



El “debido proceso” a la luz de la ley chilena

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El “debido proceso” en Chile fue introducido por la Carta Constitucional de 1980. Se trata, a partir de entonces, de una garantía constitucional, vale decir, de un derecho limitativo del ejercicio de la soberanía que prevalece por encima de todo otro instituto jurídico.

El artículo 19 N° 3 inciso 5° expresa 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”**.

Para la recta aplicación de esta garantía, fundamento del Estado de Derecho, debe atenderse de manera primordial al principio de **supremacía constitucional**. De acuerdo a él, la norma constitucional **prevalece** por sobre toda otra norma legal o reglamentaria; estas últimas deben **interpretarse** en armonía con aquélla, a fin de mantener una estricta armonía y coherencia entre todas las expresiones positivas de derecho (la coherencia es una de las características esenciales del ordenamiento jurídico); y en ausencia de una norma legal que reglamente la disposición constitucional, el juez **puede y debe aplicar** el mandato del Constituyente cuando éste confiera un derecho a la persona, particularmente en el ámbito de un juicio sometido al conocimiento de un órgano jurisdiccional. Lo anterior no representa más que una consecuencia obvia, si se tiene en consideración que es la Constitución la que otorga valor a todas las demás normas, cualquiera que sea su rango, debiendo, por lo mismo, conformarse a ella todas las expresiones positivas del ordenamiento jurídico. Es más, el derecho prevé los casos en que surge oposición entre una norma superior y una norma inferior (legal o reglamentaria), arbitrando la manera de eliminar del sistema toda prescripción que contravenga el contenido de una norma constitucional.

Especialmente expresivo nos parece don Alejandro Silva Bascuñán en su *Tratado de Derecho Constitucional*, cuando dice: “Para que la supremacía de la Constitución no sea un principio puramente doctrinario, y alcance efectiva vigencia, el sistema jurídico que pretende sostenerla debe propor-

cionar conjuntamente los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolle en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la ley fundamental". Por consiguiente, no escapa a este principio ninguna actividad del Estado, mucho menos la función jurisdiccional confiada a los tribunales establecidos por la ley.

I. Alcance del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal

Conviene precisar que, según nuestra jurisprudencia, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no se refiere al derecho de defensa, elemento sine qua non del "debido proceso", como pareciera desprenderse de su tenor literal. Esta disposición fue agregada por Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, y proviene de un proyecto de modificación de este cuerpo legal de que es autor el ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Rubén Galecio Gómez. En la historia fidedigna del establecimiento de dicha norma quedó constancia de que ella regulaba una excepción de fondo, relativa a una eximente de responsabilidad penal. En otras palabras, esta disposición se referiría, concretamente, al tratamiento que el tribunal debe dar a la "locura o demencia" del inculpado o cuando él no está en situación de darse a entender por razón de sordomudez. Lo anterior ha llevado a la Corte Suprema a señalar que "nunca su contenido (del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal) se ligó al derecho de defensa del inculpado en su aspecto procesal, sino, más bien, a la defensa de fondo: la existencia de una posible anomalía mental que pudiera llevar a la dictación de un sobreseimiento definitivo por causa de locura o demencia" (Considerando N° 26 de la sentencia de mayoría de la Corte Suprema en que confirma el desafuero del senador Augusto Pinochet Ugarte).

No compartimos la opinión mayoritaria de la Corte Suprema. Desde luego, el elemento histórico de interpretación, contemplado en el artículo 19 del Código Civil, y al cual recurre excluyentemente el tribunal, no puede invocarse como única razón para fijar el ámbito en que debe aplicarse la indicada disposición. Más propio nos parece dar a ella el sentido que le corresponde en armonía con el precepto del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución. Lo señalado en el fallo que comentamos parte del supuesto, descartado por la doctrina en el día de hoy, que la voluntad, intención y sentido de la ley corresponde a la del legislador. Esta conclusión es anacrónica. La ley (y la norma en general) tiene una voluntad propia e independiente de la de su autor, que evoluciona con el transcurso del tiempo y que se adapta por sí misma a las nuevas circunstancias de la vida social.

Es imposible, por otra parte, armonizar todas las voluntades que concurren en la formación de la ley, puesto que ellas tienen motivaciones, impulsos y propósito distintos. De aquí la certidumbre que la "voluntad", la "intención" y el verdadero "sentido" de una norma están dados por su propio texto, por sus relaciones con otros textos de la misma naturaleza o de naturaleza similar, y por los fines que en ella se manifiestan y que encierra su dictación y aprobación. En este contexto, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, interpretado en armonía con la garantía constitucional del "debido proceso", tiene un alcance considerablemente más ambicioso.

Dicho en otros términos, el proceso que alcanza a una persona mayor de setenta años o a un sordomudo no podría substanciarse si existen evidencias claras de que éste no está en situación de intervenir en el mismo, como consecuencia del menoscabo de sus facultades síquicas o las limitaciones que le impone su condición. Lo que decimos es la manera más idónea de armonizar el mandato constitucional con el mandato legal (por cierto menos general y abstracto). Más adelante definiremos lo que se entiende por "debido proceso" y, al analizar sus exigencias y contenido, desprenderemos que éste no puede darse en ausencia del imputado o frente a su incapacidad para interactuar con el tribunal. Es evidente que el sordomudo y el mayor de 70 años, con más frecuencia, están afectados por limitaciones síquicas y motoras, razón por la cual deben entenderse excluidos del "debido proceso", armonizando, de este modo, lo previsto en la Constitución y lo previsto en la ley.

II. Fundamento constitucional del "debido proceso"

Existen dos normas constitucionales involucradas en este tema. El ya citado artículo 19 N° 3 inciso 5° y el artículo N° 1 inciso 1°, en cuanto se garantiza "el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona". Ambas garantías apuntan en el mismo sentido: suspender un proceso penal si con él se pone en peligro un valor superior (el "debido proceso" o la "vida o integridad física o síquica de la persona"). En este caso entran en tensión dos principios de diverso rango. Por una parte, el deber del Estado de investigar las conductas presuntamente delictivas y sancionarlas una vez comprobada la responsabilidad del imputado, y, por la otra, una garantía o derecho constitucionalmente amparado.

Tan evidente nos parece la prevalencia de la garantía constitucional por sobre el deber del Estado de perseguir las conductas ilícitas, que la jurisdicción de todos los tribunales de la República está condicionada por el "debido proceso", de lo cual se sigue que les está vedado conocer de

causas civiles o penales, juzgarlas y hacer cumplir lo juzgado, si no es en el marco de un procedimiento y una investigación racionales y justos. El artículo 19 N° 3 inciso 5° expresa, sobre este particular, que ningún órgano que ejerza jurisdicción puede dictar sentencia sino en el marco de un proceso previo legalmente tramitado, y éste sólo puede existir si se respetan las garantías establecidas por el legislador para una investigación y un procedimiento racionales y justos. En suma, por disposición expresa de la Constitución prevalecerá siempre una garantía constitucional frente a un deber genérico del Estado, por importante que éste sea.

Desde otra perspectiva, no cabe duda que el derecho a la vida y la integridad física y síquica de la persona es el derecho más importante, al cual se hallan subordinados todos los demás. Sería absurdo que el cumplimiento de un deber genérico del Estado pueda servir para legitimar su quebrantamiento y atropello.

En consecuencia, si un proceso judicial pone en grave riesgo valores de tanta importancia como la vida o la integridad física y síquica de una persona, éste no puede substanciarse y el tribunal, como lo dice la propia Constitución, carece de jurisdicción.

III. "Debido proceso legal"

Frente a una garantía constitucional existen dos hipótesis posibles: que no exista regulación legal alguna o, bien, que el legislador haya dispuesto la forma en que debe cumplirse. En el primer caso, el juez debe aplicarla directamente y con preferencia a cualquier otra disposición. Es, precisamente, lo que sucede a menudo al resolverse un recurso de protección o de amparo económico, o sobre la responsabilidad civil del Estado o la llamada nulidad de derecho público. En el segundo caso, la garantía constitucional se realiza y desarrolla en función de los preceptos legales que la reglamentan.

¿En qué situación se halla la garantía constitucional del "debido proceso"? Parece indudable que en el segundo supuesto, ya que existen varias normas legales que regulan este instituto.

Desde luego, la Constitución confía al **legislador** el deber de establecer las **garantías** del "debido proceso" ("corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"). A su vez, el legislador consigna los derechos esenciales de todo inculpado o procesado. El artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, dispone que cualquiera de ellos "podrá hacer valer, hasta la terminación

del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa". De esta norma se sigue que el legislador, por su parte, delega parcialmente esta atribución en el juez, el cual está llamado a complementar, en cada caso, las exigencias y requisitos del "debido proceso".

El nuevo Código Procesal Penal, que ha entrado en plena vigencia en Regiones Cuarta y Novena, reconoce al imputado, en el artículo 7°, los derechos, facultades y garantías que le otorga la Constitución Política de la República (entre ellas las que corresponden al "debido proceso"). El artículo 10, a su vez, expresa lo siguiente: "En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio". Agrega esta norma: "Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, EL JUEZ ORDENARÁ LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y CITARÁ A LOS INTERVINIENTES A UNA AUDIENCIA QUE SE CELEBRARÁ CON LOS QUE ASISTAN. CON EL MÉRITO DE LOS ANTECEDENTES REUNIDOS Y DE LO QUE EN DICHA AUDIENCIA SE EXPUSIERE, RESOLVERÁ LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O DECRETARÁ EL SOBRESEIMIENTO TEMPORAL DEL MISMO".

Atendida la naturaleza de esta disposición y la necesidad de no discriminar en materia de garantías constitucionales, nos parece de toda lógica aplicar la misma norma, cualquiera que sea el sistema procesal penal que rige en la respectiva región. Proceder de manera diversa implicaría una clara infracción a lo preceptuado en el mismo artículo 19 de la Constitución, que en su numeral 2 asegura "la igualdad ante la ley", agregando, en el inciso siguiente, que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Más aún, el numeral siguiente asegura a toda persona "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". ¿Cómo conciliar estas garantías con la existencia de normas diversas y discriminatorias en lo concerniente a las exigencias y los efectos que se siguen del reconocimiento del "debido proceso legal"? Una interpretación coherente y sistemática obliga a dar a los artículos 7° y 10 de la nueva normativa procesal penal, una aplicación general en todo el territorio de la República, ya que los efectos que se derivan de que el imputado no pueda "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" no pueden ser diferentes en las diversas regiones del país.

A mayor abundamiento, la misma conclusión puede extraerse de lo previsto en el artículo 42 bis del Código de Procedimiento Penal. Esta norma es particularmente expresiva cuando señala que “no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio o arraigar a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes y sólo en estas mismas condiciones se podrá allanar edificios o lugares cerrados, interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados”. Por consiguiente, si el inculpado no puede ser objeto de citación, arresto, prisión preventiva, etc., sino cuando está en condiciones de ejercer los derechos que le confiere la Constitución, la ley, los tratados internacionales o el juez en su caso, y siempre que con ello no ponga en riesgo su vida o integridad física o síquica, es claro que el proceso penal quedará en suspenso mientras no se presenten estas condiciones. Reiteremos que en ambos casos prevalece la garantía constitucional por sobre el deber del Estado de perseguir las conductas aparentemente ilícitas. El proceso no es más que un instrumento destinado al cumplimiento de este último fin. No puede él sobrepasar los derechos consagrados en la Constitución como garantías de la más alta entidad, incluso como limitativos del ejercicio de la soberanía.

El “debido proceso” tiene, además, una veta riquísima en los tratados internacionales. Cualquiera que sea el valor que se les atribuya, así se trate de normas legales o constitucionales (como erradamente, a juicio nuestro, postulan algunos autores), ellos contienen disposiciones expresas sobre las condiciones que deben concurrir en todo proceso judicial para darle el carácter de tal.

Chile ha suscrito y ratificado dos tratados sobre esta materia. “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas”, suscrito el 16 de diciembre de 1966 y promulgado el 29 de abril de 1989, y la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrito el 22 de noviembre de 1969 y promulgado el 5 de enero de 1991. En ambos instrumentos (en el artículo 14 N° 12 letra d, y en el artículo 8 N° 2 letra d, respectivamente) se consagran las garantías judiciales en términos casi idénticos.

En suma, no hay “debido proceso” si el imputado no tiene posibilidad de defenderse personalmente, cualquiera sea la razón que se tenga 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, aportar las pruebas que estime necesarias, etc.

A lo anterior debemos agregar lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, verdadera norma de clausura, conforme a la cual se 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**”. Recordemos que esta garantía tuvo origen en la doctrina de los “resquicios legales”, de triste memoria en nuestra historia jurídica, mediante la cual se lograba burlar un derecho a través de formalidades abusivas. En el día de hoy ninguna ley puede imponer un procedimiento o investigación irracional o injusta, por cuanto ello implicaría afectar sustancialmente el derecho en su esencia. Otra clara demostración del contenido y alcance del principio de supremacía constitucional.

De lo que llevamos dicho aparece, con cierta nitidez, que el “debido proceso” en Chile tiene una regulación jurídica que arranca no sólo de nuestros códigos, sino también de los tratados internacionales actualmente vigentes. Nos resulta manifiestamente claro que éste, hasta cierto punto, se confunde con el **derecho de defensa**, entendiendo por tal la facultad y aptitud para ejercer los derechos que las leyes otorgan al imputado y, en algunos casos, el mismo tribunal estima necesarios para estos efectos. Los ocho numerales del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal apuntan en el sentido de fortalecer el **derecho de defensa**.

En la misma dirección apuntan los tratados internacionales precitados, que son más amplios. Así, por vía de ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica alude al derecho “a ser oído en el juicio” con las debidas garantías y en un plazo razonable; derecho a “un tribunal competente, independiente e imparcial”; derecho a “que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; derecho a “ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete” si no se comprende o no se habla el idioma del juzgado o tribunal; derecho a “recibir comunicación previa y detallada de la acusación formulada”; derecho a que “se conceda tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa”; derecho a “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él”; derecho a “ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculcado no se defendiere a sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido en la ley”; derecho a “interrogar a los testigos presentes y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”; derecho a “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”; derecho de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; derecho a que “sólo se considere válida la confesión si ella ha sido hecha sin coacción de ninguna naturaleza”; derecho a que “si el inculcado es absuelto por sentencia firme, no sea sometido a nuevo juicio por los mis-

mos hechos"; derecho a que "el juicio sea público, salvo en lo que sea necesario la reserva para preservar los intereses de la justicia". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas agrega el derecho de "igualdad ante los tribunales y cortes de justicia"; derecho "a ser juzgado sin dilaciones indebidas"; derecho a "hallarse presente en el juicio respectivo"; derecho a "ser indemnizado cuando la persona condenada haya sufrido una pena como consecuencia de un error de la sentencia"; derecho a "no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Por consiguiente, descartamos absolutamente la posibilidad de substanciar un proceso penal cuando el inculpado no se encuentra en condiciones de hacer valer los derechos mencionados. No puede considerarse racional y justo un procedimiento o una investigación en estas circunstancias, ni puede sostenerse que el tribunal esté dotado de jurisdicción. Por último, es fácil condenar a una persona si ella está imposibilitada de defenderse, pero este pronunciamiento no pasa de ser un abuso carente de toda base moral.

IV. El "debido proceso" en la doctrina nacional

Varios autores y comentaristas se han pronunciado sobre el "debido proceso". José Luis Cea Egaña, en su *Tratado de la Constitución de 1980*, reconstruye la historia fidedigna del artículo 19 N° 3 inciso 5°. Conviene destacar que hubo una marcada preocupación por esta materia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en cuyo seno se plasmó el proyecto que dio vida a la Carta Política hoy vigente. La conclusión más importante, a nuestro juicio, es que la Comisión intentó establecer **los requisitos mínimos del "debido proceso"**, lo cual se rechazó, precisamente, para no delimitar los derechos del imputado. Aludiendo a la exigencia de que el procedimiento fuera racional y justo (sólo posteriormente se agregó la "investigación"), este autor señala: "¿Qué es, entonces, lo racional y justo en el proceso? Se propuso en la Comisión precisar dichos conceptos refiriéndolos a un conjunto de actos legalmente previstos y que han sido cumplidos con anterioridad a la sentencia, que permita oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y libre producción de la prueba que correspondiere con arreglo a la ley. Pero surgieron objeciones a tal predicamento, fundadas en que sería menester no sólo definir los requisitos enunciados, con las dificultades inherentes a toda definición y la rigidez que aun la mejor de ellas siempre conlleva, sino que, además, habría que agregar otros presupuestos reputados igualmente esenciales en un debido proceso. Entre los últimos, tal imperativo cubriría la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el em-

plazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor. Por tales razones, la Comisión concluyó que todos y cada uno de los elementos mencionados eran de la esencia de un proceso racional y justo, pero que ellos no agotaban las exigencias de la racionalidad y justicia. **Por ser limitativa quedó, precisamente, excluida la indicación de un comisionado para añadir al texto la frase 'que permita, por lo menos, oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponde'.** Y al efecto se argumentó que 'cuando en un proceso esté presente alguno de esos elementos mínimos, ello podría dar motivo para sostener que el procedimiento ha sido racional y justo, como asimismo que la expresión 'por lo menos', de la partida, excluye todas las demás garantías mínimas del proceso, porque si la ley dice que eso es lo menos, deja de ser inconstitucional en cuanto no contemple otras''. Este análisis concluye señalando: **"Es decir, los indicados no son siquiera los requisitos mínimos ni los únicos del proceso legal. Ellos son algunos de los supuestos que, en todo caso, exige un proceso previo a la sentencia, justo en lo sustantivo y racional en el procedimiento, tramitado conforme a la ley. 'Racional y justo' son, en suma, las palabras con sentido clave en el proceso y su dinámico sentido excluye la idea de algo terminado. No existe freno, por ende, a la evolución que la jurisprudencia ha de recoger, enriqueciendo así el procedimiento"** (Págs. 306 y 307).

El planteamiento anterior coincide con lo previsto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, que entrega al juez la facultad de establecer, en cada caso, los derechos que estima necesarios para la defensa del inculpado. En otras palabras, el contenido integrado al concepto de "debido proceso" está abierto y puede ser complementado por la jurisprudencia.

En idéntico sentido se pronunció doña María Soledad Alvear, a la sazón Ministra de Justicia, en una conferencia pronunciada en la Universidad de Concepción, el día 15 de octubre de 1999: "Como lo muestra la experiencia comparada, el debido proceso no es una cláusula cerrada o fija en el ordenamiento procesal penal, cosa distinta, se trata de un horizonte que cotidiana y permanentemente los jueces deben esmerarse en alcanzar. Al decretar una actuación, al oír la solicitud de alguna de las partes, los jueces deberán siempre preguntarse de qué manera esa actuación o esa solicitud satisface o desarrolla esta exigencia del debido proceso".

Como puede observarse, no existe contradicción ninguna entre lo que señalan la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre el alcance y contenido del "debido proceso", sin embargo de lo cual, los jueces, hasta este momento, se resisten a aplicarlo, a pesar de tratarse de una garantía constitucional, vale decir, una institución del más alto rango en el ordenamiento jurídico.

V. Una valiosa experiencia internacional

Como es sabido, la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1 inciso 1°). Cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando este derecho entra en tensión con el deber del Estado de instar por la aplicación de la ley penal y, por ende, con el proceso dirigido en contra del autor de un presunto ilícito penal?

En otros términos, ¿cómo se resuelve el conflicto que surge si por el hecho de dirigirse un proceso penal en contra de una persona se pone en riesgo su vida o su integridad física o síquica? ¿Qué prevalece, el derecho constitucionalmente amparado o el principio inquisitivo que obliga al Estado a perseguir eventuales conductas delictuales?

Nótese que no se trata de resolver un caso en que se enfrentan dos garantías constitucionales, como sucedió, por ejemplo, a propósito de la publicación del libro *Impunidad Diplomática*, de que era autor el periodista Francisco Martorell. En ese juicio la Corte Suprema optó por hacer prevalecer el derecho a la honra y el respeto a la vida pública y privada, por sobre el derecho a la libertad de expresión. Entre otras razones, se señaló que el orden en que se enumeran las garantías constitucionales determina la preferencia que les ha dado el Constituyente. No parece ser ésta la mejor razón. En verdad, frente a la colisión entre dos o más derechos constitucionalmente asegurados, el tribunal, a juicio nuestro, debe ponderar los antecedentes y determinar, conforme el mérito del proceso, cuál ha de prevalecer, de acuerdo al siguiente criterio: debe optarse por el mal menor, reduciendo al máximo posible el daño social que provoca la infracción, compensando los efectos nocivos con el beneficio que se sigue de la norma que se cumple. Lo dicho se sustenta en el deber de toda autoridad de velar por que prevalezcan los valores de mayor entidad, atendidas las circunstancias y especificidades de cada caso. Si así no fuere, se estaría privilegiando lo meramente formal por sobre lo sustancial.

El caso propuesto es muy distinto, puesto que se confronta un derecho constitucionalmente garantizado (derecho a la vida y la a integridad física y síquica) y un principio general (obligación del Estado de instar por la



aplicación de la ley penal a los presuntos infractores). Creemos que, indudablemente, prevalece el derecho por sobre el principio, atendidas las siguientes razones:

1. El proceso no es una pena ni una consecuencia jurídica, sino un mero instrumento destinado a aplicar la ley penal. Por consiguiente, no puede admitirse que este instrumento ponga a riesgo un derecho tan fundamental como la vida o la integridad física o síquica.

2. La infracción de la garantía constitucional tiene un efecto cierto e inmediato (perjuicio efectivo o amenaza para la vida o la integridad física o síquica de la persona), en tanto el quebrantamiento del principio que obliga al Estado a instar por la aplicación de la ley penal, sólo genera un perjuicio eventual (puesto que el proceso puede concluir absolviendo al imputado). Entre un perjuicio efectivo y actual y un perjuicio incierto y eventual, debe optarse por evitar el primero.

3. La doctrina alemana distingue entre un **mandato definitivo** (como ocurre con un mandato constitucional o legal) y un **mandato de optimización** (los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las circunstancias jurídicas y fácticas imperantes). Por lo tanto, la garantía constitucional debe cumplirse sin excepción, en tanto el principio sólo en la medida de lo posible.

Robert Alexy, en su obra *El concepto y la validez del derecho*, recoge un caso bien especial que conviene transcribirlo:

“La diferencia entre reglas y principios se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios. Un ejemplo de conflicto de reglas lo ofrece un fallo del Tribunal Constitucional Federal (alemán) en que se trata de un conflicto entre una ley de un Estado federado que prohíbe la apertura de locales de venta los miércoles a partir de las 13 horas, y una ley federal que lo permite hasta las 19 horas. El Tribunal soluciona este caso siguiendo la norma de conflicto. ‘El derecho federal prima sobre el estadual’ (Art. 31 LF) y declara nula la norma del Estado federado. Este es un caso clásico de conflicto de reglas. Ambas normas se contradicen. La una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La contradicción es eliminada declarando nula una de las normas y, con ello, excluyéndola del orden jurídico. **De manera totalmente distinta procede el Tribunal en un fallo sobre realización de una audiencia oral contra un acusado que corre peligro de un ataque cerebral o de un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe una ‘relación de tensión’ entre el deber del Estado de garantizar una**

aplicación efectiva del Código Penal y el derecho del acusado a su vida e integridad física (Art. 2, párrafo 2 frase 1 LF). Esta relación tendría que ser solucionada de acuerdo con la máxima de proporcionalidad. Lo que importa aquí es saber cuál de los dos intereses, abstractamente del mismo rango, tiene un peso mayor en el caso concreto. En el caso que había que decidir se trata de un 'peligro concreto y probable de que el acusado, en caso de que se realice la audiencia oral, pierda su vida o sufra graves daños en su salud'. Bajo estas circunstancias, el Tribunal aceptó la precedencia del derecho del recurrente a su vida e integridad física".

Resulta claro, entonces, la forma en que debe resolverse el problema planteado. Primará siempre y en todo caso la garantía constitucional por sobre el principio, atendida su naturaleza jurídica y el poder vinculante de cada norma en conflicto.

VI. Conclusiones

A manera de conclusiones podemos proponer las siguientes:

1. A partir de la Constitución de 1980 y particularmente de la modificación del artículo 19 N° 3 inciso 5° en 1997, en que se introduce la exigencia de que tanto el proceso como la "investigación" sean racionales y justos, la jurisdicción de nuestros tribunales de justicia quedó **condicionada** por el "debido proceso".
2. Los requisitos de un procedimiento y una investigación racionales y justos deben ser establecidos por el legislador y por el juez, sin perjuicio de lo que sobre este particular señalen los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.
3. Si una persona está impedida de ejercer su "derecho de defensa", entendiéndose por ello la imposibilidad de hacer valer las facultades y derechos que le acuerda la ley, el juez o los tratados internacionales, no puede ser objeto de un proceso penal, conclusión que se refuerza a la luz de los artículos 67 y 42 bis del Código de Procedimiento Penal y 7° y 10 del Código Procesal Penal.
4. No puede, tampoco, existir un "debido proceso", si con él se pone a riesgo o se amenaza la vida o integridad física o síquica del inculpado. En este caso prevalece la respectiva garantía constitucional (art.19 N° 1 inciso 1°).



5. El "debido proceso" es un instituto jurídico limitativo del ejercicio de la soberanía, y un avance trascendental para el derecho al impedir que pueda ser procesado o condenado quien no está en situación de defenderse.

VII. Una breve prevención

No se advierte en nuestros tribunales de justicia una plena conciencia sobre la importancia del principio de supremacía constitucional. Es frecuente encontrar resoluciones que prescinden de dichas normas, poniendo acento, exclusivamente, en disposiciones de carácter legal o reglamentario. Esta tendencia parece tener origen en la poca o ninguna importancia que se dio a las prescripciones constitucionales durante la vigencia de la Constitución de 1925. Fue sólo a partir de las Actas Constitucionales anteriores a la aprobación del texto constitucional de 1980, que se ha valorizado el contenido e importancia del mandato del Constituyente. Tampoco puede desdeñarse el hecho de que el recurso de protección, innovación revolucionaria en materia judicial, contribuyó a destacar la importancia de la Constitución y de su aplicación práctica en la vida jurídica.

No podemos negar un cierto escepticismo en esta materia. Será difícil que nuestros jueces, formados en otro contexto, puedan prescindir de conceptos muy arraigados que se han transmitido a través de varias generaciones y que subsisten en el día de hoy en desmedro de la importancia de las normas constitucionales y de la supremacía con que deben aplicarse.

