta norma es el que mejor encuadra en los hechos que ha descrito e investigado la ministra instructora en el auto de procesamiento, y con el cual va a decidir si mantiene el actual procesamiento en los términos actuales o lo cambia, para lo cual necesariamente tendrá que analizar ambas normas dentro del delito de malversación de caudales públicos, es decir, los artículos 233 y 236 del Código Penal.

18. Sobre este punto, a este requirente le parece razonable, en razón al principio de la buena fe procesal y al principio de economía procesal, que dicha norma sea analizada en esta etapa en conjunto con el artículo 233 del Código Penal, puesto que sostener lo contrario implicaría una posible segunda discusión en otra etapa procesal sobre la inaplicabilidad del artículo 236 del Código Penal, lo que significaría un doble trabajo para el Tribunal.

19. En ese contexto, y dando cuenta de la complejidad del tratamiento de estas dos normas en etapas distintas, este requirente desde ya sostiene que son y serán parte necesaria de la discusión ambas normas (artículo 233 y 236 del Código Penal), dada la posible revisión del auto de procesamiento, respecto al cual todo procesado tiene derecho a pedir su revocación en cualquier momento y mientras esté abierta la etapa de sumario, lo que implica previamente saber si dicho precepto penal del artículo 236 del Código Penal es o no aplicable conforme a la Constitución en este caso concreto.

20. Volviendo al vicio por el cual se requiere la declaración de inaplicabilidad, cabe señalar que, al respecto, nos encontramos en la situación en que los caudales públicos a los que alude el tribunal en el auto de procesamiento, sea por aplicación del artículo 233 o del artículo 236 del Código Penal, y respecto a los cuales se está investigando una supuesta sustracción, versan sobre dineros asignados por concepto de “gastos reservados”, y no caudales públicos ordinarios o comunes, lo que implica que su naturaleza jurídica es distinta, especial y claramente delimitada en leyes particulares al efecto, como son la Ley 19.863 y la Ley 20.977, entre otras normas.

21. Tratándose, entonces, de caudales públicos cuyo origen proviene de gastos reservados, resulta obligatorio remitirse al artículo 2 de la Ley 19.863. En efecto, esta norma permite, además de conocer los fines a los cuales han de destinarse los denominados gastos reservados, reconocer la característica fundamental que, como condición necesaria, lleva a discriminar entre las finalidades que permiten el uso de gastos reservados y aquellas que no. La norma dispone que: “...*Se entenderá por gastos reservados aquellos egresos que, por el ministerio de esta ley, se faculta realizar a las*

entidades mencionadas en el artículo siguiente, para el cumplimiento de sus tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa y el orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado, y que por su naturaleza requieran de reserva o secreto...”

23. En efecto, la norma no se limita a mencionar la seguridad interna y externa, el orden público del país y las funciones inherentes a la Jefatura de Estado sino que, acto seguido, dispone que todas ellas, o cualquiera de ellas, según sea el caso, **debe requerir por su misma naturaleza de reserva o secreto**. La norma en comento, según se aprecia, no enuncia un listado taxativo o ejemplar de tareas públicas relativas a la seguridad interna y externa o al orden público para las cuales cabe hacer uso de gastos reservados; tampoco entrega una lista ni establece cuáles son las funciones inherentes a la Jefatura de Estado que permiten otro tanto. No. Lo que hace la norma, en cambio, es señalar el requisito determinante para que los gastos reservados puedan destinarse a tales tareas y funciones: unas y otras, necesariamente, han de requerir por su misma naturaleza de reserva o secreto.

25. A mayor abundamiento, el artículo 6 de la Ley 19.863 confirma lo recién dicho en tanto dispone que (los gastos reservados) “...sólo podrán emplearse en los fines propios de las actividades respectivas...”.

26. Sabemos, en consecuencia, cuáles son dichos fines propios: la seguridad interna y externa, el orden público del país y las funciones inherentes a la Jefatura de Estado. Pero el conocimiento de un fin no determina siempre y en todos los casos el conocimiento de los medios proporcionados para dirigirse a él. Hay incertidumbre, y esta falta de seguridad jurídica no se disipa con sólo atender al atributo que asegura la proporcionalidad del medio. Es decir, no basta con saber que las actividades respectivas han de requerir por su misma naturaleza de reserva o secreto.

27. En efecto, **¿cómo es posible reconocer e identificar esa naturaleza, ese requisito, esa necesidad?** ¿Será posible sostener que existen actividades referidas a la seguridad interna y externa, al orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado que siempre, en cualquier circunstancia, en todo tiempo y lugar, de suyo, *simpliciter* o *per se*, requieren de reserva o secreto? Pues bien, tales serán siempre actividades en las que se podrán usar gastos reservados.

28. ¿Será posible, a contrario sensu, elaborar una lista de aquellas actividades referidas a la seguridad interna y externa, al orden público del país y a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado que de suyo nunca, cualquiera sean las circunstancias, requieren de reserva o secreto? Si ello fuera posible, luego en estas actividades estará siempre prohibido usar gastos reservados.

29. El problema, como salta a la vista, es que ambos extremos son absurdos e imposibles. No es posible sostener -ni siquiera resulta verosímil pensarlo- que las actividades que por su naturaleza

requieren reserva o secreto conforman una lista determinada, taxativa, inamovible, y que siempre son las mismas. Una actividad concreta referida a la seguridad interna y externa, o al orden público del país o a las funciones inherentes a la Jefatura de Estado puede requerir de reserva o secreto en algunas circunstancias y en otras no, y viceversa.

30. Es, por tanto, la **necesidad del caso concreto**, conforme a sus circunstancias particulares, la que justificará la reserva o secreto. Se impone lógicamente que, si la necesidad de reserva o secreto responde a circunstancias contingentes, luego la naturaleza a la que debe atenderse no ha de ser considerada *per se* sino *secundum quid*.

31. Empero, dado que las circunstancias contingentes son innumerables y, por ello, una misma actividad podría requerir de reserva o secreto en un caso y en otro no, resulta, en consecuencia, que el uso de gastos reservados no está incluido ni tampoco excluido de un listado fijo de actividades *per se*; al contrario, el uso de dichos fondos responde a la necesidad de reserva o secreto de determinadas actividades, conforme a los fines dispuestos en la ley, pero siempre *secundum quid*, respecto a o según las circunstancias.

32. Sin embargo, **el principio de legalidad y de tipicidad no son compatibles con la determinación del tipo penal *secundum quid***. Ciertamente que la determinación de la existencia de un delito en concreto requiere la atenta consideración de las circunstancias. Pero aquí decimos otra cosa: el tipo penal, como es sabido, debe describir expresa y determinadamente la conducta punible y dicha descripción, que puede admitir y tolerar cierta incompletitud, rechaza una indefinición o apertura tal **donde sean las puras circunstancias que rodean la acción, y no la conducta realizada –más las circunstancias anexas- las que configuren el delito**.

33. El tipo penal ha de permitir reconocer ex ante que una determinada conducta constituye delito; por ello, el tipo penal no puede configurarse ex-post a partir de la apreciación de las circunstancias que haga un tercero. En la especie y dicho de otro modo: **el principio de tipicidad y las garantías constitucionales requieren que sea posible saber de antemano qué actividades por su naturaleza requieren de reserva o secreto**, para que, así, el destinatario de la norma pueda conocer si su conducta, al usar gastos reservados, es (o será) típica y antijurídica. **Pero no existe ley que establezca cuáles son en concreto dichas actividades que *per se* requieren de reserva o secreto**, pues dicha necesidad se reconoce y determina, según lo dicho, *secundum quid*. Por ello, según puede apreciarse, la aplicación de la norma impugnada resulta inconstitucional pues **su apertura impide conocer con antelación cuál es en concreto la conducta típica**.

34. Esta dificultad, lamentablemente, no se detiene allí. En efecto, así como el destinatario de la norma no sabe ni puede saber qué actividades requieren de reserva o secreto *per se* (y tendrá que deliberarlo con prudencia, en concreto, *secundum quid*), así también el juez padece la misma

ignorancia. **El juez, en efecto, frente a un tipo penal abierto carece de criterio normativo para reconocer qué conducta es o no típica.**

35. De lo anterior se sigue, como ocurre en este caso concreto, que si el juez de la instancia –el mismo que investiga, formaliza, procesa, acusa, juzga y sentencia- somete a proceso a mi representado aduciendo que tales o cuales actividades de suyo no requieren de reserva o secreto y, por eso, el uso de gastos reservados en ellas constituiría un delito, lo que en realidad está haciendo, ante la inexistencia de un listado de actividades que de suyo requieran de reserva o secreto, es **juzgar por sí, ante sí y desde sí mismo, si tales o cuales actividades contingentes se conforman con una conducta típica indeterminada ex ante.**

36. De este modo, y en este caso concreto, es nada menos que el mismo juez quien decide si determinadas circunstancias contingentes y anexas a los hechos de la causa dan lugar a la configuración del delito; es decir, es el juez de la instancia el que, **según su personal apreciación determina ex post si algunas actividades requerían o no de reserva o secreto y, según ello, si respondían o no a los fines para los cuales la ley dispone y autoriza el uso de gastos reservados.** De este modo, en ausencia de un tipo penal completo, el juez resuelve y determina discrecionalmente lo que estima que es un delito; en definitiva, **crea el tipo penal.**

37. Sobra decir, como es evidente, que nada de lo anterior importa pensar ni tampoco decir que el juez hubiese actuado con alguna suerte de animadversión respecto a mi representado. No es eso lo que afirmamos. **Lo ocurrido es la consecuencia lógica y necesaria frente a la inexistencia de una norma que de manera suficiente o exhaustiva establezca, con anterioridad, qué actividades requieren de reserva o secreto, y ante tal ausencia es inconstitucional determinar ex post, sin más criterio o norma que el propio parecer, si existió o no delito.**

38. Todo ello es constitucionalmente reprochable e inaceptable. La seguridad jurídica desaparece si es el juez quien, ex post, determina qué conductas constituyen o no un delito. Huelgan mayores reflexiones a este respecto. No obstante, es semejante aberración la que de hecho ocurre en el caso concreto; es tal indefensión la que padece mi representado; es esa discrecionalidad la que ha permitido al juez determinar, sin más fundamento que su personal apreciación, que una serie de actividades no requerían de reserva o secreto (y sin justificar mínimamente aquello) y, por eso, arribó a la conclusión de que el supuesto uso de gastos reservados en ellas estuvo dirigido a finalidades diversas de aquellas permitidas por la ley.

39. La descripción del tipo penal ha de bastarse a sí misma. Si no fuese así, su complemento por remisión expresa a otras normas de rango legal ha de ser suficiente para que el juez pueda subsumir la conducta en el núcleo esencial de ese tipo penal. Esto constituye el estándar mínimamente aceptable a la luz de las garantías constitucionales. ¿Qué precepto establecido con anterioridad a la ocurrencia de los hechos es al que ahora acude el juez para constatar si los supuestos hechos de

la causa están o no subsumidos realmente en la descripción típica? La respuesta es simple: ninguno, y ello, precisamente, porque el tipo penal es manifiestamente incompleto y abierto, lo cual determina que su aplicación en el caso concreto resulte inaplicable por contravenir el principio de legalidad y de tipicidad dispuestos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Por consiguiente y por las razones constitucionales expuestas, es preciso que este Excmo. Tribunal aborde también un control convencional, en el marco de sus mecanismos de control constitucional, en este caso concreto, sobre las disposiciones contenidas en los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal, y los artículos 233 del Código Penal, el artículo 236 del Código Penal, y el artículo 2 de la Ley 19.863, que claramente atentan contra las normas de la Constitución y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

POR TANTO, y en atención a que se cumplen los requisitos formales y de legitimación que hacen admisible el ejercicio de la acción,

SÍRVASE U.S. EXCMO.; tener por interpuesta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad declarando que los artículos 205 y 352 del Código de Procedimiento Penal, y los artículos 233 del Código Penal, el artículo 236 del Código Penal, y el artículo 2 de la Ley 19.863, son inconstitucionales por resultar contrario a los los artículos 1 inciso 1°, 5 inciso 2°, 6, 7, 8, 19 N° 3, 19 N° 26 de la Constitución Política de Chile, y los artículos 1, 2, 8, 9, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 2, 7, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Que lo anterior incide en la causa que conoce actualmente la Ministra en Visita Extraordinaria doña Romy Rutherford Parentti, debiendo dicho tribunal adoptar las resoluciones necesarias para que tales disposiciones no sean aplicadas en el señalado juicio.

PRIMER OTROSÍ: de conformidad con lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 85 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solicito al Excmo. Tribunal Constitucional **se sirva decretar la suspensión de la gestión pendiente** en los autos criminales seguidos ante la Ministra en Visita Extraordinaria doña Romy Rutherford Parentti de la Ilustrísima Corte Marcial, sobre el presunto delito de malversación de caudales públicos, cuyo Rol de Ingreso es N° 575-2014, **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.

Respetuosamente pido al Excmo. Tribunal Constitucional: decretar desde luego la suspensión de la gestión pendiente actualmente en tramitación señalada, con expresa declaración de que dicha suspensión no se extiende a la discusión de las medidas cautelares que pesan sobre el

requiriente.

SEGUNDO OTROSÍ: de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 del texto refundido de la Ley 17.997, Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, solicito al Excmo. Tribunal se sirva disponer se oigan alegatos antes de resolver acerca de la admisibilidad del presente requerimiento.

Respetuosamente pido al Excmo. Tribunal Constitucional: acceder a lo solicitado.

TERCER OTROSÍ: Con el objeto de acreditar la existencia de la gestión pendiente en que incide el presente recurso de inaplicabilidad, así como el estado de tramitación del mismo, y con el objeto de acreditar mi patrocinio y poder, vengo en acompañar los siguientes documentos:

1.- Con el objeto de acreditar la existencia de la gestión pendiente en que incide el presente recurso de inaplicabilidad, así como el estado de tramitación del mismo, acompaño certificado emitido por la Ministra en Visita Extraordinaria doña Romy Rutherford Parentti de la Ilustrísima Corte Marcial.

2.- Documento que confiere patrocinio y poder para interponer un requerimiento ante esta Excelentísima Magistratura, firmado por don Juan Miguel Fuente-Alba Poblete (actualmente en régimen de prisión preventiva en el Campo Militar de Peñalolén), y firmado por el abogado don Maximiliano Eduardo Murath Mansilla, ambos ya individualizados en la presente causa, y además firmado y autorizado ante el ministro de fe del Campo Militar de Peñalolén, quien firma al lado con su rut y timbre institucional del Ejército de Chile.

Respetuosamente pido al Excmo. Tribunal Constitucional: tenerlos acompañados, con citación.

CUARTO OTROSÍ: Sin perjuicio de lo señalado en lo principal del presente escrito, vengo en solicitar a U.S. Excma. que las resoluciones que se dicten en el proceso de autos sean notificadas a esta parte a los siguientes correos electrónicos: maxmurath@gmail.com

Respetuosamente pido al Excmo. Tribunal Constitucional: tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Que, asimismo solicito al Excmo. Tribunal Constitucional, se sirva tener presente, que personalmente asumo el Patrocinio y poder de la causa, para obrar en estos autos, estando habilitado para el ejercicio de la profesión, según el documento Nro 2 acompañado en el tercer otrosí de esta presentación.

Respetuosamente pido al Excmo. Tribunal Constitucional: tenerlo presente