

Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso

Alejandro Leiva López

Coordinador de Postgrado y
Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El Tribunal Constitucional ha declarado en dos oportunidades inaplicable el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, puesto que éste sólo faculta al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación frente a la resolución que excluye medios probatorios, privando a los demás intervinientes el derecho a impugnar tal resolución. Este precepto es absolutamente inconstitucional, no tan sólo por vulnerar el principio de igualdad ante la ley, sino por constituir un atentado contra el principio del debido proceso.

Introducción.

En dos notables fallos¹ nuestro Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), con fecha 28 de enero, y 9 de septiembre de 2010, declaró inaplicable para él caso concreto el inciso segundo del artículo 277 de nuestro Código Procesal Penal (en adelante "CPP") en virtud de que el precepto contenido en él vulneraría las garantías constitucionales establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 19, esto es, el principio de igualdad ante la ley y las normas relativas al debido proceso.

¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Nelson Arnaldo Pino San Martín respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación con la causa RUC N° 0800510604-5, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público" contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

En efecto, el inciso segundo del artículo 277 del CPP establece que: “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, **cuando lo interpusiere el ministerio público**² por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía (...)”, así, la norma en comento priva a los demás intervinientes del proceso de su derecho a interponer tal recurso frente a la exclusión de pruebas, lo cual, por cierto, constituye un perjuicio que hace procedente tal medio de impugnación.

El presente trabajo tiene por objeto analizar dichos fallos y los argumentos que ha tenido a la vista el TC para fundarlos, sin dejar de referirnos respecto a aquellas posturas contrarias a la declaración de inaplicabilidad, todo ello en busca de fundar dogmáticamente la declaración de inconstitucionalidad del precepto mencionado.

Así, la naturaleza de este trabajo y su finalidad no tienen por objeto adentrarse en los hechos que motivaron los fallos que analizaremos, pese a la desmesurada publicidad que los medios de comunicación hasta hoy efectúan respecto a uno de ellos (nos referimos, por cierto, a la causa en que se condenó a Pilar Pérez por los delitos de parricidio y homicidio calificado).

1. El debido proceso.

El profesor Meins define el debido proceso como aquel “que debe tramitarse conforme a un procedimiento previamente establecido por la ley, en el que haya **garantía de igualdad para los intereses enfrentados**³ al conflicto jurídico a resolver por el órgano jurisdiccional, el que debe ser (...) justo y racional”⁴.

El profesor Pablo Rodríguez señala que “no hay debido proceso si el imputado no tiene posibilidad de defenderse personalmente, cualquiera sea la razón que se tiene para ello, escoger a sus abogados, reconstituir los hechos en que se le atribuye participación, intervenir en las diligencias que se decreten a su respecto e **interactuar con el tribunal**⁵ (...)”⁶.

Para nosotros, el principio del debido proceso constituye aquel conjunto de garantías que el constituyente consagra en favor de las partes de un juicio en el que se asegure el derecho a impetrar acciones judiciales y el derecho a defensa, un juez objetivo e imparcial, un procedimiento expedito y eficiente, la posibilidad de aportar medios probatorios, la igualdad de armas de quienes

² En negrita precepto declarado inaplicable en las causas señaladas.

³ La negrita es nuestra.

⁴ MEINS (1999) p. 446.

⁵ La negrita es nuestra.

⁶ RODRÍGUEZ (2001) p. 12.

participan en él, y la posibilidad de revisión de los fallado por una instancia superior, a través de recursos y medios oportunos y ciertos.

Sustenta la opinión que aquí expondremos el principio del debido proceso. A partir de este principio –consagrado constitucionalmente⁷– podemos construir todo aquel conjunto de obligaciones y deberes a que están sometidos tanto el legislador como los tribunales de justicia en la creación de las normas procesales y su aplicación.

Es deber del legislador respetar este principio, puesto que las normas que rigen y dirigen la actividad jurisdiccional influyen sustancialmente en la forma en que el juez conocerá de los hechos y del derecho –limitando los primeros y declarando el segundo–, y por tanto a través de los cuales aplicará su facultad de *ius dicere*.

A su vez, es deber de los tribunales de justicia procurar la aplicación concreta del principio del debido proceso, ya sea promoviendo y respetando la bilateralidad de la audiencia, fundando sus fallos en la mantención irrestricta de su imparcialidad y, entre otras, respetando el principio de la doble instancia.

Ahora bien, y entrando de lleno al entendimiento y aplicación del principio del debido proceso, podemos señalar que ya el profesor Silva Bascuñán, al tratar y estudiar la génesis de este principio en la Constitución, señala que se planteaba (sesión N° 100 de la C.E.N.C.) la necesidad de consagrar un **juicio legal**, entendiéndose que este “significa un juicio en que la persona afectada tenga derecho de concurrir ante el tribunal, de defenderse **y de disponer de los recursos suficientes para hacer, en verdad, una defensa eficaz y cierta**”^{8,9}.

Se puso así de relieve y se dejó expresa mención –en la historia fidedigna de nuestra Carta Fundamental– no sólo que el principio del debido proceso envuelve la facultad de las partes para interponer recursos procesales, sino que además que éstos garanticen una defensa “eficaz” y “cierta”, es decir, una defensa que tenga caracteres de eficacia: “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”¹⁰, y cierta: “conocida como verdadera, segura e indubitable”¹¹, lo cual creemos es un punto que reviste la mayor relevancia y sobre el cual volveremos más adelante.

⁷ “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.” Artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución Política de la República.

⁸ SILVA (2005) p. 77.

⁹ La negrita es nuestra.

¹⁰ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (a).

¹¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (b).

En la sesión siguiente a la aludida, señala el profesor Silva Bascuñán¹², se hizo mención a la intervención del profesor José Bernal, quien introdujo el concepto de *due process of law*¹³, esto es, del “debido proceso legal”, el cual resume el profesor Enrique Evans¹⁴ señalando que los elementos que configuran un racional y justo procedimiento son: a) la notificación y audiencia del afectado; b) la presentación, recepción y examen de las pruebas; c) sentencias dictadas dentro de plazo; d) que el tribunal que las dicte sea imparcial y objetivo; y e) **la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.**

1.1 Debido proceso, medios de impugnación e igualdad ante la ley.

La labor del juez, que por su naturaleza debe ser un tercero imparcial a los intereses de las partes –intervinientes en el nuevo proceso penal–, es la de sopesar a través de su balanza cada una de las alegaciones aportadas, ya sea a través de escritos, incidentes, defensas, excepciones o recursos, y así, en forma objetiva y primordialmente ecuánime fallar conforme a derecho el asunto sometido a su decisión.

Necesariamente y bajo este presupuesto, la norma –general y abstracta– debe ante todo consagrar, reconocer y propugnar dicha objetividad propia de un debido proceso. La norma que no permite al juez mantener dicha imparcialidad atenta contra la esencia misma de la actividad jurisdiccional, el principio del debido proceso y sin duda el principio de igualdad ante la ley. Nuestra Constitución así lo consagra y reconoce¹⁵, la cual como ley fundamental impregna el ordenamiento jurídico y le otorga validez, razón por la cual, aquellas normas que sean contrarias al fin último de nuestra Carta deberán ser expulsadas de éste.

Así, tanto la actividad jurisdiccional como la legislativa deben apuntar en una misma dirección, cual es respetar los principios constitucionalmente consagrados, promoverlos y reafirmarlos.

Los fallos del TC que aquí analizaremos reafirman lo expuesto y velan por la mantención y respeto del principio del debido proceso, declarando inaplicables aquellos preceptos que atenten contra la equidad y eficacia que busca el constituyente.

De esta forma, la norma que restringe la interposición de medios de impugnación, sea este un recurso de apelación, casación o reposición, goza de validez

¹² SILVA (2005) p. 77.

¹³ Término “(...) que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 – “*per legem terrae*”, “*by the law of the land*”– (...) en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.” GOZÁINI (2004) p. 60.

¹⁴ EVANS (1986) p. 29.

¹⁵ En el ya mencionado artículo 19 N° 3.

y legitimidad, siempre y cuando esté amparada por un fundamento racional e igualitario que justifique su restricción.

Al igual que la Constitución, no hay duda que la ley puede hacer diferencias y discriminaciones, puesto que ha sido establecida para ser aplicada a casos concretos a través de un proceso de interpretación y aplicación individualizada a las personas, sean éstas partes litigantes, contratantes, intervinientes, privilegiados o sancionados.

Así también lo ha declarado de forma reiterada nuestro TC, al señalar que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”¹⁶.

Pese a lo señalado, la concesión o restricción de recursos procesales –recurso de apelación para el tema que aquí analizamos– a quienes son partes litigantes en un juicio implica necesariamente que el legislador, al crear las normas, deba observar y considerar el principio del debido proceso mediando racionalidad y fundamentación.

Cierto es que el legislador está facultado para reservar el recurso de apelación en contra de determinadas resoluciones judiciales o para determinados casos específicos que él mismo establezca. Así se observó en las discusiones de la Comisión Ortúzar relativas al reconocimiento del principio del debido proceso: “Creemos que el legislador debe tener flexibilidad para contemplar la segunda instancia en los casos y oportunidades que estime necesario”¹⁷, sin embargo, la facultad de impugnar, alegar o reponer jamás podrá significar la indefensión para una de las partes y un arma para la otra.

En otras palabras, el legislador tiene estrictamente prohibido dotar a una de las partes en juicio de un medio u arma procesal y negárselo a la contraria. Esto necesariamente implica un desbalance que trae aparejado el desamparo de uno de los intervinientes, y protección del otro. Constituye así un sobrepeso en el equilibrio absoluto que debe mantener el tribunal frente a los intervinientes, lo cual desnaturaliza su función jurisdiccional.

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo tercero.

¹⁷ SILVA (2005) p. 78.

Es más, aun existiendo una discriminación en el otorgamiento del recurso que se funde o sostenga en una diferencia razonable y no arbitraria –esto es, respetando el principio de igualdad ante la ley–, aun así, se vulneraría sin duda alguna el debido proceso y el equilibrio en la *cognitio* del magistrado, tornando la *litis* incierta, ineficaz, torcida e injusta.

2. Fundamentos del TC.

Introducidos en el tema y habiendo recalcado la importancia del principio del debido proceso, pasaremos a revisar las razones que tuvo a la vista el TC para declarar en dos oportunidades inaplicable por inconstitucional el precepto “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenido en el artículo 277 del CPP.

Debemos aclarar, sin embargo, que el TC no buscó determinar si el principio de la doble instancia, esto es, la facultad de interponer el recurso de apelación, es o no un elemento esencial del debido proceso¹⁸, (discusión que por cierto ya aclaramos positivamente), sino que lo que busca decidir es si la ley puede privar del recurso de apelación a uno de los intervinientes, que puede ser igualmente agraviado por una resolución.

El primero de los fallos, Rol N° 1535 del 28 de enero de 2010, señala que “el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar”¹⁹.

Así, y en sintonía con lo que aquí hemos planteado, el precepto legal contenido en el artículo 277 del CPP afecta y se desentiende del mandato constitucional, que como ya hemos revisado contiene el denominado principio del debido proceso. Es a través de este principio que podemos concluir que el derecho a interponer recursos procesales –en este caso el de apelación– no puede ser entendido sólo en beneficio de uno de los intervinientes, toda vez que la resolución afecta a ambos por igual.

En este sentido, el segundo fallo aquí analizado, Rol N° 1502 del 9 de septiembre de 2010, declara “que la aplicación de esa expresión, contenida en el referido artículo 277, inciso segundo, produce un resultado inconstitucional, habida cuenta que dentro de la causa sub lite, frente a idéntica situación de agravio,

¹⁸ Así lo señaló al declarar que: “(...) no le corresponde (al TC) emitir juicio acerca de si la doble instancia constituye o no un elemento del debido proceso (...)”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando décimo segundo.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando vigésimo octavo.

consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no²⁰.

Finalmente, el TC tuvo a la vista, como pilar fundamental para la declaración de inaplicabilidad del precepto aquí estudiado, la vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

De la mano con lo que ya hemos aportado acerca del debido proceso, la norma que entrega un arma procesal a uno de los intervinientes y no al otro podría eventualmente ser lícita y constitucionalmente válida, puesto que es el mismo constituyente quien faculta al legislador para discriminar la posibilidad de que sean impugnables o no ciertas resoluciones judiciales por uno, algunos o todos los intervinientes. Sin embargo, esa distinción, discriminación o prohibición deberá ser objeto de una fundamentación y racionalización por parte del legislador.

Nos confirma lo expresado el TC al señalar que "(...) si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (...) "²¹.

La norma que crea una diferencia, inhabilidad o una imposibilidad para uno o algunos y que no está fundada bajo un marco racional y fundado, es necesariamente arbitraria y contraria a nuestra Constitución.

Así, el precepto que analizamos faculta sólo al Ministerio Público en la interposición del recurso de apelación en contra de la resolución que excluye un medio probatorio por haber sido éste obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales, bajo el supuesto que, como es el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación y las policías, sólo éste podría vulnerar dichas garantías, y por tanto sólo este podría ser perjudicado por la exclusión de pruebas.

Fundamento que tiene cierta lógica, puesto que quien está habilitado para investigar con amplias facultades y por tanto quien es más proclive a vulnerar garantías constitucionales, es ciertamente el Ministerio Público. De ello se explica que dentro del proceso penal exista el denominado principio de la "autorización judicial previa"²², que busca precisamente limitar la posible transgresión de garantías por parte del Ministerio Público y regular así los casos en que éstas se produzcan.

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando séptimo.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo primero. Ver también Rol N° 790, considerando vigésimo segundo; Rol N° 1138, considerando trigésimo séptimo, y Rol N° 1140, considerando trigésimo primero, entre otras.

²² Contenido en el artículo noveno del Código Procesal Penal.

Sin embargo, y así lo corroboran las causas que sirvieron de origen a los dos fallos que estudiamos, no tan sólo el Ministerio Público puede vulnerar dichas garantías, sino también los demás intervinientes en el proceso penal. Por supuesto comenzando con el defensor o querellante, quienes naturalmente también realizan gestiones investigativas, todas las cuales serán esenciales en sus respectivas defensas o acusaciones. Por ahora mencionaremos: la recopilación de antecedentes, documentos, escritos, declaraciones testimoniales, fotografías, material audiovisual, instrumentos del crimen, etc., todas actividades que implican que en su obtención puedan eventualmente vulnerarse garantías constitucionales.

Lógico es señalar entonces que el tribunal puede y debe excluir dichos medios de prueba por haber sido obtenidos con inobservancia de garantías consagradas en la Constitución, independientemente de quien las haya vulnerado, sea este el Ministerio Público, el defensor o el querellante. Todo lo cual sólo nos lleva a concluir que la resolución que excluye estos medios probatorios causa un agravio o perjuicio procesal no sólo al Ministerio Público, sino también a los mencionados intervinientes, y por tanto el recurso de apelación debiera proceder a favor de ellos también.

Nuevamente el TC aclara este punto al indicarnos: "Que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como lo señala el artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal, sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador"²³.

El precepto legal, por tanto, vulnera el principio de igualdad ante la ley, puesto que frente a una resolución que causa agravio tanto al Ministerio Público como a otros de los intervinientes, sólo faculta al primero para impugnar dicha resolución, realizando una diferencia que no tiene fundamento ni raciocinio, y por tanto contraria al mandato constitucional. Termina señalando el TC que "(...) en consecuencia, existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no"²⁴.

Podemos concluir así que el TC no estuvo equivocado al declarar en dos oportunidades inaplicable por inconstitucional el precepto analizado, teniendo como

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo octavo.

²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo tercero.

argumentos no sólo el hecho de haberse vulnerado el principio de igualdad ante la ley, sino también, y más relevante aún, por infringir y atentar gravemente contra el principio del debido proceso. El destino natural, por tanto, es la inevitable declaración de inconstitucionalidad del precepto contenido en el artículo 277 del CPP.

3. Fundamentos en contra de la inaplicabilidad. Votos disidentes.

Ambos fallos analizados, roles N°s 1502 y 1535 de 2010, contaron con la disidencia de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, en el primer caso, y con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, en el segundo, quienes estuvieron por desechar el requerimiento en atención a los siguientes motivos, de los cuales mencionaremos los que a nuestro juicio revisten mayor importancia:

En primer término, señalaron los Ministros disidentes: “Que la acción de inaplicabilidad, como lo ha declarado reiteradamente esta Magistratura, tiene un efecto puramente negativo (...) En modo alguno el acogimiento de la inaplicabilidad puede traducirse en indicarle al tribunal de la gestión pendiente qué precepto debe aplicar para su dilucidación ni, mucho menos, crear una disposición para la decisión del caso”²⁵.

Voto que a nuestro juicio carece de sentido, puesto que es el mismo fallo el que señala que sólo tuvo por objeto declarar inaplicable y para el caso sub lite la expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público”, sin que en ningún caso se ordene al tribunal que conoce de la gestión pendiente realizar o tramitar una determinada actuación procesal.

Posteriormente señalan que “(...) lo resuelto en la sentencia da precisamente por resultado la creación de un recurso de apelación por parte de quien el legislador no ha legitimado al efecto. Con ello y como quiera que la legitimación para excitar la intervención del órgano jurisdiccional es parte de la competencia de este último, se vulnera el principio constitucional en cuya virtud sólo la ley (y además una ley orgánica constitucional) puede establecer las atribuciones de los tribunales de justicia, por lo que mal una sentencia de este Tribunal podría investir de competencia al efecto al tribunal de la gestión pendiente.”²⁶

Argumento que al igual que el anterior carece de fundamento, puesto que debemos diferenciar el efecto que produce la declaración de inaplicabilidad

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 1° voto de disidencia.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 2° voto disidente.

por inconstitucionalidad, de aquellas funciones legislativas que sólo los constitucionalmente legitimados activos pueden ejercer.

La labor del TC es precisamente velar por la constitucionalidad de las leyes y los preceptos que las integran. El hecho de declarar inaplicable una norma no envuelve en ningún caso legislar o modificar las atribuciones de los tribunales de justicia. Aquellos pueden ser los efectos indirectos de su legítima función entregada por la Carta Política, efectos que no implican que debamos coartar su actividad.

De lo contrario y bajo este raciocinio, toda vez que el TC declare inaplicable una norma o la invalide dentro del ordenamiento por ser esta inconstitucional, estaría ineludiblemente legislando, puesto que necesariamente los efectos de sus resoluciones modificarán instituciones, eliminarán plazos, restarán facultades o invalidarán privilegios.

Su función es negativa, como bien lo señalan los ministros en el punto antes mencionado, puesto que la declaración de inaplicabilidad de la norma al caso concreto o la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, eliminará o derogará el mismo con efectos particulares o generales respectivamente, sin que ello signifique desbordar sus atribuciones. Es ésta su función primordial. La labor propia del legislador es crear normas, la del TC es precisamente la contraria.

La falta de pericia del legislador no puede suplirse mediante la función propia del TC, cual es se haga respetar la Constitución. Por ello, los principales efectos y la relevancia de las decisiones que adopte nuestro tribunal serán más bien políticos, esto es, mediante el envío de señales de alerta al legislador, quien debe imperativamente reconstruir aquello que realizó imperfectamente, creando o modificando normas restauradoras del ordenamiento.

Continúan los ministros disidentes alegando que "(...) el rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido no significa dejar desamparado al que-rellante en su legítima pretensión de tutela judicial efectiva de su derecho a recurrir, toda vez que la propia legislación procesal penal (artículo 373, letra a, del Código Procesal Penal) le franquea el recurso de nulidad en contra de la sentencia que culmine el proceso (...)"²⁷.

Argumento que hemos desvirtuado a lo largo de este trabajo. El debido proceso no sólo implica consagrar medios de impugnación, sino que además que éstos sean en realidad eficaces y ciertos. No nos cabe duda que consagrar un remedio en subsidio del recurso de apelación que es absolutamente ineficaz

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, 3^{er} voto disidente.

e inoportuno como el recurso de nulidad, vulnera el debido proceso, ya que mantiene al litigante tramitando un pleito que de antemano sabe perderá o, a lo menos, le será tremendamente dificultoso.

Un debido proceso, o más puntual aun, un sistema de recursos en que el legislador impide la interposición de recursos, y dicha inhabilidad produce efectos permanentes en juicio, en este caso, limitando los medios probatorios de una de las partes (los cuales revisten caracteres de esencialidad para una adecuada defensa), implica necesariamente un desconocimiento de lo que el constituyente tuvo a la vista al consagrar el principio.

Por otro lado, y como ya adelantamos, el principio del debido proceso y la facultad para interponer recursos frente a resoluciones judiciales que causen agravio, deben estar establecidos en la ley de manera que entreguen las herramientas suficientes para realizar una defensa de forma eficaz y cierta.

Si la institucionalidad creada en torno a los medios de impugnación, pese a consagrarlos, impide que positivamente éstos permitan una defensa eficaz –que tenga la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera–, y por tanto, inhabilitan a ejercer una defensa oportuna y eficiente, dicha institucionalidad no está respetando el proceso legal que la Constitución reclama.

Tan importante como la consagración a favor de la partes de uno o más recursos procesales, es que éstos en la realidad permitan efectuar una defensa que sea efectiva. Un medio ineficiente y tardío podrá eventualmente recomponer un proceso viciado, sin embargo aquel no es el sistema que el constituyente manda establecer.

Por tanto el actual sistema –como lo vemos reflejado en el CPP– niega y vulnera el debido proceso, quedando como única alternativa la modificación o eliminación de aquellos preceptos atentatorios al régimen ordenado por el constituyente.

Es por ello que las opiniones contrarias –a lo que hemos tenido a la vista para fundar la inaplicabilidad del artículo 277 del CPP–, y que señalan que aun negándose el recurso de apelación subsiste el recurso de nulidad en contra de la sentencia, no son más que posiciones equívocas e ilusorias.

Así también lo ha entendido el TC, iluminándonos al señalar que “se tuvo especialmente en cuenta que es deber del Estado promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, conforme ordenan sus artículos 5°, inciso segundo, y 6°, incisos primero y segundo, entre los cuales se encuentra **el derecho a una tutela judicial eficaz**²⁸ que les

²⁸ La negrita es nuestra.

asiste a las partes, incluido el imputado, así como el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización, con el propósito de excluir, justamente, cualquier forma de indefensión”²⁹.

Finalmente y continuando con las opiniones de aquellos Ministros que no están de acuerdo con la inaplicabilidad del precepto en estudio, señalan los disidentes que “(...) a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador (...)”³⁰.

Fundamento que no resiste análisis, puesto que siguiendo esta línea argumentativa llegaríamos al absurdo de que no son necesarios los abogados defensores, como tampoco toda la institucionalidad creada a partir de la reforma procesal relativa a la Defensoría Penal Pública.

Negar que el imputado requiera defensa nos lleva a un sistema irreal en el que la posibilidad de ser condenado es reducida a un mínimo en virtud del principio de inocencia. Principio que claramente busca no sólo evitar que se presuma de derecho la responsabilidad penal, sino también evitar que el imputado en cualquier estado de la causa sea considerado como culpable, y por lo demás, principio básico en un Estado de Derecho.

La defensa tiene por objeto, en el caso del imputado, aportar todos los elementos de prueba necesarios, no tan sólo para sustentar las dudas razonables que evitarán una sentencia condenatoria, sino también probar y comprobar hechos positivos de inocencia, sea a través de documentos, grabaciones, videos, declaraciones testimoniales, etc., todos los cuales son medios necesarios y consagrados constitucionalmente como elementos de un debido proceso en lo que a prueba se refiere.

Un sistema en que no se permite a uno de los intervinientes aportar medios probatorios, y en especial al imputado, desconoce toda justicia, principio o resabio de valores que fundan e imperan en una Nación.

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando octavo. Idea que se menciona reiteradamente, entre otras, en su considerando décimo séptimo: “tutela judicial efectiva”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando décimo séptimo: “sin dilaciones indebidas”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando vigésimo: “que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535.

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando décimo tercero.

Conclusiones. Inconstitucionalidad del artículo 277 del CPP.

Hemos aportado a esta discusión un breve análisis de dos fallos del TC en que se declaró inaplicable por inconstitucional el precepto contenido en el artículo 277 del CPP, principalmente basados en que dicha norma vulnera el debido proceso y el principio de igualdad ante la ley, ambos principios consagrados constitucionalmente.

El primero de ellos, el debido proceso, tiene reconocimiento en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la cual consagra que el debido proceso no tan sólo está integrado o envuelve la facultad de interponer recursos procesales, sino también que éstos medios revistan caracteres de eficacia y certeza. De lo contrario, mantendríamos vigente un sistema ineficiente que redundaría directamente en la indefensión de los intervinientes, tal como lo comprobamos a lo largo de este estudio.

Es por ello que sustentar que frente a la imposibilidad de presentar el recurso de apelación, a la parte agraviada le subsiste el recurso de nulidad como medio idóneo, razonable y eficaz, no queda sino concluir un desconocimiento absoluto de aquellos principios que deben imperativamente reglar todo proceso judicial.

Por otro lado, la norma del art. 277 vulnera abiertamente el principio de igualdad ante la ley, puesto que infundada y arbitrariamente concede el recurso de apelación a sólo a uno de los intervinientes, negándosele a los demás, lo cual no se explica si se reconoce que, siendo varios los perjudicados con la resolución de exclusión de pruebas, varios deben ser los legitimados activos del recurso.

Concluyendo, la inevitable consecuencia de tal atentado contra el debido proceso implica necesariamente que el precepto aludido requiere ser invalidado con efectos generales del ordenamiento jurídico a través de la declaración de inconstitucionalidad, y será deber del Poder Legislativo recomponer las normas afectadas con tal declaración, tomando en consideración los necesarios efectos que se produzcan.

En este sentido y de *lege ferenda*, proponemos la modificación del inciso segundo del artículo 277 del CPP, reemplazándolo por uno que permita a todos los intervinientes interponer tal recurso. Ensayando podría leerse:

El auto de apertura del juicio oral será susceptible del recurso de apelación, por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra

de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

Así, se elimina el precepto inconstitucional y se faculta tanto al Ministerio Público como a los demás intervinientes para apelar a esta resolución, que, sin duda alguna, afecta substancialmente el curso del proceso y causa necesariamente un perjuicio respecto al interviniente afectado.

Finalmente y para concluir, queremos hacer extensivo lo aquí señalado a la norma consagrada en el artículo 132 bis del CPP, el cual de igual manera sólo faculta al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación en contra de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, al señalar que “Tratándose de los arts. 2 N° 5 delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el sólo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”³¹.

Bibliografía citada

EVANS, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

GOZAÍNI, Osvaldo (2004): El debido proceso en la actualidad / *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ISSN 1870-8390, N° 2, 2004, págs. 57-70 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf

MEINS, Eduardo (1999): “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código de Procedimiento Penal” / *Revista Ius et Praxis, año/vol.5 número 001*. Universidad de Talca, Chile. pp.445-460.

RODRÍGUEZ, Pablo (2001): “El “debido proceso” a la luz de la ley chilena / *Revista Actualidad Jurídica, Año II, N° 3 de enero de 2001*. Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile.

SILVA, Alejandro (2005): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo VIII.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1502, 9 de septiembre de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1553>

³¹ Precepto que ya ha sido declarado inaplicable por inconstitucional. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), Rol N° 1001.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1535, 28 de enero de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1309>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1001, 29 de enero de 2008 [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2011] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/729>

Otros

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (a), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2011] Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficaz

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (b), Vigésima segunda edición (on line) [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2011] Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=eficaz