

Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal

Alejandro Leiva López

Profesor de Justicia Criminal

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Resumen: El artículo plantea que la actual redacción del artículo 276 del Código Procesal Penal posee una serie de facultades de carácter amplio entregadas al juez de garantía, lo cual lo autoriza a excluir medios probatorios de forma desmedida o arbitraria. Dichas facultades le permiten además delimitar el contenido de las garantías y derechos constitucionales, lo cual escapa a la esfera de sus atribuciones y vulnera las normas constitucionales respectivas.

Finalmente, postulamos inconstitucional el artículo 277, ya que limita el derecho a interponer recursos procesales en contra del auto de apertura del juicio oral, lo que atenta contra el debido proceso y la igualdad ante la ley.

Introducción

El actual sistema de justicia penal ha establecido atribuciones a los jueces de garantía, las cuales lo facultan para influir en los resultados del procedimiento de manera radical, especialmente a través de la exclusión de pruebas. En muchos casos, se trata de pruebas esenciales para que el tribunal oral en lo penal –órgano que conoce finalmente del Juicio Penal– pueda tomar un conocimiento cabal del asunto sometido a su jurisdicción y fallar conforme a Derecho.

Postulamos por la modificación de las normas que consagran dichas prerrogativas, puesto que éstas atentan contra el sistema de cautela de garantías fundamentales y vulneran los principios del debido proceso, resultando por ende inconstitucionales.

1. La exclusión de pruebas en el proceso penal.

Recientemente hemos sido testigos de un intenso debate en el que se ha puesto en duda la eficacia de un sistema procesal penal de naciente aplicación y de índole eminentemente garantista, el cual no provee de herramientas eficaces al Ministerio Público para cumplir su función persecutoria, obtener justicia y cumplir con el fin último del Estado, cual es el bien común.

La denominada Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana otorga a las personas la seguridad de que no serán ellas, ni sus bienes objeto de registro o medidas infundadas (*unreasonable searches*), garantía que se protege a través de la llamada regla de exclusión, conforme a la cual no se podrá utilizar en juicio evidencia obtenida con infracción a esta norma.¹

Es así como se han construido teorías que legitiman la exclusión de pruebas en aras de proteger los derechos de las personas de abusos que puedan cometer las policías y otros entes, en la actividad persecutoria penal.

Sin embargo, y tal como lo ha señalado el profesor Tavolari, "la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América ha aceptado, entre otras hipótesis, que tal evidencia será admisible en juicio cuando la infracción se ha cometido de buena fe, pero principalmente cuando un policía razonablemente bien capacitado (*reasonably well-trained*) ha creído que no existía infracción".²

En otras palabras, en aquellos sistemas en que el proceso penal detenta un mayor tiempo de aplicación, a diferencia de nuestro país, se reconocen límites claros a las facultades de los tribunales al momento de excluir pruebas. Y es que dichos sistemas mantienen un adecuado equilibrio entre las garantías de los imputados versus el derecho de las víctimas y la sociedad a obtener fallos ajustados a la justicia.

Incluso, como el mismo Tavolari señala, "Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable...".

"...Entendí [la Comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría

¹ TAVOLARI (2005) p. 30, nota 32.

² TAVOLARI (2005) p. 30, nota 32.

significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprime...".

Ello, como ya hemos señalado, atenta contra el debido proceso, tanto en cuanto es el tribunal oral en lo penal el que determinará la responsabilidad penal de los imputados, absolviendo o condenando, para lo cual debe en forma imperativa formarse un juicio cabal de las circunstancias que existen para tomar su decisión acorde a la justicia.

Es por ello que la exclusión de pruebas debe limitarse, y posible de ser objetada mediante recursos procesales.

Jeremy Bentham dijo que "excluir pruebas es excluir justicia", lo que nos lleva a preguntarnos si estamos dispuestos a mantener con tanta amplitud este tipo de instituciones.

Tal como lo señala el mensaje del Código Procesal Penal (en adelante "CPP"), el juez de garantía tiene la facultad y el deber de preparar el juicio oral, fijando el tribunal competente, su objeto, las personas que en él intervendrán, **y determinando las pruebas que deban producirse en atención a los ofrecimientos formulados por las partes.**

En cuanto al control de admisibilidad de las pruebas, se señaló, a nuestro juicio equivocadamente, que éstas tienen el carácter de "limitadas en un sentido negativo", esto es, que sólo se puede rechazar pruebas por causales específicas, destinadas a cautelar la adecuada realización del juicio.

Creemos que esta afirmación, tanto en la práctica como en la abstracción de las normas, es incorrecta, ya que, entre otras razones, el juez de garantía tiene un omnímodo poder de "tribunal resolutor anticipado". Para ello nos fundaremos: (1) tanto en el tenor literal como la finalidad de las normas del Código Procesal Penal; (2) la inconstitucionalidad de la facultad exegética del juez respecto al contenido y delimitación de los derechos fundamentales; y (3) la incompetencia del juez de garantía para limitar la facultad de conocimiento del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

1.1 Crítica a las normas que facultan la exclusión de pruebas en el CPP.

El artículo 276 del CPP, que trata sobre la "Exclusión de pruebas para el juicio Oral", consagra que:

"El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundamentadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren

manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que **no guardaren pertinencia sustancial** con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas **y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.**

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral".

Como se constata del tenor literal de la norma, las facultades de limitación y exclusión de pruebas del juez de garantía, pese a que su fin ha sido el de restringirlas y por ello han sido planteadas en términos, al parecer, "taxativos", padecen de una redacción que es ambigua y permite, de facto, una aplicación extralimitada que escapa al fin del legislador.

En otras palabras, el tribunal ha sido revestido con el poder de determinación e interpretación de los conceptos de "manifiesta impertinencia" o "pertinente sustancialidad" de la prueba, conceptos que, convengamos, no gozan de la mayor de las objetividades, y que por ello están sujetos a múltiples factores exegéticos, comenzando por la propia individualidad racional del juez, su experiencia y antigüedad en el cargo, la naturaleza del medio probatorio por excluir, entre otros, sin mencionar –lo cual es de la mayor relevancia– sus propias e íntimas convicciones personales acerca de la culpabilidad del imputado, su ideología política (por ejemplo en casos de delitos terroristas), o su particular pensamiento ético-religioso (como en los delitos de abusos sexuales o de violación), factores que pese a que afectan o pueden incidir en todo tipo de tribunales, aquí sí revisten de especial relevancia, puesto que el juez de garantía NO es el llamado en definitiva a resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino quien lo sucede, esto es, el tribunal oral en lo penal.

En esta línea, el sistema entrega en múltiples normas facultades que rozan peligrosamente la arbitrariedad como factor de decisión del juez para limitar de medios probatorios a los intervinientes.

Basta con citar la redacción amplísima que contiene el artículo 316 del CPP, que reza:

"El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes **otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo**".

De la misma falencia adolece el inciso tercero del mencionado artículo 276, que entrega la amplia prerrogativa de exclusión respecto de aquellas diligencias y actuaciones obtenidas con **inobservancia de garantías fundamentales**, norma que no establece limitación alguna respecto a cuál o cuáles pueden ser las garantías esenciales que han sido quebrantadas.

Esta norma nos lleva a plantear el segundo punto, relativo a la constitucionalidad de dicha facultad:

1.2 La inconstitucionalidad de la facultad exegética del juez respecto al contenido y delimitación de los derechos fundamentales.

Llama poderosamente la atención la redacción de dicho inciso tercero, teniendo presente que tanto el constituyente como el legislador, toda vez que han querido consagrar acciones tendientes a cautelar garantías constitucionales, lo han hecho mediante una estricta enumeración, o a lo menos, una delimitación atingente a determinados derechos garantizados por el constituyente, los que en ningún caso, con la excepción del aquí analizado, se refieren en términos amplios respecto de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución, al consagrar la acción de protección, especifica que:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio **de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25°** podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre (...)".

Continúa en su inciso segundo puntualizando que:

"Procederá, también, el recurso de protección **en el caso del N° 8° del artículo 19** (...)".

Misma delimitación contempla el artículo 21 de la Carta Fundamental, al indicar que el recurso de amparo sólo procede cuando se prive, perturbe o amenace, **la libertad personal o seguridad individual** de la persona, aludiendo directamente a las garantías consagradas únicamente en el numeral séptimo del artículo 19.

Tampoco constituye una excepción a este sistema de cautela de garantías el recurso de amparo económico regulado por el artículo único de la Ley 18.971, que señala en su inciso primero:

"Cualquier persona podrá denunciar **las infracciones al artículo 19, número 21**, de la Constitución Política de la República de Chile".

En materia tributaria, por su parte, se tutelan los derechos del contribuyente, mediante el recientemente publicado artículo 155 de la Ley 20.322, que reza:

"Si producto de un acto u omisión del Servicio, un particular considera vulnerados sus derechos **contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República**, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero (...)"

E igual sistema es respetado por el Procedimiento de Tutela Laboral, regulado por los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, que consagran:

"El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral (...) que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos **los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero**, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, **4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto**, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador (...)"

Empero, y en abierta contraposición a este estricto sistema de cautela de garantías, el Código Procesal Penal funda sus normas en el principio opuesto, esto es, el de la amplitud e indeterminación de los derechos a cautelar por el tribunal, propiciando una interpretación dilatada y desmedida de las garantías consagradas o de aquellas no expresamente reconocidas por el constituyente, pudiendo así limitar medios probatorios por causales que ni la propia Constitución ha contemplado para ello.

Así, el artículo 9° del CPP, que recoge el principio de Autorización Judicial Previa, le entrega la potestad para determinar cuándo una actuación del procedimiento vulnerará respecto del imputado o un tercero, **los derechos que la Constitución asegura**, sin limitar qué derechos son susceptibles de vulneración por parte de las policías o el Ministerio Público.

Asimismo, el artículo 10 del CPP, que recoge el principio de Cautela de Garantías, le reconoce el poder para, en cualquier etapa del procedimiento en que estime que el imputado no está en condiciones de ejercer **los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**, adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias **para permitir dicho ejercicio**.

En el mismo tenor encontramos el artículo 234, que faculta al juez para poner cierre a la investigación con el objeto de **cautelar las garantías de los intervinientes**.

En la aplicación práctica de las normas señaladas, el juez de garantía podría excluir una prueba esencial para la determinación de la inocencia o culpabilidad del imputado.

Pensemos, por ejemplo, en la exclusión de medios probatorios consistentes en restos óseos humanos hallados legalmente por Carabineros de Chile en un lugar que hace las veces de templo y que sirven en particular al ejercicio de un culto determinado.

Dada la naturaleza extrema de dichos restos, no queda sino considerarlos presumiblemente como objeto o resultado de la comisión de un crimen o simple delito, pero que sin embargo, a juicio del tribunal, forman parte de la propia manifestación y expresión cultural o religiosa del imputado, amparándose la exclusión en su errada interpretación del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución.

Y nada limita tampoco al juez para excluir medios probatorios fundándose en un atentado contra derechos difusos, como los derechos sociales o prestacionales; o incluso interpretar directamente uno de los numerales del artículo 19 de la Constitución, estableciendo nuevas categorías que de acuerdo a su pensamiento moral, ético, a su sesgo ideológico o escuela filosófica, constituyen derechos dignos de ser tutelados.

En este sentido, puede eventualmente el tribunal de garantía no autorizar actuaciones policiales, cautelar derechos, o excluir medios probatorios, fundándose en la interpretación propia que le merezcan los derechos fundamentales.

En síntesis, el CPP entrega la facultad de exégesis constitucional a un órgano que carece de dicha atribución, puesto que ella escapa a su competencia y vulnera el artículo séptimo de la Carta Fundamental.

1.3 Incompetencia del juez de garantía para limitar la facultad de conocimiento del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

Surge de las normas aludidas con antelación, la interrogante –analizando el problema desde un enfoque opuesto– de hasta dónde el legislador puede limitar la facultad de conocimiento –como momento del *ius dicere*– del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

Planteamos que el CPP, como fundamento que ilumina su contenido, ha resuelto que durante el proceso penal, **es el juez de garantía en la fase intermedia quien determina, tanto desde un punto de vista sustantivo como formal, el contenido de mayor relevancia del proceso**, esto es, los medios de prueba a través de los cuales se adquirirá la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Ello vulnera abiertamente el concepto de jurisdicción consagrado constitucionalmente en el artículo 76, y legalmente en el artículo que inicia el Código Orgánico de Tribunales, los cuales establecen y definen la jurisdicción y sus momentos, entre ellos, por supuesto, el de conocer el asunto recaído en su competencia.

Un tribunal oral en lo penal que carece de medios probatorios para poner término al conflicto, puesto que ellos le han sido vetados, no está en su esencia ejerciendo jurisdicción, puesto que desconocerá los antecedentes que han sido aportados por las partes, pero rechazados por su antecesor, como hemos visto, con facultades ilimitadas.

Corresponde a este último, por tanto, la mera ordenación formal de la prueba y su recepción, constituyéndose como tribunal en la etapa en que éste conoce la mera recepción de la prueba y el debate sobre la misma, prueba que, como ya señalamos, ha sido previamente demarcada.

En este sentido, y como lo señala el mensaje del CPP, en la audiencia de juicio oral "se regula detalladamente el orden y la forma en que debe producirse la prueba", mas no su admisibilidad de origen.

Pierde así valor, contenido y justicia la actividad jurisdiccional del tribunal oral, que como hemos revisado, puede fundarse su sentencia en una verdad procesal absolutamente limitada, careciendo de sentido el contenido de la misma.

Así se desprende del inciso segundo del artículo 340, que reza: "El tribunal formará su convicción **sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral**", **prueba que ha sido perfecta y previamente delimitada y filtrada, y por ende, privada al tribunal oral en lo penal.**

En el mismo tenor, carece de relevancia el contenido formal del fallo, al señalarse en el artículo 342 letra C del CPP que:

"La sentencia definitiva contendrá: la exposición **clara, lógica y completa** de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, **y de la valoración de los medios de prueba** que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297".

Rige de esta forma un sistema penal en el que un tribunal diverso al que determina la culpabilidad o inocencia del imputado, conoce con mayor amplitud las circunstancias que servirán para el juzgamiento de los acusados, sin contar con que además determinará el tribunal competente, el objeto y las personas que en él intervendrán.

En definitiva, la facultad de exclusión de pruebas está siendo ejercida por un órgano jurisdiccional que en la práctica no ejerce tal atribución de decisión, ergo, incompetente.

2. La inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal que limita la interposición del recurso de apelación contra la resolución que excluye pruebas³

El CPP contempla de manera excepcional el recurso de apelación en contra de la resolución que excluye pruebas –auto de apertura del juicio oral–, lo cual atenta contra el debido proceso, puesto que limita de manera arbitraria la interposición del recurso a los demás intervinientes, alejándolos de la supuesta eficiencia y celeridad de que se jacta el sistema.

Así, se faculta únicamente al Ministerio Público para interponer dicho recurso en contra de la resolución que excluye determinadas pruebas, lo cual sin duda es un elemento que agrava aun más la institución que aquí se propone modificar, atentando flagrantemente contra el debido proceso.

De tal forma, alejados de los principios del debido proceso, se acordaron las normas que aquí se propone modificar: "se acordó establecer un recurso a favor

³ Tema que ya hemos tratado con mayor profundidad. Ver LEIVA (2011) pp. 371 a 385.

sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Así, se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...⁴.

Si además de que se le entregue la facultad de excluir pruebas libremente al juez de garantía, no consagramos un recurso a cada uno de los intervinientes que busque al menos objetar dicha resolución, el problema se agrava y la vulneración del debido proceso es aun mayor, tal como veremos a continuación.

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 facultad al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación frente a la resolución que excluye medios probatorios, privándole 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.

En dos notables fallos⁵ nuestro Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), con fechas 28 de enero, y 9 de septiembre de 2010, declaró inaplicable para el caso concreto el inciso segundo del artículo 277 de nuestro Código Procesal Penal 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.

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**⁶ por la exclusión de pruebas

⁴ TAVOLARI (2005) pp. 182 y ss.

⁵ 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.

⁶ En negrita precepto declarado inaplicable en las causas señaladas.

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.

2.1 El debido proceso.

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

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.

2.2 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 ecuaníme, fallar conforme a derecho el asunto sometido a su decisión.

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.

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 reconoce⁸, 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.

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 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, consecuentemente, 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"⁹.

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

⁸ En el ya mencionado artículo 19 N° 3.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo tercero.

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"¹⁰, 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 las demás. 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.

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.

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 fallo 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, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no"¹¹.

Así, el precepto que analizamos faculta sólo al Ministerio Público para 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.

¹⁰ SILVA (2005) p. 78.

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando séptimo.

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"¹², que busca precisamente limitar la posible transgresión de garantías por parte del Ministerio Público y regular así los casos en que éstas se produzcan.

Sin embargo, y así lo corroboran las causas que sirvieron de origen a los dos fallos que mencionamos, 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 mencionar: 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.

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"¹³.

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.

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.

¹² Contenido en el artículo noveno del Código Procesal Penal.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo tercero.

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.

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 5º, inciso segundo, y 6º, incisos primero y segundo, entre los cuales se encuentra **el derecho a una tutela judicial eficaz**¹⁴ que les 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"¹⁵.

Conclusiones

En primer lugar, señalamos que la actual redacción del artículo 276 del CPP, posee una serie de facultades ilimitadas entregadas al juez de garantía, y no restrictivas como el legislador se propuso, lo cual lo autoriza a excluir medios probatorios de forma desmedida o incluso arbitraria.

Dichas facultades lo autorizan, además, a delimitar el contenido de las garantías y derechos constitucionales, lo cual escapa a la esfera de sus atribuciones y vulnera las normas constitucionales respectivas. No es labor del juez de garantía darle contenido a un derecho constitucional, al interpretar cuándo ellos son vulnerados por un determinado medio de prueba.

Escapa a la vez de su competencia, la facultad de excluir medios probatorios indispensables para que el tribunal oral en lo penal tome conocimiento, y por ende ejerza justicia sobre el asunto que sólo este último es llamado a

¹⁴ La negrita es nuestra.

¹⁵ 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.

dirimir. La ley, por ende, está limitando en su esencia la atribución constitucional entregada a este tribunal denominada "jurisdicción", consagrada en el artículo 76 de la Constitución, y el artículo primero del Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente, postulamos inconstitucional lo consagrado en el artículo 277 del CPP, en cuanto a que, además de establecer la facultad de excluir pruebas por parte del juez de garantía, se limite el derecho a interponer recursos procesales en contra de dicha resolución, lo cual sin duda atenta contra el debido proceso y la igualdad ante la ley.

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

LEIVA, Alejandro (2011): "Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso", *Revista Actualidad Jurídica*, Año XII, N° 24 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 371-385.

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, 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.

TAVOLARI, Raúl (2005): *Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). P. 440.

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>.

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>

