



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**ARTÍCULO 277 DEL CPP Y ESTÁNDARES EN
DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

PEDRO ANTONIO AGUILÓ BASCUÑÁN

ÁLVARO JOSÉ LEZAMA ORELLANA

Profesor guía: Claudio Nash Rojas

Santiago, Chile

2014

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO	7
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL	8
3. MARCO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 277 DEL CPP: SUJETOS PROCESALES, PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y SISTEMA DE RECURSOS.....	15
3.1. <i>Sujetos procesales</i>	16
3.2. <i>Procedimiento ordinario</i>	44
3.3. <i>Sistema de recursos</i>	58
4. HISTORIA FIDEDIGNA DEL ART. 277 DEL CPP	70
5. EL ART. 277 Y LAS VÍAS DE CONTROLAR LA DECISIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍA DE EXCLUIR PRUEBA.....	74
CAPÍTULO II. ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL.....	84
1. INTRODUCCIÓN.....	84
2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	86
2.1. <i>Introducción</i>	86
2.2. <i>Ámbitos de aplicación y fundamento del principio de igualdad</i>	87
2.3. <i>No discriminación</i>	91
2.4. <i>Categorías sospechosas y ámbitos de aplicación</i>	102
2.5. <i>Conclusión</i>	104
3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO.....	105
3.1. <i>Derecho de defensa</i>	107
3.2. <i>Derecho de la víctima a participar del proceso penal</i>	142
CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SE REFIEREN A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 277.....	170
1. INTRODUCCIÓN.....	170
2. SENTENCIAS QUE SE REFIEREN AL IMPUTADO	171
2.1. <i>Sentencia rol N° 1502-2009: el TC acoge el requerimiento interpuesto por el imputado</i>	173

2.2. <i>Sentencias roles N° 2323-2012 y 2354-2012: el TC rechaza el requerimiento interpuesto por el imputado</i>	192
3. SENTENCIAS QUE SE REFIEREN AL QUERELLANTE	220
3.1. <i>Sentencia rol N°1535-2009: el TC acoge el requerimiento interpuesto por el querellante</i>	221
3.2. <i>Sentencia rol N° 2330-2012: el TC rechaza el requerimiento interpuesto por el querellante</i>	235
4. CONCLUSIONES.....	259
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA CONFORMIDAD DEL ARTÍCULO 277 DEL CPP CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	262
1. INTRODUCCIÓN.....	262
2. CUESTIONES PREVIAS	263
3. DERECHO A LA IGUALDAD PROCESAL	268
4. DERECHO AL RECURSO	281
CONCLUSIONES	283
BIBLIOGRAFÍA	288

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPP	Código Procesal Penal.
CPR	Constitución Política de la República.
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) comenzó a forjarse como una rama autónoma del derecho internacional público luego de la Segunda Guerra Mundial. Su progresivo desarrollo estuvo marcado por la experiencia de fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto los implementados a nivel nacional como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX. La tarea de proteger a los individuos de los abusos de poder por parte de los Estados que asumió la comunidad internacional a través del DIDH, se tradujo en la consagración de un completo catálogo de derechos humanos y de mecanismos de promoción y protección internacional de tales derechos¹.

Dicha tarea, que marca el sentido del DIDH, determina el principal rasgo distintivo del DIDH respecto del resto del derecho internacional público: los tratados de derechos humanos, a diferencia de la gran mayoría de las demás tratados, no son concluidos para el beneficio recíproco de los Estados contratantes, sino que con el fin de proteger los derechos fundamentales de los

¹ NASH, C. 2012. Recepción y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Centro de Derechos Humanos, p. 13.

seres humanos². Por ello, al aprobar tales tratados los Estados asumen una serie de obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción³.

Este rasgo impone una relación entre el derecho nacional, en especial el derecho constitucional (en su parte dogmática), y el DIDH, pues ambos apuntan al mismo fin y regulan la misma materia. En un principio, se entendió que esta relación era de carácter subsidiario, en la medida que el sistema internacional de protección –encarnado principalmente en el DIDH- entraba a operar una vez que el sistema nacional no daba una respuesta adecuada ante una vulneración de derechos humanos. Sin embargo, hoy se entiende que el DIDH complementa al derecho nacional, en el sentido de que las normas internacionales que consagran derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes⁴. Como consecuencia, cada vez que en el ámbito nacional se planteé un caso que requiera aplicar normas de derechos fundamentales para su solución, habrá que preguntarse qué dice el DIDH respecto de los derechos en juego, cuál es el contenido de los estándares que se han desarrollado en su seno. Esto no sirve únicamente para integrar nuevos derechos, sino también para

² El término derechos fundamentales se utiliza en el contexto del derecho constitucional, mientras que el término derechos humanos se usa en el contexto del derecho internacional. En esta memoria los trataremos como sinónimos.

³ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 2/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 29.

⁴ Para conocer cómo se incorporan los tratados de derechos humanos al derecho interno y se determina su jerarquía, véase: NASH, C. 2012, op. cit., pp. 15 y ss.

incorporar estándares y argumentos de derechos ya establecidos en la legislación nacional.

Esta memoria justamente busca realizar un ejercicio de este tipo. En abstracto, lo que pretendemos es interpretar y evaluar una norma específica que a primera vista entra en conflicto con algunos derechos fundamentales y que ha sido objeto de una serie de sentencia del Tribunal Constitucional, a partir de los estándares desarrollados en el DIDH. Así, el propósito de esta memoria es ejemplificar cómo el DIDH puede enriquecer los argumentos mediante los cuales se adoptan decisiones sobre si una determinada norma vulnera o no derechos fundamentales.

La norma que evaluaremos está contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal (CPP). Tal norma dispone que “el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”. Por su parte, el inciso tercero del artículo 276 (precedente) establece que el juez de garantía podrá excluir prueba que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, la norma que evaluaremos establece que solo el Ministerio Público podrá apelar la decisión del juez de garantía de excluir

prueba por el motivo señalado, mientras que el imputado y el querellante particular no podrán hacerlo aunque se les excluya prueba por la misma razón. En síntesis, esta memoria busca contestar la siguiente pregunta: ¿la norma contenida en el inciso segundo del artículo 277 del CPP vulnera derechos fundamentales?

Para analizar y evaluar la norma en cuestión dividiremos esta memoria en 4 capítulos. En el primer capítulo estudiaremos la disposición del artículo 277 y el contexto en cual está inserta. Para esto analizaremos los principios generales que informan al proceso penal, el rol que le corresponde a cada uno de los intervinientes de dicho proceso, la llamada etapa intermedia, el régimen de recursos y, finalmente, la norma del inciso segundo del artículo 277. Tal extensión del campo de análisis nos permitirá entender correctamente el verdadero sentido y alcance de la norma objeto de estudio en esta memoria.

El segundo capítulo estará dedicado a exponer y analizar los estándares internacionales en materia de derechos humanos, a partir de los cuales se evaluará la norma del artículo 277. Para tal efecto, estudiaremos las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que vinculan a nuestro Estado. Principalmente nos enfocaremos en la Convención americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ya que ambos han sido suscritos y ratificados por Chile, y consagran las normas relevantes para nuestro objetivo. Asimismo, pondremos especial

atención en la interpretación que han hechos de estos tratados los órganos creados para controlar su cumplimiento, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos.

En el tercer capítulo analizaremos de manera crítica las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional (TC) en torno a la aplicación del inciso segundo del artículo 277. Además de relevar el tema y constituir un insumo esencial para el propósito de esta memoria, tal jurisprudencia presenta ciertas características que la dotan de un interés particular. En primer lugar, cada una de las 5 sentencias que ha dictado el TC fue adoptada con votos disidentes o de minoría, lo cual enriquece nuestro ámbito de argumentación ya que nos obliga a hacernos cargo de razonamientos que apuntan en sentidos contrarios. En segundo lugar, las sentencias del TC han resuelto requerimientos de inaplicabilidad de tres sujetos distintos, a saber, el imputado, el querellante particular víctima y el querellante particular en representación de una agencia estatal. Esto es de interés ya que en cada caso los argumentos en torno a derechos fundamentales exhiben alguna particularidad que no está presente en los otros casos. Y por último, el contenido de las sentencias ha ido cambiando con el tiempo, tanto en el sentido de la decisión –rechazar o acoger los requerimientos de inaplicabilidad- como en sus fundamentos. Esto muestra la complejidad de la materia, y confirma la necesidad de la investigación que emprende esta memoria.

En el cuarto capítulo pretendemos cerrar nuestra investigación ofreciendo la que consideramos es la mejor respuesta a la pregunta que se plantea esta memoria. Para ello nos basaremos en los estándares internacionales expuestos en el segundo capítulo y en una serie de supuestos que tendremos que asumir en base a razones ajenas a dichos estándares. La estructura de los aspectos sustantivos de este capítulo se apoyará en los derechos fundamentales que sirven de fundamento de las sentencias del TC.

Finalmente, en las conclusiones expondremos los resultados más significativos de esta memoria, enfocándonos principalmente en la manera en que esta ejemplifica el enriquecimiento que supone la incorporación de estándares y argumentos desarrollados en el DIDH en la solución de casos sobre derechos fundamentales a nivel nacional.

CAPÍTULO I. EL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

1. Introducción

El primer capítulo de esta memoria tiene por finalidad describir el contexto normativo en el cual se encuentra el artículo en análisis, particularmente su inciso segundo, el cual dispone:

“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público 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.”

Para la mejor comprensión de la problemática planteada señalaremos los pilares sobre los que se erige el nuevo sistema procesal penal; describiremos brevemente los aspectos de dicho sistema que se relacionan directamente con el problema planteado; y, finalmente, analizaremos la letra del artículo 277 del

CPP, su historia fidedigna y las formas contempladas en el código del ramo para controlar la decisión del juez de garantía de excluir prueba ofrecida por los intervinientes.

2. Principios del sistema procesal penal

En este acápite, comentaremos los pilares fundamentales del Código Procesal Penal (CPP). Este cuerpo legal regula de manera sistémica el procedimiento penal chileno y es el contexto normativo en el cual se encuentra inserta la disposición objeto del análisis contenido en la presente memoria. El objeto de lo que sigue es mostrar los principios que explican los roles que cada interviniente tiene en el procedimiento penal, roles que deben ser considerados a la hora de evaluar la constitucionalidad de la disposición en análisis.

Antes de que el actual sistema procesal penal entrase en vigor, existía en Chile un sistema inquisitivo que obedecía a la lógica preliberal de la legislación indiana, según la cual el poder punitivo del Estado debía ejercerse de modo casi absoluto respecto del imputado⁵. Uno de los rasgos principales del antiguo sistema era la ausencia de un verdadero juicio, debido a que el mismo sujeto que dictaba y sustentaba la acusación era el que, luego, dictaría la sentencia: el juez; de manera que el principio de contradicción y la imparcialidad judicial no se aplicaban en absoluto⁶. Como explica el mensaje del CPP:

⁵ RIEGO, C. 2000. Informe de Chile. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHINK, J. Las Reformas Procesales Penales de América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc. p. 168.

⁶ *Ibíd*em, p. 172.

“Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado Democrático.”⁷

Lo anterior hizo necesaria una transformación radical al ordenamiento jurídico en la materia, la cual hallaría su pieza central en el Código Procesal Penal. Esta vino a instaurar un sistema basado en un conjunto de garantías básicas para el imputado, entre las cuales, la fundamental es el derecho a un juicio previo, oral y público, tal como lo establece el art. 1 del CPP. En este sentido, el mensaje de aquel cuerpo legal señala:

“El eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo, es decir, el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no los presupuestos de aplicación de una pena o medida de seguridad. Como

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia de la Ley N° 19.696 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>> [consulta: 28 de septiembre de 2013]. p.7.

elemento integrante de esta garantía básica se consagra el sistema oral, a partir de la constatación de que este método sencillo y directo de comunicación es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones, como las que tantos problemas y distorsiones han causado en el sistema vigente.”⁸

La instauración del derecho a un juicio previo, oral y público requirió que se modificaran los cimientos mismos del antiguo sistema. El ordenamiento jurídico actual se caracteriza por la separación de funciones entre quien acusa y quien juzga; un régimen controlado de investigación, una función policial regulada y, por supuesto, el rol central que ocupa el juicio oral en el procedimiento⁹. Así las cosas, las diferencias entre ambos sistemas resultan palmarias. Diferencias que significaron un paso hacia adelante en el respeto y garantía de los Derechos Fundamentales en Chile.

Para la concreción de todo lo anterior, tuvieron que sentarse ciertos principios que estructurasen al sistema. Siguiendo a HORVITZ y LÓPEZ¹⁰, distinguiremos entre principios y garantías. Como aclaran MATURANA y MONTERO: “los primeros corresponden a una opción estatal, y se relacionan

⁸ *Ibíd*em, p.15.

⁹ HOYOS, M. 2005. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Santiago, Revista de Derecho Procesal (20). pp. 41 y 42.

¹⁰ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2002. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial jurídica de Chile. Tomo I. pp. 34 y 35.

con las necesidades de organización para la persecución penal, en tanto que las segundas miran al sujeto interviniente y por ende se relacionan con derechos de éstos, énfasis sobre el que gira el actual sistema procesal penal chileno”¹¹. A continuación, trataremos los principios que informan al proceso penal nacional. Las garantías relevantes para el tema del presente trabajo se tratarán en el capítulo segundo.

Los principios sobre los cuales descansa el nuevo sistema procesal penal chileno son: el principio de oficialidad; los principios de investigación oficial y aportación de parte; el principio acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad¹².

Que el sistema se rija por el principio de oficialidad significa que, por regla general, “los delitos pueden y deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona”¹³, pero a diferencia de lo establecido en el antiguo Código de Procedimiento Penal¹⁴, es el Ministerio Público y nunca un tribunal el ente estatal llamado a ejercer la acción penal y promover la persecución penal. Es decir, el Ministerio Público es el organismo estatal encargado de iniciar el procedimiento y continuar su prosecución, sin que la pretensión penal así

¹¹ MATURANA, C. y MONTERO R. 2012. Derecho procesal penal. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing. Tomo I. p. 107.

¹² HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 35.

¹³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴ Código de Procedimiento Penal, Artículo 24, inciso primero: "Siempre que se trate de delitos que deban perseguirse de oficio, los tribunales competentes estarán obligados a proceder, aun cuando el ministerio público no crea procedente la acción".

perseguida sea disponible para alguno de los intervinientes, ni siquiera para el ofendido o el mismo Ministerio Público. Este principio se manifiesta en el art. 83 de la CPR, el art. 1 de la LOCMP y en los art. 53, 166, inciso segundo, y 172 del CPP. Lo anterior es sin perjuicio de la participación en el proceso que puedan tener los demás intervinientes y de excepciones a la regla tales como los delitos de acción penal privada, los delitos de acción pública previa instancia particular, el principio de oportunidad (art. 170 del CPP) y los acuerdos reparatorios.

El CPP acoge el principio de investigación oficial, en el entendido que es el Estado- a través del Ministerio Público – el que “dispone de amplias facultades en la iniciativa de los actos de investigación y tiene la carga de producir, durante el juicio oral, la prueba que ha de servir de base a la condena”¹⁵. A la vez, el CPP recoge el principio de aportación de parte, en el sentido de que “la rendición de pruebas no es una actividad del tribunal, sino que de las partes del proceso”¹⁶. Como explican MATURANA y MONTERO: “El tribunal, durante la fase de investigación es un controlador del cumplimiento de los requisitos que permiten decretar medidas solicitadas por el Ministerio Público; en la etapa de preparación de juicio oral, el juez de garantía es un controlador de la pertinencia, licitud, e idoneidad de la prueba, y en el juicio oral,

¹⁵ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 42.

¹⁶ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 110.

el tribunal oral hace las veces de conductor para los efectos de que las partes rindan en forma leal y eficaz la prueba ofrecida”¹⁷.

El principio acusatorio implica la separación entre las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento¹⁸. Es el Estado quien acusa y juzga, pero a través de sujetos distintos¹⁹. Así las cosas, en el nuevo sistema procesal chileno las funciones de investigar y acusar están entregadas al Ministerio Público, mientras que las funciones de controlar el respeto de las garantías individuales durante la etapa de investigación, preparar el juicio oral y juzgar les corresponden a los tribunales, las dos primeras a los Juzgados de Garantía y la tercera a los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal²⁰.

Los principios de legalidad y oportunidad se contraponen mutuamente. El primero, se relaciona con el principio de oficialidad ya explicado y consiste en que “el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio”²¹. El segundo, es aquel conforme al cual “el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de

¹⁷ Ídem.

¹⁸ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 43.

¹⁹ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 107.

²⁰ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 45.

²¹ Ibídem, p. 46. Citando a: MAIER, J. 1989. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Vol. 2. p. 548.

la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”²². El legislador chileno optó por la vía intermedia entre la aplicación irrestricta del principio de legalidad y un sistema guiado por la oportunidad libre o discrecionalidad del Ministerio Público, pues consagró en el CPP el “principio de oportunidad normado”²³. De esta manera, el Ministerio Público deberá, por regla general, iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento- respetando así el principio de legalidad -, pero la misma ley establece los criterios que deberá usar dicho organismo para optar por no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal. El art. 166, inciso segundo, del CPP así lo establece al disponer: “Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”. Como ejemplos de aquellos “casos previstos en la ley” a los que alude el artículo citado se pueden señalar el archivo provisional (art. 167), el principio de oportunidad (art. 170) y la suspensión condicional del procedimiento (arts. 237 y ss.), entre otros. Como señala ROXIN²⁴, en un Estado de Derecho el fundamento del principio de legalidad se encuentra en el principio de certeza y en el de igualdad. En cambio, el principio de oportunidad deriva del principio de proporcionalidad, es

²² Ibídem, p. 48. Citando a: MAIER, J. 1989. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Vol. 2. p. 556.

²³ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 112.

²⁴ ROXIN, C. 2003. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial del Puerto. p.89.

decir, “de la idea de que en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen”²⁵ y, por lo demás, obedece a dos objetivos: la descriminalización de ciertos hechos punibles y la eficiencia del sistema penal²⁶.

En conclusión, de los principios expuestos puede extraerse la gran importancia que tiene el Ministerio Público para el sistema procesal penal chileno. De una u otra forma, todos ellos se refieren al rol que le cabe a este en el procedimiento. Sin embargo, el ente acusador no es el único interviniente, tanto el imputado como el querellante tienen papeles importantes que cumplir en el mismo. Entender el rol que a cada interviniente le corresponde en el proceso es esencial para comprender el problema planteado por esta memoria. Sobre este tema se profundizará más en el siguiente acápite.

3. Marco normativo del artículo 277 del CPP: sujetos procesales, procedimiento ordinario y sistema de recursos

Para comprender de mejor manera el problema planteado en esta memoria procederemos a describir brevemente los aspectos del procedimiento penal que se relacionan de forma más o menos directa con el art. 277 del CPP. Nos referiremos a los sujetos procesales para determinar cuáles son los roles que le corresponden a cada uno; luego, haremos una revisión general de las etapas del procedimiento ordinario con el objeto de entender la mecánica del

²⁵ Ídem.

²⁶ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 49. Citando a: MAIER, J. 1989. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Vol. 2. p. 558.

CPP y, por último, comentaremos el sistema de recursos que contempla el código del ramo para desentrañar la lógica que sigue este en dicha materia.

3.1. Sujetos procesales

Los sujetos procesales son “todos aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que se vincule ello con la pertenencia de la pretensión punitiva”²⁷. Están regulados²⁸ en el título IV del Libro I del CPC y, de acuerdo a este, son el Tribunal; el Ministerio Público; la Policía; el Imputado; el Defensor; la Víctima y el Querellante. Para comprender el sistema procesal penal chileno y el problema planteado en la presente obra es necesario entender el rol de cada uno de los actores de dicho sistema.

No debe confundirse la noción de “sujeto procesal” con las de “interviniente” o “parte”. El art. 12 del CPP establece que: “Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”. En vista de lo anterior, pueden considerarse intervinientes “a quienes la ley les reconoce su derecho a intervenir dentro del proceso penal desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades

²⁷ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 155.

²⁸ Nota: Debe advertirse que los tribunales, a nivel legal, también están regulados en el Código Orgánico de Tribunales y que el Ministerio Público tiene su propia ley orgánica constitucional: la Ley N. 19.640.

determinadas por encontrarse relacionados activa o pasivamente con el hecho punible²⁹, es decir, lo que caracteriza a los intervinientes es su facultad de actuación en el procedimiento y su relación, activa o pasiva, con el hecho punible imputado³⁰. En consecuencia, la Policía y el Tribunal son sujetos procesales, mas no intervinientes. Por otro lado, las “partes” son “las personas entre las que se plantea la disputa de relevancia jurídica y quienes solicitan que sea resuelta por un tribunal, conforme a Derecho”³¹. Hay que advertir que el concepto de parte no es favorecido por la doctrina para ser aplicado en los procesos de orden penal debido, entre otras razones, a que el ente público que sostiene la acusación no actúa protegiendo sus intereses particulares, sino que los de la comunidad en general³².

Procederemos a describir someramente las características de cada uno de los sujetos procesales.

3.1.1. El Tribunal

Los tribunales que tienen competencia en lo penal son los Juzgados de Garantía, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, las Cortes de Apelaciones y

²⁹ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 155.

³⁰ Nota: La acción popular excepcional establecida en los incisos segundo y tercero del art. 111 del CPP “se trata fundamentalmente de supuestos en que se afectan bienes jurídicos colectivos o intereses sociales relevantes cuya titularidad corresponde a toda la sociedad o en que se encuentran comprometidos bienes jurídicos individuales considerados especialmente graves por el legislador, y cuya tutela se ha querido reforzar por esta vía” (HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 287).

³¹ CAROCCA, Á. 2003. Manual de derecho procesal los procesos declarativos. Santiago, Lexis Nexis. Tomo II. P. 8.

³² MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 156.

la Corte Suprema. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia que tienen los Juzgados Militares de acuerdo al Código de Justicia Militar.

Los Juzgados de Garantía “son tribunales ordinarios, generalmente colegiados en cuanto a su composición, pero siempre unipersonales en cuanto a su funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en única o primera instancia exclusivamente de todos los asuntos penales que se rigen por el Código Procesal Penal. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva”³³. En cuanto a su competencia material, el COT, en el inciso segundo de su art. 14, señala que les corresponde:

- “a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;
- b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal;
- c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;
- d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;

³³ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 161.

- e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;
- f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;
- g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden; y
- h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden.”

Particularmente importante, para los efectos del problema planteado, es la competencia de estos tribunales para dirigir la audiencia de preparación de juicio oral, ordenar que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas pruebas ofrecidas que cumplan con alguno de los criterios señalados en el art. 276 del CPP y dictar el auto de apertura.

Los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal son “... tribunales ordinarios, colegiados en cuanto a su composición y funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, con competencia especial, que ejercen sus facultades sobre

una comuna o agrupación de comunas y conocen en única instancia exclusivamente del juicio oral regulado en el Código Procesal Penal. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva”³⁴. El art. 18 del COT determina que la competencia de estos tribunales consiste en:

- “a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía;
- b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición;
- c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral;
- d) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y
- e) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomiende”.

Cabe destacar, en relación al problema planteado en esta memoria, que los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal deben hacerse cargo en la fundamentación de sus sentencias de la prueba producida durante el juicio oral (art. 297, inciso segundo, del CPP). Para que la prueba pueda ser rendida en

³⁴ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 166.

juicio es necesario que esta haya sido admitida previamente durante la preparación del mismo. En consecuencia, la facultad señalada más arriba de los jueces de garantía para admitir o excluir prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral es trascendental para la delimitación de lo que podrá ser conocido y fallado por los sentenciadores.

Las Cortes de Apelaciones son:

“...tribunales ordinarios, colegiados, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus funciones dentro de un territorio que es normalmente una Región o parte de una Región y son depositarías de la casi totalidad de la competencia de segunda instancia, conociendo además en única instancia o primera instancia de los demás asuntos que las leyes les encomienden. Están compuestas por un número variable de jueces llamados Ministros, uno de los cuales es su Presidente. Actualmente existen 17 Cortes de Apelaciones en todo el país. Son superiores jerárquicos de los Jueces de Garantía, de los Tribunales de juicio oral en lo penal y de los Jueces de Letras y dependen de la Corte Suprema”³⁵.

La esfera en la cual ejercen jurisdicción estos tribunales es variada, pero para efectos del proceso penal, en general, y del problema planteado, en particular, los asuntos de su competencia que tienen mayor relevancia son los establecidos en el número 1, letra b), y en el número 3, letra b), del art. 63 COT.

³⁵ *Ibidem*, Tomo I, p. 172.

La primera de las disposiciones mencionadas señala que estos tribunales conocerán en única instancia “[d]e los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal”. La segunda, establece que las Cortes de Apelaciones conocerán en segunda instancia “[d]e las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía”. Este segundo asunto está íntimamente vinculado con el problema planteado. Justamente, la apelación contra el auto de apertura que el Ministerio Público puede presentar en virtud del art. 277 del CPP- y que no puede ser interpuesta por otro interviniente –es de competencia de las Cortes de Apelaciones.

Por último, la Corte Suprema es:

“...un tribunal ordinario, colegiado, letrado, de derecho y permanente, detentador de la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de todos los tribunales de la República, con las excepciones que se indican por el constituyente. Su principal misión, en cuanto a competencia exclusiva y excluyente es conocer de los recursos de casación en el fondo, inaplicabilidad y revisión. Está compuesta por veintiún Ministros, uno de los cuales es su Presidente y tiene su sede en Santiago por ser la capital de la República. Es el más alto tribunal de la

República, superior jerárquico directo de todas las Cortes de Apelaciones del país”³⁶.

En lo que a nosotros nos respecta, cabe destacar su competencia para conocer “[d]e los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal”, en virtud del art. 98, número 3, del COT. Como veremos más adelante, el art. 376 del CPP determina a qué tribunal, o la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema, corresponde el conocimiento del recurso de nulidad, dependiendo de la causal invocada y la existencia de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores respecto a la materia de derecho objeto del recurso. La competencia de la Corte Suprema para conocer de los recursos de nulidad fundados en el art. 373, letra a), del CPP será clave a la hora de analizar el art. 277 del mismo cuerpo legal.

3.1.2. El Ministerio Público

MATURANA y MONTERO definen al Ministerio Público como “... el organismo autónomo y jerarquizado, a quien corresponde dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación punible o la inocencia del imputado en ellos; ejercer la acción penal pública en la forma prevista en la ley; adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a

³⁶ *Ibidem*, Tomo I, p. 175.

los testigos; e impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, sin autorización judicial previa, siempre que con ellas no se prive, restrinja o perturbe al imputado o terceros del ejercicio de los derechos asegurados en la Constitución...”³⁷. Su regulación puede encontrarse en el capítulo VII de la CPR, el cual está dedicado exclusivamente a este organismo; en la ley 19.640 o Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (LOCMP) y en el CPP.

Tanto el art. 83 de la CPR como el art. 1 de la ley 19.640 dejan claro que las 3 funciones esenciales del Ministerio Público son: dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley y adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. Ambas disposiciones prohíben al Ministerio Público ejercer funciones jurisdiccionales.

La función de dirección de la investigación que le corresponde al Ministerio Público es trascendental en el sistema procesal chileno. En esta función se encarnan, prácticamente, todos los principios comentados en el acápite anterior, en especial el principio de investigación oficial y el acusatorio. Tal es su importancia que debe entenderse que conlleva tanto una atribución

³⁷ *Ibidem*, Tomo I, p. 182.

como un deber para el organismo en cuestión, sin perjuicio del margen que otorga el principio de oportunidad³⁸. En palabras del Tribunal Constitucional:

"De las facultades que tiene el Ministerio Público (...) destaca la expresión 'dirigirá', que a juicio de este Tribunal, produce dos efectos fundamentales, a saber: le otorga el poder de dirigir la investigación, que el Ministerio Público debe ejercer. En segundo lugar, lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.

Lo anterior significa que el Ministerio Público, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal."³⁹

Si bien el ordenamiento ha dotado de amplios espacios de autonomía al Ministerio Público en el ejercicio de esta función, también ha establecido ciertos límites. El art. 19, número 3, inciso sexto, dispone que: "[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un

³⁸ *Ibíd*em, Tomo I, pp. 202 y 203.

³⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de agosto de 2008. Rol N° 815-07, considerando 26°.

procedimiento y una investigación racionales y justos”. En efecto, la ley 19.519 del año 1997, junto con agregar el capítulo referente al Ministerio Público a la carta magna, modificó la señalada disposición ampliando la exigencia de racionalidad y justicia existente para el procedimiento a la investigación. PIEDRABUENA comenta que “este agregado fue introducido por el Senado para evitar excesos de los fiscales que, a pretexto de su atribución exclusiva de dirección de la investigación, lleven a cabo una investigación contraria a la razón y a la justicia”⁴⁰. Por su parte, el art. 83 de la CPR y el art. 1 de la ley 19.640 al señalar que la investigación recaerá “...en los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado...”, adelantan el principio funcional de objetividad que comentaremos más adelante. Por otro lado, en el ejercicio de esta función, el organismo en cuestión está sometido a todos los controles ya comentados, en especial al procesal. En cuanto a la forma concreta en que debe llevarse a cabo esta función, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado consta que:

“... la función de investigar los delitos es privativa del Ministerio Público, que la ejerce impartiendo órdenes directas a la policía, lo que es otro corolario de su autonomía. Se reemplazó la expresión 'investigar' por

⁴⁰ PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la Reforma Procesal Penal. Santiago, Fallos del Mes. pp. 63 y 64.

'dirigir la investigación', porque quien ejecuta materialmente esas acciones es la policía."⁴¹

Por esta razón, el art. 83, inciso tercero, de la CPR dispone que:

“El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.”

Lo anterior es refrendado por el art. 4 de la LOCMP.

En cuanto a la función de “ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley” debe hacerse presente que el concepto de “ejercer la acción penal pública” tiene un sentido estricto y uno lato, el primero equivale a formular la acusación y, el segundo, a promover la persecución penal⁴². En opinión de HORVITZ y LÓPEZ, el art. 83 de la CPR hace uso del término en sentido estricto, ya que distingue entre la investigación y el ejercicio de la

⁴¹ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 1997. Primer Informe Recaído En El Proyecto De Reforma Constitucional, En Primer Trámite Constitucional, Que Crea El Ministerio Público, Boletín 1943-07 [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=2495&tipodoc=info>> [consulta: 10 de enero de 2014]. p. 25.

⁴² HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 147.

acción⁴³. Esta función no se aplica a los delitos de acción penal privada, en los cuales el ejercicio de la acción penal le corresponde a la víctima. Es importante destacar que el Ministerio Público no tiene el monopolio exclusivo de la acción penal pública. En efecto, el inciso segundo del art. 83 de la CPR dispone: “[e]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”; lo cual se concreta en el CPP al regular al querellante como sujeto procesal (arts. 111 y siguientes del CPP).

En relación a la función de adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, se encuentra regulada a nivel legal, principalmente, en los arts. 6 y 78 del CPP. Tiene como objetivo evitar el fenómeno de la victimización secundaria y, además, generar las condiciones que permitan la colaboración de víctimas y testigos durante el procedimiento⁴⁴.

Los principios que orientan el cumplimiento de las funciones señaladas son: oficialidad, legalidad, objetividad, eficiencia, transparencia, probidad y responsabilidad⁴⁵.

En cuanto a los principios funcionales de oficialidad y legalidad, nos remitimos a lo señalado al comentar la oficialidad y legalidad como principios del sistema procesal penal. En resumidas cuentas, el principio de oficialidad significa que “el Estado tiene la atribución privativa del ejercicio de la acción

⁴³ Ídem.

⁴⁴ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 149.

⁴⁵ Ibídem, pp. 149 a 164.

penal pública para el esclarecimiento y sanción de los delitos, sin necesidad de esperar la excitación de la víctima o de un tercero”⁴⁶, sin perjuicio de ciertas limitaciones y excepciones. Por su parte, el principio de legalidad implica que “el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su mero arbitrio”⁴⁷, no obstante las circunstancias en las que la ley autoriza al ente persecutor para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal en base al principio de oportunidad.

El principio de objetividad está establecido en el art. 3 de la LOCMP al siguiente tenor:

“En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.”

Este principio recoge y amplía lo señalado por la CPR en su art. 83 al definir al Ministerio Público como un organismo autónomo que “... dirigirá en

⁴⁶ *Ibidem*, p. 150.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 46. Citando a: MAIER, J. 1989. Derecho Procesal Penal Argentino. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. Vol. 2. p. 548.

forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado...”. Por lo demás, este principio es directamente aludido por el art. 77 del CPP al determinar que:

“Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.”

Para velar por este principio, el ordenamiento jurídico parece considerarlo en la tipificación de ciertos delitos funcionariales como el del art. 269 ter del Código Penal y contempla mecanismos tales como la inhabilitación de los fiscales para dirigir la investigación o ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles en relación a los cuales se configure alguna de las causales establecidas en el art. 55 de la LOCMP. La existencia de este principio permite cuestionar la calidad de parte del Ministerio Público en el proceso penal. Como señalan HORVITZ y LÓPEZ: “En este modelo, el ministerio público fue diseñado más que como parte del procedimiento, como Órgano de persecución objetivo e imparcial cuya meta era colaborar en la

averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, a semejanza del rol de los jueces”⁴⁸.

El principio de eficiencia se encuentra consagrado en el art. 6 de la LOCMP. En virtud de su inciso primero, “los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones”. El criterio de eficiencia debe ser considerado en la distribución geográfica y organización de las fiscalías locales (art.39 de la LOCMP) y en el otorgamiento de bonos de gestión institucional, los cuales forman parte del sistema de remuneraciones del organismo (art. 77 de la LOCMP). Los incisos segundo y tercero del art. 6 de la LOCMP señalan que:

“Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones”

En cuanto a los principios de probidad y transparencia, encuentran su sustento normativo en el art. 8 de la LOCMP. El inciso primero de dicha disposición reza: “Los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán

⁴⁸ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 153.

observar el principio de probidad administrativa”; a su turno, el inciso segundo: “La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”. El principio de probidad orienta ejercicio de toda función pública en virtud del art. 8 de la CPR. En relación a la transparencia, cabe mencionar que la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado se aplica de manera restringida al Ministerio Público por disposición expresa del art. 9 de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Por último, el principio de responsabilidad puede deducirse del art. 45 de la LOCMP, el cual establece que “Los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley”. La responsabilidad civil de los fiscales se rige por las normas generales sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil⁴⁹. Por su parte, el Estado será responsable “por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público”, de acuerdo al inciso primero del art. 5 de la LOCMP. En virtud del inciso tercero de la misma disposición, dicha responsabilidad patrimonial del Estado no es obstáculo para que se configure la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño. Además, el Estado podrá repetir contra el fiscal o funcionario que produjo el daño cuando haya mediado culpa grave o

⁴⁹ *Ibidem*, p. 162.

dolo de su parte. Respecto a la responsabilidad disciplinaria de los fiscales que menciona el citado art. 45, debe advertirse que la doctrina distingue entre responsabilidad “disciplinaria” y “administrativa”. La primera se deriva del principio de jerarquía y fue comentada al analizar el control disciplinario al que están sometidos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, mientras que la segunda es establecida por la ley para infracciones específicas⁵⁰. Bajo estos términos, el único caso de responsabilidad administrativa regulado en la LOCMP es el contemplado en su art. 47, el cual se sanciona con una multa ciertas infracciones relacionadas con el deber legal de los fiscales adjuntos y regionales de efectuar una declaración jurada de intereses⁵¹. Finalmente, en relación con la responsabilidad penal de los fiscales, para cuando a alguno de ellos se le imputare participación en un hecho punible el art. 46 de la LOCMP establece las reglas destinadas a que otro fiscal, con la suficiente jerarquía e independencia, dirija la persecución penal contra el fiscal imputado. Dichas reglas tienen como fin último “asegurar la imparcialidad y la eficacia de la persecución penal e impedir al máximo las presiones internas que suelen producirse en estos casos”⁵².

Para concluir, podemos señalar que el rol que cumple el Ministerio Público en el sistema procesal penal es fundamental. Su estructura y funciones, además de los principios que las regulan, dejan en evidencia aquello. De

⁵⁰ *Ibíd*em, p. 161.

⁵¹ *Ibíd*em, pp. 161 y 162.

⁵² *Ibíd*em, p. 161.

especial importancia para el problema planteado en esta memoria son las funciones de dirigir la investigación y de ejercer, en su caso, la acción penal pública. Dichas funciones hacen que este sujeto procesal sea el que esté llamado, de forma principal, a recabar antecedentes probatorios y ofrecerlos como prueba en la oportunidad procesal correspondiente. En consecuencia, será el sujeto más frecuentemente agraviado por las exclusiones de prueba dictadas durante la audiencia de juicio oral. Es más, como veremos, uno de los fundamentos de la instauración de la ilicitud de la prueba como causal de exclusión de la misma es su efecto disuasivo dirigido a las instituciones encargadas realizar la investigación criminal. Esta circunstancia deberá ser considerada a la hora de evaluar la constitucionalidad del inciso segundo del art. 277, pues es justamente la exclusión de prueba basada en su ilicitud la que faculta este organismo para apelar el auto de apertura.

3.1.3. La Policía

La policía son lo que la CPR, en el inciso segundo de su art. 101, denomina “Fuerzas de Orden y Seguridad”, las cuales están integradas solo por Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones. Agrega la disposición constitucional que estas “[c]onstituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas”. En relación con el procedimiento penal, el art. 79 del CPP indica que su función será ser el auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación. En efecto, como se señaló

en su momento, al Ministerio Público corresponde la función de dirigir la investigación, mientras que a la policía toca ejecutar materialmente las actuaciones de la investigación. Como señala el art. 80 del CPP, los funcionarios policiales “ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren”. De esta manera, queda establecida “la subordinación únicamente funcional de la policía al ministerio público, dejando incólume su dependencia orgánica a la superioridad del respectivo cuerpo policial”⁵³.

Sin perjuicio de la subordinación funcional de la policía al Ministerio Público y su rol de auxiliar del mismo en las tareas de investigación, existen ciertas actuaciones vinculadas con el procedimiento penal que puede realizar sin orden previa de algún fiscal. Dichas actuaciones están enunciadas, principalmente, en el art. 83 del CPP y, en síntesis, corresponden a: prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en los casos de flagrancia; resguardar el sitio del suceso; identificar a los testigos y consignar las declaraciones que estos prestaren voluntariamente, con ocasión de delitos flagrantes y el resguardo del sitio del suceso; recibir las denuncias del público y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales. Además de las actuaciones autónomas mencionadas, hay otras que se encuentran a lo largo

⁵³ *Ibidem*. P. 179.

del CPP, como el control de identidad en virtud del art. 85 o el examen de vestimentas, equipaje o vehículos del detenido contemplado en el art. 89⁵⁴.

Respecto a la disposición analizada en esta memoria, cabe resaltar que debido a su rol la policía será, muchas veces, la que materialmente obtendrá antecedentes probatorios con inobservancia de las garantías fundamentales de los ciudadanos. En efecto, una de las justificaciones de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita es que consistiría en un mensaje dirigido a la policía y los demás agentes de persecución penal en orden a disuadirlos de violar los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de las actividades de investigación⁵⁵. Es justamente la exclusión de prueba basada en su ilicitud la que faculta al Ministerio Público para apelar el auto de apertura.

3.1.4. El Imputado y la Defensa

El concepto de imputado puede deducirse del art.7 del CPP, el cual establece que:

“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del Procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

⁵⁴ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 234. Citando a: DUCE, M. y RIEGO, C. 2007. Proceso Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 154 y ss.

⁵⁵ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, p. 186.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.”

Dicho de otro modo, “el imputado es aquel interviniente contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado”⁵⁶. En el sistema procesal penal actual, el imputado no se limita a ser un mero objeto del proceso, sino que la ley le confiere derechos y garantías que pueden ser ejercidos desde el momento en el que adquiere la calidad de tal. En efecto, se reconoce el derecho a defensa del imputado, el cual “... concebido en forma amplia, debe ser entendido como la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes”⁵⁷. Así las cosas, el derecho a defensa tiene tanto una dimensión técnica como material. La primera es “el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento”⁵⁸, mientras que la segunda “consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le

⁵⁶ *Ibidem*, Tomo I, p. 223.

⁵⁷ MATURANA, C. y MONTERO R., *op. cit.*, Tomo I, p. 270.

⁵⁸ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., *op. cit.*, Tomo I, p. 228.

confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado”⁵⁹.

Respecto al derecho a la defensa técnica, el inciso cuarto, del numeral 3, del art. 19 de la CPR reza: “[t]oda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”. Lo cual es refrendado a nivel legal por, entre otros, los arts. 8, inciso primero y 93, letra b), del CPP. Debe recalcar que “al imputado corresponde, en primer lugar, el ejercicio de sus facultades defensivas y, a *su* lado, no en *su* lugar, actúa el defensor”⁶⁰.

En cuanto al derecho a la defensa material, el inciso segundo del art. 8 del CPP señala que: “El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvas las excepciones expresamente previstas en este Código”. Vinculado con lo anterior, el art. 93 del mismo cuerpo legal indica cuáles son los “principales”⁶¹ derechos y

⁵⁹ *Ibidem*, p. 227.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 240.

⁶¹ MATURANA, C. 2003. Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordancias. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. Código Procesal Penal. p. 116. Citando a: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 1998. Primer Informe, en Primer Trámite Constitucional, sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, párrafo referente al artículo 107.

garantías del imputado, mientras que el art. 94 hace lo propio en relación a los derechos del imputado detenido.

En relación al tema central de esta memoria, cabe resaltar la facultad que tiene el imputado, con la asistencia de su defensor letrado, de ejercer un rol activo en el procedimiento penal. Es una facultad, pues la presunción de inocencia que le ampara (art. 4 del CPP) junto a su derecho a guardar silencio (Art. 93, letra g)) le permiten adoptar un rol pasivo si así lo estima conveniente. Ahora bien, dentro de sus facultades como interviniente se encuentra la de, en virtud del principio de aportación de parte, ofrecer pruebas durante la etapa intermedia con el objeto de que estas sean admitidas para ser rendidas durante el juicio oral. Sin embargo, en virtud del art. 277 del CPP, no tiene permitido -a diferencia del fiscal- apelar en caso de que se excluya de ser rendida en juicio prueba ofrecida por él bajo ninguna hipótesis. Al analizar esta diferencia establecida por la ley entre las facultades del fiscal y las del imputado serán considerados los roles asignados a ambos intervinientes en el procedimiento penal.

3.1.5. La Víctima

El art. 108, inciso primero, del CPP reza: “[p]ara los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito”. Para entender el rol de este interviniente en el procedimiento regulado por el CPP, debe considerarse lo señalado en el mensaje de este, en cuanto “[p]arece necesario destacar (...)

la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos". Es así como el art. 83 de la CPR expresa que es función del Ministerio Público adoptar las medidas para proteger a las víctimas y, a su vez, que el ofendido por el delito también podrá ejercer la acción penal. A nivel legal, el art. 6 del CPP consagra el deber del Ministerio Público de velar por la protección de la víctima y de promover mecanismos que faciliten la reparación del daño causado. La misma disposición señala que el tribunal deberá garantizar conforme a la ley la vigencia los derechos de la víctima durante el procedimiento y mandata que la policía y los demás organismos auxiliares le otorguen a esta un trato acorde con su condición de tal. Por su parte, el art. 109 del mismo cuerpo legal enuncia varios de los derechos que tiene la víctima en el contexto del procedimiento penal por el solo hecho de ser tal, sin que sea necesario interponer querrela. Dado este contexto, el Tribunal Constitucional ha fallado que:

“Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla

para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado”⁶².

Uno de los papeles más importantes que juega la víctima en el procedimiento penal es el de actuar como un “control externo y contrapeso” respecto de las actuaciones del Ministerio Público y la policía⁶³. A modo de ejemplos, el CPP le permite controlar las facultades del ente persecutor para no iniciar la investigación (arts. 167, 168, 169 y 170), proponer diligencias investigativas (art. 183), participar en la adopción de salidas alternativas (arts. 237, 239 y 241), solicitar la reapertura de la investigación (art. 257) e impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria (art. 109, letra f)).

Sin perjuicio del relevante rol que tiene la víctima como interviniente en el procedimiento penal, lo cierto es que, para efectos del problema planteado, nos interesa más en su papel en cuanto querellante. Solo cuando la víctima interpone querrela y, posteriormente, adhiere a la acusación del Ministerio Público o acusa particularmente en la oportunidad señalada en el art. 261 podrá participar de manera plena en la audiencia de preparación del juicio oral. Audiencia esta última en la cual tiene aplicación el art. 277 del CPP.

3.1.6. El Querellante

⁶² Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de enero de 2008. Rol N° 986-07, considerando 17°.

⁶³ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 291.

MATURANA y MONTERO definen a este interviniente como: "...la víctima, su representante legal, heredero testamentario u otra persona excepcional y expresamente autorizada por la ley, que ha realizado un acto jurídico procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al juez de garantía competente, por la cual le solicita que ordene al Ministerio Público la iniciación de una investigación penal o lo tenga como parte de una investigación ya existente, para ejercer los derechos que le confiere la ley dentro del proceso penal"⁶⁴.

El art. 83, inciso segundo, de la CPR consagra a nivel constitucional la facultad del "ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley" para ejercer la acción penal. El art. 111 del CPP establece las personas y circunstancias en las que podrán interponer la querrela. Cabe destacar que esta disposición hace referencia a tres categorías de personas que pueden deducir querrela: (i) "la víctima, su representante legal o su heredero testamentario"; (ii) "cualquier persona capaz de parecer en juicio...", respecto de determinados delitos y cumpliendo ciertos requisitos; y (iii) los "órganos y servicios públicos", solo "cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes". Por lo tanto, además de haber víctimas que no constituyan como querellantes, pueden haber querellantes que no sean víctimas.

⁶⁴ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo I, p. 320.

En el derecho comparado, de acuerdo a BINDER, existen tres formas en las cuales puede configurarse la figura del querellante: el querellante privado, el querellante conjunto autónomo y querellante conjunto adhesivo. Denomina “querellante privado” al que puede actuar en los delitos de acción penal privada, en los cuales el Ministerio Público no tiene la facultad de ejercer la acción penal. La figura del “querellante conjunto”, es la que se da en aquellos casos en los que querellante interviene en el proceso junto con el Ministerio Público. Dependiendo de si tiene atribuciones parecidas a las del Ministerio Público y la facultad de ejercerlas en forma paralela o tiene un rol de coadyuvante del persecutor estatal, el querellante conjunto será “autónomo” o “adhesivo”.⁶⁵

El legislador nacional, respecto de los delitos de acción penal pública y de acción penal pública previa instancia particular, optó por establecer la figura de un querellante conjunto adhesivo, pero “con un poder especialmente intenso en relación al forzamiento de la acusación”⁶⁶. Sobre la relevancia del querellante en nuestro derecho, BASCUÑÁN ha manifestado que “[l]a pregunta ya no puede consistir en determinar, hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa

⁶⁵ BINDER, A. 2000. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc. pp. 327 y 328.

⁶⁶ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I, p. 309.

posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio⁶⁷.

En relación al art. 277 y el tema de este trabajo, destacamos que, en virtud del art. 261 del CPP, el querellante podrá ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación. En la audiencia de preparación de juicio oral el Juez de Garantía tendrá que optar entre admitir la prueba ofrecida, lo cual permitirá que sea rendida en el juicio oral, o excluirla por alguna de las causales del art. 276. Pero a diferencia del fiscal y al igual que el imputado, no tiene permitido apelar en caso de que se excluya de ser rendida en juicio prueba ofrecida por él bajo ninguna hipótesis.

3.2. Procedimiento ordinario

Con el objetivo de comprender cómo se entrelaza el inciso segundo del art. 277 con las demás reglas procedimentales contempladas en el CPP, a continuación, comentaremos brevemente el procedimiento ordinario regulado en el Libro II de dicho cuerpo legal. Nos centraremos en este procedimiento, precisamente, por su carácter de ordinario en materia penal, es decir, por corresponder su aplicación a la investigación y juzgamiento de todo hecho que revista caracteres de delito, salvo norma especial⁶⁸. Además, porque las reglas de este procedimiento deben aplicarse supletoriamente a todos los

⁶⁷ *Ibíd*em, p. 297. Citando a: BASCUÑÁN R., A. 2000. Los principios generales del nuevo procedimiento penal. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.10.

⁶⁸ MATURANA, C. y MONTERO R., *op. cit.*, Tomo I, p. 524.

procedimientos especiales en materia penal, regulados dentro o fuera del CPP, a no ser que exista norma especial en contrario⁶⁹.

Respecto a las fases que suelen contemplar los procedimientos penales, BINDER señala que:

“Normalmente, existen cinco fases principales. Una primera fase de investigación, preparación o instrucción, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o del juicio. Una segunda fase donde se critica o analiza el resultado de esa investigación. Una tercera etapa plena, principal, que es el juicio propiamente dicho. Una cuarta fase en la que se controla el resultado de ese juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación o recursos y, finalmente, una quinta fase en la que se ejecuta la sentencia que ha quedado firme. Éstas son, a grandes rasgos, las etapas principales en las que se divide cualquier proceso penal.”⁷⁰

En esta sección trataremos las tres primeras fases señaladas y que corresponden a las etapas que contempla el Libro II del CPP: la etapa de investigación, la preparación del juicio oral y el juicio oral. Los recursos previstos en el procedimiento penal serán analizados en la sección siguiente y la fase de ejecución no será tratada, por exceder el ámbito de la problemática que plantea el inciso segundo del art. 277 del CPP.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ BINDER, A., op. cit., p. 229.

Durante la primera etapa, la de investigación, pueden ocurrir, principalmente, cuatro tipos de actividades: actividades puras de investigación; decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento; anticipos de prueba y decisiones o autorizaciones respecto a actos que pueden afectar derechos del imputado o de terceros⁷¹. El primer tipo de actividad es de la esencia de esta etapa, pues la función principal de esta es “la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado”⁷². Variadas son las actividades que pueden considerarse del segundo tipo, entre ellas la decisión de archivar provisionalmente la investigación, la de ejercer la facultad de no iniciar la investigación, la de aplicar el principio de oportunidad, la de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la de adoptar acuerdos reparatorios, la de pedir el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa, la de no perseverar en el procedimiento y la de aplicar el procedimiento abreviado. En cuanto a la anticipación de prueba, esta consiste en la posibilidad excepcional de que testigo o perito sea interrogado y contrainterrogado en una audiencia citada al efecto y ante el Juez de Garantía⁷³ con el objeto de que dicha declaración sea incorporada al juicio oral de acuerdo al art. 331, letra a), del CPP, es decir, mediante la reproducción o lectura de los registros en los que constare. Los casos en los que se permite producir prueba anticipada están

⁷¹ *Ibidem*, p. 236.

⁷² HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., *op. cit.*, Tomo I, p. 444.

⁷³ *Ibidem*, p. 547.

regulados en los arts. 191, 191 bis, 192 y 280. Respecto al cuarto tipo de actividad, toda actuación del procedimiento que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos requerirá autorización judicial previa (art. 9) y, por otro lado, la adopción de medidas cautelares solo podrá hacerse por medio de una resolución judicial fundada (art. 122).

Es importante destacar que si bien el Ministerio Público, la policía y el Juzgado de Garantía tienen un rol protagónico en esta etapa, por ser el primero el encargado de dirigir la investigación, el segundo, el de realizarla materialmente y el tercero, el de controlar toda actividad que pueda afectar los derechos del imputado y de terceros; no es menos cierto que los demás sujetos procesales también pueden participar activamente en esta fase del procedimiento. Salvo excepciones, el imputado y su defensa, la víctima y el querellante están llamados a participar en prácticamente todas las actividades mencionadas anteriormente. A modo meramente ejemplar, todos los intervinientes pueden, por regla general, acceder a los registros y documentos de la investigación (art. 182); proponer diligencias investigativas al fiscal (art. 183); solicitar al tribunal la reapertura de la investigación en caso de que alguna de dichas diligencias propuestas hubiere sido rechazada por el Ministerio Público o respecto de ella este no se hubiere pronunciado (art. 257); participar en la discusión respecto de la suspensión condicional del procedimiento (art. 237) y, en general, tomar parte activa en toda audiencia que se lleve a cabo

ante el Juez de Garantía. Debe recordarse que los derechos reconocidos al imputado, incluyendo el derecho a ser defendido por un letrado, pueden hacerse valer “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, primera actuación definida en un sentido muy amplio por el art. 7 del CPP. De esta manera, existen amplias posibilidades de defensa para el imputado, incluso durante esta etapa. Por su parte, la víctima y el querellante también poseen la facultad de participar durante esta etapa para ejercer su rol de “control externo y contrapeso” respecto de las actuaciones del Ministerio Público y la policía⁷⁴.

Algunos de los hitos de esta etapa son su inicio, la formalización de la investigación y su conclusión. La fase de investigación puede iniciarse, de acuerdo al art. 172 del CPP, por tres vías: de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela. La formalización de la investigación es definida por el art. 229 del CPP como “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”. Este acto es de gran importancia, entre otras cosas, por ser requisito para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción de prueba anticipada y la resolución sobre medidas cautelares, salvo excepciones legales (art. 230, inciso segundo, del CPP). Por último, en cuanto al término de esta etapa, esta ocurrirá una vez que quede firme la resolución que decreta el sobreseimiento

⁷⁴ *Ibidem*, p. 291.

definitivo o temporal de la causa; se formula acusación o se comunica la decisión de no perseverar en el procedimiento. De las tres hipótesis de conclusivas, solo la formulación de la acusación, sea por el Ministerio Público (art. 248, letra c), del CPP), sea por el querellante, a través de la figura del forzamiento de la acusación (art. 258 del CPP), dará comienzo a la siguiente etapa: la preparación del juicio oral.

La etapa de preparación del juicio oral o etapa intermedia comienza con la acusación, la cual es "...el escrito que debe presentar oportunamente el fiscal ante el juez de garantía, señalando claramente los delitos y la participación que se atribuye al acusado por los cuales solicita la aplicación de una pena determinada, determinando en forma clara y precisa los medios de prueba que hará valer en el juicio oral"⁷⁵. Ante aquel acto, el Juzgado de Garantía ordenará que se notifique a todos los intervinientes y citará los mismos a la audiencia de preparación del juicio oral, la que constituye el hito central de esta etapa del procedimiento. Por último, dicha audiencia tendrá un resultado concreto denominado auto de apertura que consiste en "... la resolución jurisdiccional que cumple con los objetivos de la fase intermedia, pues delimita el objeto del juicio oral al fijar los hechos y circunstancias sobre los cuales aquél debe recaer, así como los medios de prueba ofrecidos para acreditar los mismos"⁷⁶.

⁷⁵ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, p. 682.

⁷⁶ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, p. 55.

Nos detendremos en aquellos objetivos de esta fase, especialmente los relacionados con la prueba que podrá ser rendida en el juicio oral.

Esta etapa tiene objetivos bien concretos. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro sistema esta fase no tiene por objeto evaluar la procedencia de que el imputado sea sometido a un juicio oral⁷⁷, pues el Juez de Garantía no tiene la facultad de analizar el mérito de la acusación, sino que solo controlar aspectos formales de la misma. En el ordenamiento jurídico chileno, entonces, esta etapa tiene las siguientes finalidades: determinar el objeto de la *litis*; depurar el procedimiento de vicios procesales; varias relacionadas con la prueba que deberá rendirse en el juicio oral y permitir los consensos o justicia consensuada⁷⁸. Por su relación directa con el tema central de esta memoria, aquellas finalidades relacionadas con la prueba son las que nos resultan más atingentes. Estas consisten "... en determinar el objeto de la prueba en el juicio oral y los medios de prueba que podrán ser usados en el mismo; establecer los hechos que deberán darse por probados en el juicio oral mediante las convenciones probatorias; y determinar los medios de prueba que no podrán ser utilizados por referirse a hechos impertinentes, ser nulos, ilícitamente obtenidos o ser reiterativos..."⁷⁹.

⁷⁷ TAVOLARI, R. 2005c. La audiencia de preparación del juicio oral. Revista de Derecho Procesal (20) p. 369.

⁷⁸ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, p. 680 y, en similares términos TAVOLARI, R. 2005. La audiencia de preparación del juicio oral. Revista de Derecho Procesal (20): 369-376. p. 372.

⁷⁹ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, p. 680.

Por lo tanto, a la luz de los objetivos planteados, el ofrecimiento de prueba por parte de los intervinientes, el debate acerca de la prueba ofrecida y la decisión del tribunal de excluir o no determinados medios de prueba son algunos de los aspectos más importantes de esta etapa del procedimiento. Los intervinientes llamados a participar en la audiencia de preparación del juicio oral deberán señalar los medios de prueba que pretendieren hacer valer en el juicio oral (arts. 259, letra f); 261, letra c) y 263, letra c)). Durante dicha audiencia “cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276”⁸⁰. Por su parte, el art. 276 establece las causales en virtud de las cuales el juez de garantía puede ordenar la exclusión de determinadas pruebas ofrecidas en los siguientes términos:

“Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente 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.

⁸⁰ Código Procesal Penal, Artículo 272.

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 desee 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.”

El inciso segundo del art. 277 del CPP establece que la única causal de exclusión de prueba que permite al Ministerio Público apelar el auto de apertura es la establecida en el inciso tercero del art. 276 del mismo cuerpo legal recién transcrito. Es decir, la exclusión de prueba es, en principio, una decisión inapelable, sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda apelar en caso de que la prueba haya sido excluida por provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o por haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

El inciso tercero del art. 276 del CPP es la principal manifestación de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de las muchas distinciones conceptuales que pueden hacerse en torno a la noción de prueba ilícita y afines, podemos señalar que, en lo fundamental, la prueba será de carácter ilícito si emana de la violación de garantías fundamentales ocurrida con ocasión de la actividad de investigación. En virtud de la mentada norma, el que una prueba haya sido obtenida de manera ilícita tiene como consecuencia su inadmisibilidad para ser rendida en el juicio oral. Los principales argumentos para defender la opción legislativa de restarle eficacia probatoria a este tipo de prueba son la falta de credibilidad de la cual pueden llegar a adolecer, la necesidad de que los tribunales mantengan su integridad al no basar sus decisiones en ellas y en la utilidad que presenta como mecanismo para disuadir a las instituciones y personas encargadas de llevar a cabo las investigaciones criminales de violar los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de estas últimas⁸¹. Por otro lado, es importante que el tribunal que resolverá la exclusión de pruebas calificadas de ilícitas sea el Juzgado de Garantía durante la etapa intermedia y no el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal durante el juicio, pues de esta forma se evita que los jueces de este último sean influenciados por aquellas⁸².

⁸¹ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 180 a 188.

⁸² MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, p. 897.

Esta norma contempla dos hipótesis diversas. En primer lugar, se refiere a “las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas”. Este pasaje de la ley ha originado varios problemas interpretativos. Respecto a lo que nos concierne, HORVITZ y LÓPEZ concluyen que el hecho de que el legislador, en virtud del art. 159 del CPP, haya restringido la aplicación de la sanción de nulidad procesal a las actuaciones o diligencias “judiciales”, ha tornado prácticamente inoperante esta hipótesis de prueba ilícita⁸³. En segundo lugar, la disposición en comento permite la exclusión de las pruebas “que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Se ha entendido que las garantías fundamentales aludidas en esta hipótesis son los derechos consagrados en la CPR y en los tratados internacionales⁸⁴.

Es de suma importancia señalar que la disposición en cuestión no distingue si la prueba ilícita es ofrecida por el imputado, el querellante o el Ministerio Público; en los tres casos la consecuencia debería ser la misma: su exclusión. HERNÁNDEZ⁸⁵ y HORVITZ y LÓPEZ⁸⁶ opinan en contrario, indicando que no es procedente que se excluya prueba de descargo ofrecida por el imputado. En la práctica, sin embargo, los Juzgados de Garantía no solo han declarado inadmisibles antecedentes probatorios ofrecidos por el Ministerio

⁸³ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 206 a 210.

⁸⁴ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, p. 897. Citando a: ZAPATA, F. 2004. La Prueba Ilícita. Santiago, Lexisnexis, pp. 35 y ss.

⁸⁵ HERNÁNDEZ, H. 2002. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Colección Investigaciones Jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado. pp. 64-65.

⁸⁶ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 215 y 216.

Público, sino que también han resuelto la exclusión de pruebas ofrecidas tanto por el imputado como por el querellante. Evidencias de esto último pueden encontrarse en las sentencias del Tribunal Constitucional que serán analizadas en el capítulo tercero de esta memoria. Justamente, el que todos los intervinientes tengan la posibilidad de ofrecer pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral y de sufrir la exclusión de las mismas por parte del Juez de Garantía, pero que solo el Ministerio Público tenga la facultad de apelar ante lo segundo abre el debate respecto de la constitucionalidad del inciso segundo del art. 277 del CPP.

La tercera etapa del procedimiento ordinario es el juicio oral. Durante esta, básicamente, el Ministerio Público y el querellante, si lo hubiere, presentarán su caso; el acusado formulará su defensa; se rendirán las pruebas ofrecidas en su oportunidad; los intervinientes efectuarán sus alegatos de clausura y el tribunal dará su veredicto, pudiendo diferir la redacción de la sentencia definitiva durante el plazo señalado en la ley⁸⁷. El juicio oral es la etapa central del procedimiento, porque “es allí donde se ‘resuelve’ o ‘redefine’, de un modo definitivo, -aunque revisable- el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal”⁸⁸.

Como se señaló, el auto de apertura dictado por el Juzgado de Garantía delimita el objeto del juicio oral, así como los medios de prueba que podrán ser

⁸⁷ MATURANA, C. y MONTERO R., op. cit., Tomo II, pp. 714 y 732 a 744.

⁸⁸ BINDER, A., p. 255.

rendidos. Por lo tanto, las decisiones de aquel tribunal sobre la admisibilidad o exclusión de las pruebas ofrecidas durante la etapa intermedia tendrán importantes repercusiones en el juicio oral y la sentencia. Respecto a las pruebas que hayan sido admitidas, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal deberá, en principio, permitir su rendición y valorarlas a la hora de formar su convicción. Sin perjuicio de ello, no hay consenso en la doctrina respecto a la facultad de este último para negarse a valorar prueba que estime ilícita. HERNÁNDEZ, basándose principalmente en la idea de que el inciso tercero del art. 276 del CPP es una verdadera prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, sostiene que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal tiene la facultad de omitir, para efectos de fundar la sentencia, la prueba que considere ilícita⁸⁹. Por su parte, HORVITZ y LÓPEZ rechazan la existencia de semejante facultad, argumentando que su aceptación provocaría efectos perniciosos en el sistema y que no tiene sustento normativo alguno⁹⁰. En cuanto a las pruebas que hayan sido excluidas por el juez de garantía, no podrán ser rendidas durante el juicio, por lo que tampoco podrán ser consideradas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

De esta sección pueden rescatarse dos conclusiones. En primer lugar, el inciso segundo del art. 277 del CPP se inserta en una serie de normas que de manera directa o indirecta se relacionan con el fenómeno de la prueba ilícita.

⁸⁹ HERNÁNDEZ, H. , op. cit., pp. 89 a 93.

⁹⁰ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, p. 199 a 204.

Durante la etapa de investigación se recabarán antecedentes probatorios vinculados con el hecho punible y la participación del imputado. En la audiencia de preparación del juicio oral los intervinientes deberán ofrecer aquellos antecedentes como medios de prueba para ser rendidos durante el juicio oral, ante lo cual se abrirá un debate respecto a su admisibilidad. Entonces, el Juzgado de Garantía tomará una decisión respecto de las pruebas que admitirá y de las que excluirá en base a alguna de las causales del art. 276 del CPP. Aquella decisión es, por regla general, inapelable. Sin embargo, cuando el tribunal haya resuelto la exclusión de pruebas ofrecidas por haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, el inciso segundo del art. 277 del CPP autoriza solamente al Ministerio Público a apelar el auto de apertura; no obstante las pruebas así excluidas pudieron haber sido ofrecidas por cualquiera de los intervinientes. La exclusión que se haga de las pruebas durante la etapa intermedia tendrá como consecuencia que estas no podrán ser rendidas y mucho menos valoradas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En cambio, aquellas pruebas admitidas y contenidas en el auto de apertura podrán ser rendidas durante el juicio oral y deberán ser valoradas por dicho tribunal, sin perjuicio de que se discute si este tiene la facultad de omitir la valoración de pruebas que considere ilícitas. En segundo lugar, se refuerza la idea plasmada en la sección anterior, pues se puede apreciar que la participación de cada uno de los intervinientes es de gran importancia durante todas las etapas del procedimiento.

3.3. Sistema de recursos

En esta sección nos referiremos a los recursos que pueden ser interpuestos por los intervinientes para impugnar las resoluciones dictadas por los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. Esto nos permitirá adentrarnos en la lógica de nuestro ordenamiento procesal penal en materia de recursos, lo cual será un factor a considerar a la hora de evaluar el inciso segundo del art. 277 del CPP. Sin embargo, solo nos referiremos a ciertos aspectos de orden general, pues adentrarnos demasiado en este tema podría desviarnos de la problemática central de esta memoria.

Comenzaremos señalando brevemente algunas de las bases sobre las cuales se erige el sistema de recursos contemplado en el CPP. Luego, pasaremos a revisar cada uno de los recursos que recursos regulados en aquel código.

El sistema procesal penal instaurado por la reforma, al estructurarse en torno a un juicio oral en el cual rige la inmediación, exigió un cambio radical en el régimen de recursos existentes en el antiguo procedimiento inquisitivo⁹¹. Este cambio puede verse, en primer lugar, en el paso de un régimen intenso de recursos a uno en el que el número de recursos disminuye, se favorece el control horizontal que efectúan los mismos intervinientes y se favorecen los recursos de derecho por sobre los que permiten al tribunal superior cambiar los

⁹¹CAROCCA, A. 2000. Recursos en el nuevo sistema procesal penal. En: CAROCCA, A. "et al". Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Conosur. p. 306.

hechos establecidos en las audiencias orales. En segundo lugar, en la desaparición de la doble instancia como objetivo del sistema de recursos, por lo que se limita fuertemente la procedencia del recurso de apelación y se elimina la consulta. En tercer lugar, en la adopción de la concepción del recurso como un medio de impugnación de las resoluciones judiciales a solicitud de la parte agraviada y el abandono de la noción del recurso como mecanismo jerárquico para corregir los errores de los tribunales inferiores⁹². Estos cambios son los que constituyen las bases del sistema de recursos actual.

El Libro Tercero del CPP tiene cuatro Títulos. El primero establece ciertas disposiciones generales aplicables a todos los recursos, el segundo regula el recurso de reposición, el tercero se refiere al recurso de apelación (en conjunto con el recurso de hecho) y el cuarto reglamenta el recurso de nulidad. Los comentaremos en ese mismo orden.

El Título I dispone, al menos, cuatro reglas generales que merecen ser mencionadas. En primer lugar, en su art. 352 indica que estarán facultados para recurrir en contra de las resoluciones judiciales, pero solo por los medios y en los casos establecidos en la ley, “el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas”. En segundo lugar, por su art. 355 se establece que la regla general en materia de efectos de los recursos es que la “interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión”, salvo excepciones

⁹² *Ibidem*, pp. 300 a 311.

expresamente manifestadas en la ley o si se tratare de la impugnación de una sentencia condenatoria. En tercer lugar, en virtud del art. 359, la posibilidad de producir prueba durante la tramitación de un recurso está doblemente limitada: solo en el recurso de nulidad y solo respecto de las circunstancias que constituyeren la causal de nulidad invocada. De esta manera, se corrobora lo antes dicho respecto de la inclinación del sistema por preferir recursos de derecho por sobre recursos en los cuales los tribunales superiores puedan modificar los hechos establecidos por el tribunal inferior. En cuarto lugar, el art. 361 señala que a los recursos deberán aplicarse las normas del Libro Tercero y, supletoriamente, las reglas del Título III del Libro Segundo del CPP, es decir, las referidas al Juicio Oral.

El recurso de reposición se define como “el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o deje sin efecto”⁹³. Por tanto, puede considerársele, junto con la discusión entre los intervinientes, una manifestación del control horizontal de las actuaciones judiciales, el cual es favorecido por el actual sistema procesal penal en oposición al control vertical realizado por los tribunales superiores. Así las cosas, este recurso procede contra las sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados por un Juzgado de Garantía o un Tribunal de Juicio Oral en lo

⁹³ MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2012. Los recursos procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 106.

Penal. En cuanto a su tramitación, el CPP distingue entre las resoluciones que son dictadas fuera de audiencia y las que son dictadas en audiencia. Respecto a las primeras, la reposición deberá interponerse dentro de tercero día y deberá ser fundado, ante lo cual el tribunal se pronunciará de plano, pero podrá oír a los demás intervinientes si se hubiere deducido en un asunto cuya complejidad así lo aconsejare. En relación a las segundas, el recurso deberá promoverse tan pronto se dictaren y sólo serán admisibles cuando no hubieren sido precedidas de debate; en estos casos, la tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo.

El recurso de apelación, al tenor del art. 186 del Código de Procedimiento Civil, puede conceptualizarse como aquel que tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior. Es, entonces, expresión del control vertical de las resoluciones que el nuevo sistema tiende a restringir. Como señala el mensaje del CPP:

“Los cambios más importantes que el proyecto propone se refieren a la apelación y a la consulta. Estos mecanismos de control no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación con la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la

sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación.”⁹⁴

En efecto, dicha incompatibilidad se manifiesta en el art. 370 del CPP al restringir de manera importante el recurso de apelación respecto de las resoluciones dictadas por los jueces de garantía. Dicha norma dispone que las resoluciones dictadas por los jueces de garantía son, por regla general, inapelables, salvo las que (a) pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y (b) en aquellos casos en que la ley lo señale expresamente. Ejemplo de esto último es el inciso segundo del art. 277 del CPP al facultar al Ministerio Público para apelar el auto de apertura por haberse excluido pruebas de acuerdo al art. 276, inciso tercero, del mismo código. Existen otras resoluciones dictadas por el juez de garantía que también son apelables por mención expresa del CPP, tales como las que declaran la inadmisibilidad o abandono de la querrela (arts. 115 y 120), las que se pronuncian sobre la suspensión condicional del procedimiento o la revocan (arts. 237 y 239), las que ordenan el sobreseimiento temporal o

⁹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia de la Ley N° 19.696 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>> [consulta: 28 de septiembre de 2013]. p. 30.

definitivo de la causa (art. 253) y la sentencia definitiva en procedimiento abreviado (art. 414), entre otras.

La regla es aún más restrictiva respecto de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, pues el art. 364 del CPP simplemente reza: “[s]erán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal”, sin establecer excepciones de ningún tipo. La historia de la ley deja de manifiesto que este punto fue muy discutido. El 1er. Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados concluyó que:

“Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado.

El recurso de apelación, en el sentido de un tribunal de segunda instancia que conoce con la misma amplitud de competencia y con la misma capacidad de modificación de la sentencia de los tribunales de

primera instancia, es un recurso propio del sistema inquisitivo y es completamente incompatible con el juicio oral.”⁹⁵

Además, por un lado, se sostuvo que siendo los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal colegiados, no se justificaba la existencia de un recurso de apelación que permitiera la revisión de la resolución impugnada, tanto en los hechos como el derecho y, por otro, se agregó que la alternativa de permitir la apelación efectuando una segunda audiencia de juicio oral similar a la anterior se descartó por su elevado costo⁹⁶.

Ante lo anterior, hubo voces que argumentaron que la improcedencia del recurso de apelación vulneraba el derecho al recurso contemplado en diversos instrumentos internacionales⁹⁷. Sin embargo, en definitiva, prevaleció la postura de los profesores RIEGO y TAVOLARI, quienes sostuvieron que el derecho al recurso no exigía que se contemplara un recurso de apelación amplio, sino que

⁹⁵ MATURANA, C. 2003. Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordancias. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III p. 57. Citando a: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 1998. Primer Informe, en Primer Trámite Constitucional, sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, párrafo “Recurso de apelación”.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 57 y 58. Citando a: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. 1998. Primer Informe, en Primer Trámite Constitucional, sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, párrafo “Recurso de apelación”.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 58 y 59. Citando a: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 1998. Primer informe sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, intervención del señor Mario Mosquera Ruiz en Sesión de Comisión del 23 de abril de 1998 y COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 1998. Segundo informe sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, Discusión Particular, Título III (Libro IV), Recurso de Apelación, intervención del señor Hugo Pereira Anabalón.

mandataba la existencia de algún recurso que permitiera la revisión de la sentencia condenatoria por parte de un tribunal superior, lo cual podía cumplirse con un recurso de casación abierto y no excesivamente formalista⁹⁸.

Respecto del recurso de hecho contemplado en el art. 369 del CPP, toca decir que es aquel que procede contra la resolución que deniegue el recurso de apelación, la que lo conceda siendo improcedente o lo otorgue con efectos no ajustados a derecho. Debe interponerse dentro de tercero día ante el tribunal de alzada.

Del tenor del art. 372 del CPP se desprende que el recurso de nulidad es aquel que “se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley”. En nuestro país, este recurso tiene tres características fundamentales: es de carácter extraordinario, pues su interposición requiere la satisfacción de alguna de las causales contempladas en la ley; se interpone ante el tribunal que dictó la resolución impugnada para ante el tribunal superior que corresponda y, por último, la revisión que podrá hacer dicho tribunal superior se restringe a las causales de nulidad invocadas y, en caso de acogerse el recurso, permiten la invalidación del juicio oral y la sentencia o solamente esta última, según corresponda⁹⁹. Se ha llegado a sostener que es a través de este recurso que el

⁹⁸ Ibídem, pp. 60 y 61. Citando a: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 1998. Discusión Particular; Título III (Libro IV), Recurso de Apelación, intervención de los señores Cristián Riego Ramírez y Raúl Tavalari Oliveros.

⁹⁹ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 402 y 403.

Estado de Chile observa el derecho al recurso contemplado en diversos tratados de Derechos Humanos¹⁰⁰, lo cual refleja la importancia de esta vía de impugnación para el sistema procesal penal.

Las finalidades que persigue la instauración de este recurso son múltiples. En primer lugar, asegurar el respeto de los derechos fundamentales durante la tramitación del procedimiento y en el pronunciamiento de la sentencia. En segundo lugar, controlar que las sentencias reflejen una acertada interpretación del derecho. En tercer lugar, permitir que la Corte Suprema pueda uniformar la interpretación del derecho. Estas finalidades pueden verse reflejadas en las causales que hacen procedente al recurso y en ciertos aspectos de su tramitación.

Las causales que permiten fundar un recurso de nulidad están contempladas en el art. 373 (causales genéricas) y 374 (motivos absolutos de nulidad). El art. 373, letra a), del CPP dispone que el juicio oral y la sentencia deberán anularse “[c]uando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...”. Por su parte, la letra b) del mismo artículo establece idéntica consecuencia “[c]uando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación

¹⁰⁰ CAROCCA, Á., op. cit., pp. 312 y 313.

del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Los motivos absolutos de nulidad del art. 374 del CPP son hipótesis en las que el legislador, *a priori*, considera que existe una infracción sustancial de derechos fundamentales, es decir, son “formas objetivadas” de la causal genérica del art. 373, letra a), del CPP¹⁰¹.

Cabe hacer notar que el art. 377 del CPP exige para que sea admisible el recurso de nulidad que el recurrente hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto, cuando la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regule el procedimiento. Sin perjuicio de las excepciones del inciso segundo, a saber, cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.

En cuanto al tribunal competente para conocer de este recurso, se señaló en su momento que debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución impugnada (*a quo*) para ante el tribunal superior (*ad quem*) que corresponda. El tribunal *ad quem* competente dependerá de la causal invocada para fundamentar el recurso. Son de competencia de la Corte de Apelaciones

¹⁰¹ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 416 y 417.

respectiva los recursos fundados en el art. 373, letra b) y en el art. art. 374¹⁰². En cambio, serán de competencia de la Corte Suprema aquellos recursos de nulidad fundados en el art. 373, letra a)¹⁰³. A la competencia del máximo tribunal recién señalada hay que añadir tres hipótesis más. En primer lugar, aquellos recursos que se fundaren en la causal prevista en el art. 373, letra b), cuando respecto de la materia de derecho objeto de estos existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores¹⁰⁴. En segundo lugar, los recursos que se fundaren en distintas causales y por aplicación de las reglas generales correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronunciará sobre todas¹⁰⁵. En tercer lugar, cuando se dedujeren distintos recursos de nulidad contra la misma sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema, entonces, ésta se pronunciará sobre todas al igual que en la hipótesis anterior.

En relación con el fallo del recurso de nulidad, señalaremos que, de acogerse, la regla general es que el tribunal *ad quem* declare la nulidad del juicio oral y la sentencia definitiva reclamados¹⁰⁶, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la

¹⁰² Código Procesal Penal, Artículo 376, inciso segundo.

¹⁰³ *Ibíd*em, inciso primero.

¹⁰⁴ *Ibíd*em, inciso tercero.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, inciso cuarto.

¹⁰⁶ *Ibíd*em, Artículo 384, inciso segundo.

realización de un nuevo juicio oral¹⁰⁷. Excepcionalmente, corresponderá declarar la nulidad solamente de la sentencia. En este último caso, el tribunal deberá dictar sentencia de nulidad y, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley. Esto ocurrirá si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere¹⁰⁸.

Por último, cabe referirse a dos puntos relevantes para el problema planteado en esta memoria. En primer lugar, debe tenerse presente que nada en el tenor literal de la ley permite entender que esta causal de nulidad solo se aplica para el caso de que sean las garantías fundamentales del imputado las que hayan sido infringidas. Es más, en la opinión de HORVITZ y LÓPEZ, incluso la infracción de las garantías fundamentales de terceros podría hacer aplicable esta causal de nulidad¹⁰⁹. En segundo lugar, existe jurisprudencia contradictoria respecto a la legitimidad activa del Ministerio Público (u otro organismo público en calidad de querellante) para interponer el recurso de nulidad invocando la causal en comento en base a la infracción de sus propios derechos constitucionales. La Corte Suprema se ha abierto a la posibilidad de

¹⁰⁷ *Ibíd*em, Artículo 386, inciso primero.

¹⁰⁸ *Ibíd*em, Artículo 385, inciso primero.

¹⁰⁹ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., *op. cit.*, Tomo II, p. 413.

que el Ministerio Público invoque una vulneración al debido proceso en, por ejemplo, las sentencias dictadas en las causas de roles 3666-2005, 4969-2002 y 1989-2002. En cambio, ha rechazado aquella posibilidad en otros fallos, tales como los pronunciados en las causas de roles 4011-2005, 2600-2004, 5654-2012 y 6831-2012. Por lo tanto, la facultad del Ministerio Público (o de cualquier otro ente estatal que intervenga en un proceso penal) para interponer el recurso de nulidad invocando el art. 373, letra a), del código del ramo en base a una infracción a sus propios derechos permanece en duda.

Para el objeto de esta memoria, es de especial interés comprender el sistema de recursos del CPP. La excepcionalidad del recurso de apelación y la viabilidad del recurso de nulidad para revisar la decisión de excluir prueba efectuada por el juez de garantía son temas recurrentes en los fallos del Tribunal Constitucional sobre la materia. Lo señalado en este acápite servirá de base para más adelante analizar las formas de controlar la decisión del juez de garantía de excluir pruebas durante la audiencia de preparación del juicio.

4. Historia fidedigna del art. 277 del CPP

Procederemos a comentar de manera somera la historia fidedigna del inciso segundo del artículo 277 del CPP con el objeto de comprender las razones detrás de la opción legislativa concreta que fue adoptada.

El artículo 277 del CPP, en su inciso segundo, reza:

“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público 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.”

El auto de apertura estaba tratado en el art. 385 del anteproyecto y en el art. 341 del proyecto enviado por la Cámara de Diputados al Senado tras el primero trámite constitucional. En ambos, el texto de su inciso segundo era idéntico: “[e]l auto de apertura del juicio no será susceptible de recurso alguno”. Solo al llegar al Senado, durante el segundo trámite constitucional, la disposición en cuestión fue problematizada. El 2do. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado deja plasmado el origen de la forma actual de la norma:

“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, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que puedan estimarse dilatorias,

porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior.

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

Por ello, acordó establecer un recurso a favor 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 las garantías fundamentales. De esta forma 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.

Acordó, además, que cada vez que el juez de garantía rechace una prueba ofrecida por las partes, deberá hacerlo fundadamente, para

facilitar su revisión por parte de otro tribunal en caso de ser procedente.”¹¹⁰

Puede interpretarse que, por un lado, se manifestó aquel sector de la cultura jurídica nacional que, como señala CAROCCA, no concibe que el actual sistema de recursos no ocupe un rol central ni acepta que la mayoría de las resoluciones judiciales no sean susceptibles de recursos por provenir de audiencias orales¹¹¹. Por otro, la Comisión comprendió la conveniencia de que fuera un tribunal distinto al que conocerá el juicio el que resuelva respecto de la admisibilidad de la prueba ofrecida y el riesgo de aumentar los plazos de tramitación de los juicios que implicaría un sistema de recursos demasiado amplio. Al parecer, la solución a la que se arribó tuvo por objeto conciliar los temores propios de la cultura jurídica ya referida con los principios de la reforma en materia de recursos, teniendo siempre en cuenta la necesidad de que los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal no tomaren conocimiento de pruebas obtenidas ilícitamente que, aunque formalmente excluidas, podrían afectar su decisión. Por lo demás, el que el recurso de nulidad pudiese ser interpuesto contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral también fue considerado a la hora de establecer el texto legal en su forma actual.

¹¹⁰ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO. 2000. Segundo, en Segundo Trámite Constitucional, sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Boletín 1630-07, párrafo referente al artículo 340. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia de la Ley N° 19.696 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>> [consulta: 28 de septiembre de 2013]. Pp. 1451 y 1452.

¹¹¹ CAROCCA, Á., op. cit., p. 307.

Por de pronto, queda de manifiesto que en la discusión parlamentaria no se consideró la asimetría generada entre el Ministerio Público y los demás intervinientes al facultar solamente al primero para apelar contra el auto de apertura cuando el juez de garantía haya ordenado la exclusión de antecedentes probatorios por la causal del art. 276, inciso tercero, del CPP.

En conclusión, la historia fidedigna de la disposición analizada permite extraer tres datos valiosos. En primer lugar, el legislador reafirmó su decisión de que fuese el Juez de Garantía y no el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el que decidiera sobre la exclusión de la prueba ofrecida. En segundo lugar, y en concordancia con la filosofía que fundamenta el régimen restrictivo de recursos del CPP, estimó que otorgar el recurso de apelación a todos los intervinientes ante cualquier exclusión prueba “podría significar la paralización del proceso”. En tercer lugar, consideró especialmente la posibilidad que le cabe a los intervinientes de interponer, ante la exclusión injustificada de pruebas, el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el ulterior juicio. Sin embargo, la historia de la ley no permite deducir si el legislador siquiera contempló como un problema la diferencia de trato entre el Ministerio Público y los demás intervinientes.

5. El art. 277 y las vías de controlar la decisión del Juez de Garantía de excluir prueba

En este acápite nos referiremos a las formas de control que pueden ser ejercidas por los intervinientes en relación a la decisión del Juzgado de Garantía de excluir prueba. Esto es relevante, pues permitirá evaluar las consecuencias de la diferencia que establece el legislador entre el Ministerio Público y el imputado y el querellante en cuanto a la facultad para apelar el auto de apertura. Dichas consecuencias, arrojarán luces respecto al equilibrio o desequilibrio entre los intervinientes que presenta el sistema procesal penal en este punto.

El control horizontal que efectúan los mismos intervinientes durante la audiencia es la primera forma de control que se aplica a la decisión en cuestión. Al ser la resolución que admite o excluye pruebas ofrecidas de aquellas que se pronuncian durante audiencias orales (la audiencia de preparación del juicio oral en este caso), el recurso de reposición procede en su contra solo si su pronunciamiento no hubiere sido precedido de un debate. La reposición deberá interponerse tan pronto se dictare la resolución, la tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo. Todo lo anterior, en virtud del art. 363 del CPP.

La resolución por la cual se admite o excluye prueba ofrecida no es de aquellas que producen algunos de los efectos del art. 370, letra a) del mentado código, por lo que, en principio, sería inapelable. Sin embargo, como ya vimos, el inciso segundo del art. 277 señala expresamente que faculta al Ministerio

Público para interponer el recurso de apelación contra el auto de apertura por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del art. 276. Esta facultad concedida al Ministerio Público merece varios comentarios.

En primer lugar, procede contra el auto de apertura y no contra la resolución misma que ordena la exclusión de prueba. Es dable suponer que el legislador optó por aquello para evitar que se tuvieran que tramitar múltiples apelaciones, una por cada orden de exclusión.

En segundo lugar, solo permite la apelación en caso de que exista una exclusión de pruebas que agravie al Ministerio Público y no en caso de que se admitan pruebas que produzcan el mismo efecto. Una explicación posible es que si al ente persecutor le excluyen prueba trascendente para su teoría del caso, al tener este la carga de la prueba, la tramitación del juicio oral pierde sentido. Tanto es así, que el año 2005, a través de la ley 20.074, se añadió un tercer inciso al art. 277 del CPP, el cual establece: “Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto”. Lo anterior es de toda lógica si se considera el enorme gasto que significa para el fisco la celebración de un juicio oral. En cambio, la admisión e incorporación al juicio de pruebas

impertinentes o inútiles solo provocará que el juicio se extienda un poco más que lo debido, pero no podrá influir sustantivamente en lo dispositivo del fallo. Ahora bien, si se admitiesen pruebas de carácter ilícito ofrecidas por el imputado parece posible, al menos teóricamente, que el Ministerio Público pudiese interponer el recurso de nulidad correspondiente. Sin embargo, esta última posibilidad resulta incierta, pues se ha cuestionado tanto la posibilidad de excluir por ilícita la prueba de descargo ofrecida por el imputado¹¹² como la legitimidad activa del Ministerio Público para interponer recursos de nulidad fundados en la infracción sustancial de garantías fundamentales¹¹³.

En tercer lugar, la apelación solo procederá cuando la causal de exclusión invocada por el juez de garantía sea la prevista en el inciso tercero del art. 276 del CPP. De la historia fidedigna de la ley puede interpretarse que el legislador, si bien optó por un régimen restringido de recursos, decidió en este punto llegar a una vía intermedia entre la improcedencia absoluta de recursos en contra del auto de apertura y la facultad general de apelar ante toda decisión del juez de garantía respecto a la admisibilidad de las pruebas ofrecidas. En consecuencia, la exclusión de antecedentes probatorios obtenidos con infracción de garantías fundamentales aparece como la causal de mayor importancia y que podría dar pie a discusiones más complejas, por lo que es

¹¹² En este sentido, HERNÁNDEZ, H., op. cit., pp. 64 y 65 y HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 215 y 216.

¹¹³ Ver, por ejemplo: Corte Suprema. Sentencia de 26 de octubre de 2005. Rol N° 4011-2005; Corte Suprema. Sentencia de 10 de octubre de 2012. Rol N° 5654-2012; y Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2012. Rol N° 6831-2012.

entendible que si tuviese que existir una causal cuya aplicación fuere controlada por un tribunal superior, sería esta. Ahora bien, es posible que prueba considerada de gran importancia por el Ministerio Público sea excluida por impertinente o inútil. Ante esta situación, surge nuevamente, al menos a nivel teórico, la posibilidad de que el Ministerio Público interponga un recurso de nulidad fundado en el art. 373, letra a), del CPP motivado en la vulneración al derecho a la prueba como parte integrante del debido proceso. Cabe reiterar lo incierto que resulta esta posibilidad dada la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema respecto la legitimidad activa del Ministerio Público para interponer recursos de nulidad fundados en la infracción sustancial de garantías fundamentales. En la práctica, estas circunstancias han derivado en que el ente persecutor alegue en ocasiones que, si bien formalmente la causal invocada por el juez de garantía para excluir la prueba de cargo sea su impertinencia o inutilidad, en el fondo la verdadera causal aplicada ha sido la del art. 276, inciso tercero, del CPP¹¹⁴.

En cuarto y último lugar, respecto al recurso de apelación que puede ser interpuesto por el Ministerio Público, es de notar que se debe conceder en ambos efectos. Si bien el efecto suspensivo de los recursos es la excepción en el CPP, en este caso se justifica completamente debido a la importancia de que los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal no tomen conocimiento de pruebas

¹¹⁴ Ver, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 2 de octubre de 2012. Rol N° 2551-2012; y Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 18 de febrero de 2013. Rol N° 259-2013.

obtenidas ilícitamente que, aunque pudiesen llegar a ser formalmente excluidas, podrían afectar su decisión. De esta manera, dar comienzo a un juicio oral cuyo auto de apertura podría ser modificado traicionaría el propósito de que el Juzgado de Garantía sirva como un “filtro” para que la prueba ilícita no “contamine” a los integrantes del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. La alternativa de invalidar lo avanzado en el juicio oral mientras el recurso esté siendo conocido por la Corte de Apelaciones respectiva y, en caso de acogerse, retrotraer el procedimiento al momento de la dictación del auto de apertura es una alternativa manifiestamente costosa y absurda.

El último mecanismo de control de la decisión de excluir prueba por parte del juez de garantía que comentaremos será el recurso de nulidad. La segunda parte del inciso segundo del art. 277 indica que la facultad de apelar entregada al Ministerio Público “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”. Respecto a la procedencia del recurso de nulidad ante la exclusión de pruebas, BOFILL comenta que “[e]s posible, por cierto, que en el cumplimiento de esta tarea [la de filtrar la prueba ofrecida durante la audiencia de preparación del juicio oral] el juez de garantía sea demasiado estricto, ‘filtre’ en exceso, y, eventualmente, ello se pueda

traducir en la nulidad de un juicio, el que deberá ser repetido...”¹¹⁵. En efecto, si entendemos el derecho a la prueba como un aspecto integrante del debido proceso, entonces, es dable sostener que la exclusión de determinadas pruebas podría configurar la causal de nulidad establecida en el art. 373, letra a). Ahora bien, no toda infracción de garantías -y, por tanto, no toda exclusión de pruebas- hace procedente la nulidad del juicio oral y la sentencia. Para que se configure aquella causal debe existir una infracción de derechos fundamentales que sea de carácter sustancial, es decir, debe comprometer aspectos esenciales de la garantía infringida y, además, requiere haber influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia¹¹⁶. En consecuencia, la exclusión infundada de antecedentes probatorios que pongan al interviniente agraviado en una situación de indefensión por haber reducido de manera importante sus posibilidades de obtener una decisión favorable hará procedente el recurso de nulidad.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 15 de noviembre de 2011 en la causa rol 8637-2011 es decidora. El condenado interpuso recurso de nulidad fundado en la causal del art. 373, letra a), del CPP por haberse excluido durante la audiencia de preparación del juicio oral la declaración de un perito que estimaba trascendental para su teoría del caso, lo cual significó una vulneración de su derecho a presentar prueba de descargo

¹¹⁵ BOFILL, J. 2000. Preparación del juicio oral y juicio oral. En: Seminario Las reformas del proceso penal, organizado por el Colegio de Abogados de Chile y realizado el 11 y 12 de octubre del 2000. Santiago de Chile. p.80.

¹¹⁶ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo II, pp. 414 a 416.

como variante del debido proceso. El tribunal estuvo de acuerdo en que el juez de garantía, al resolver la exclusión del antecedente en cuestión, vulneró aquel derecho fundamental ¹¹⁷ y, por tanto, resolvió acoger el recurso. En el considerando vigésimo tercero desarrolló su argumentación al siguiente tenor:

“Que, en este escenario, el acusado (...) fue puesto en una posición evidentemente desventajosa, afectando su derecho al debido proceso, ya que con la irregular exclusión ya anotada de su prueba ofrecida, experimentó el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal, con quebranto de las normas relativas a la garantía ya aludida, consagrada en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la Carta Fundamental, por lo que es forzoso concluir que la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal aparece revestida de la relevancia necesaria para acoger el recurso, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y del dictamen impugnado, por ser esta la única vía que permite legalmente la realización de un nueva audiencia de preparación de un nuevo juicio oral, en el que se respeten las reglas del debido proceso y se resguarden adecuadamente las garantías de los contendientes.”¹¹⁸

Debe advertirse que el texto del art. 373, letra a), del CPP anterior a la reforma introducida por la ley 20.074 de 2005 dio pie a discusiones doctrinarias

¹¹⁷ Corte Suprema. Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Rol N° 8637-2011, considerando 17°.

¹¹⁸ *Ibidem*, considerando 23°.

y fallos vacilantes de la Corte Suprema respecto a la procedencia del recurso de nulidad por esta causal motivado en infracciones a garantías fundamentales acaecidas en etapas anteriores a la del juicio oral. El antiguo texto de la disposición en cuestión indicaba que procedería la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia “[c]uando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...” (el destacado es nuestro). La mentada reforma sustituyó la frase “la tramitación del juicio” por “cualquier etapa del procedimiento”, dándole a la norma su forma actual. Como queda de manifiesto en la historia de la ley, esta reforma “...obedece al imperativo de rectificar una interpretación extremadamente restringida que hace la Corte Suprema del artículo 373, porque considera que la expresión “tramitación del juicio” se refiere única y exclusivamente al juicio oral, en circunstancias que en las etapas previas pueden ocurrir vicios o situaciones graves que redunden en la forma en que se desarrollará el juicio oral”¹¹⁹.

En síntesis, la facultad de apelar el auto de apertura que otorga el art. 277 del CPP al Ministerio Público es una de las tres vías las vías que contempla el CPP para controlar la decisión del Juez de Garantía de excluir prueba. Estas

¹¹⁹ COMISIÓN MIXTA. 2005. Informe recaído en el proyecto de ley que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la Reforma Procesal Penal, Boletín 3465-07. Debate en torno a las discrepancias entre las Cámaras y acuerdos alcanzados, Artículo 1º, N° 49. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2005. Historia de la ley N° 20.074 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos legales/10221.3/480/1/HL20074.pdf>> [consulta: 28 de junio de 2014]. p. 681.

tres vías son, primero, el control horizontal que efectúan los mismos intervinientes durante la audiencia de preparación del juicio. Segundo, el recurso de apelación, pero solo cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276 del CPP. Tercero, el recurso de nulidad fundado en la causal del art. 373, letra a), del CPP; siempre y cuando dicha exclusión haya significado una vulneración, con efectos trascendentes en lo dispositivo del fallo, del derecho al debido proceso del recurrente. Este es el contexto normativo en el cual debe ser evaluada la constitucionalidad del precepto en análisis.

CAPÍTULO II. ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Introducción

El objetivo de este capítulo es exponer y analizar los estándares en materia de derechos humanos desarrollados en los sistemas de protección internacional, que sean relevantes para evaluar la disposición del artículo 277 del Código Procesal Penal (CPP) y las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que se refieren a su constitucionalidad. En otras palabras, este capítulo pretende establecer un conjunto de parámetros normativos derivados del DIDH con el fin de evaluar luego el artículo en cuestión y las sentencias del TC.

Para esto, estudiaremos las fuentes de derecho internacional en materia de derechos humanos que son aplicables a Chile, dado que solo las obligaciones que estas imponen vinculan a nuestro Estado. Principalmente, nos enfocaremos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ya que ambos han sido suscritos y ratificados por Chile, y consagran las normas relevantes para nuestro objetivo. Asimismo, pondremos especial atención en la interpretación que han hecho de estos tratados los órganos

creados para controlar su cumplimiento, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o simplemente la Corte), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y el Comité de Derechos Humanos. En razón de su importancia para Chile y la naturaleza jurisdiccional de sus decisiones, nos enfocaremos principalmente en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, a lo largo de este capítulo nos encontraremos con ciertas materias que no han sido desarrolladas de forma suficiente o sistemática por los órganos de protección recién citados, por lo que tendremos que echar mano a la doctrina que sí lo ha hecho y, especialmente, a la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Tribunal TDH). Esta última fuente es especialmente relevante para el propósito de este trabajo ya que dicho tribunal resuelve a partir de normas muy similares a las consagradas en la CADH y el PIDCP, y porque su jurisprudencia ha sido una gran influencia para el trabajo posterior de la Corte IDH.

En cuanto al contenido de estos estándares, como ya señalamos, únicamente nos enfocaremos en los que son relevantes para el ejercicio evaluativo que se propone este trabajo. De acuerdo con esta consideración, dividiremos este capítulo en dos partes, cada una de las cuales se hará cargo de un derecho.

La primera parte se referirá al derecho o principio de igualdad y, especialmente, tratará sobre el derecho o mandato de no discriminación. En la segunda parte trataremos acerca del derecho al debido proceso y se dividirá a su vez en dos secciones. En la primera analizaremos las garantías que integran el derecho a defensa relevantes para este estudio; y en la segunda, nos enfocaremos en los titulares de este derecho, específicamente intentaremos dar una respuesta a la pregunta sobre si las víctimas de delitos son titulares de las garantías que componen el derecho al debido proceso.

2. Principio de igualdad y no discriminación

2.1. Introducción

Las preguntas y dilemas que suscita el principio de igualdad han acompañado el desarrollo intelectual y político de occidente y han concitado la atención no solo del derecho, sino también de la filosofía, la ciencia política, la sociología, entre otras disciplinas¹²⁰. Esto ha llevado a que hoy en día tengamos un profuso debate y una frondosa literatura en torno a esta temática. Por lo mismo, resulta necesario delimitar el marco a partir del cual abordaremos el principio en cuestión.

En este capítulo trataremos el principio de igualdad desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dado el problema sobre

¹²⁰ PALACIOS, P. 2007. La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Santiago, LOM. p. 25.

el cual trata este estudio, nos enfocaremos, en particular, en el mandato de no discriminación¹²¹, ya que a través de su estudio podremos luego evaluar el artículo 277 del CPP y las sentencia del TC que se refieren a su constitucionalidad. Sin embargo, antes de analizar tal mandato, nos referiremos a los diferentes ámbitos de aplicación del principio de igualdad y someramente al fundamento sobre el cual descansa.

Al tratar sobre el principio de no discriminación, nos enfocaremos principalmente en los criterios que permiten distinguir entre las medidas discriminatorias y las que no lo son. Para esto, necesariamente deberemos basarnos en la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, ya que los tratados no resuelven este problema. Finalmente, explicaremos brevemente en qué casos las herramientas que permiten examinar la legitimidad de una diferenciación deben aplicarse de forma más rigurosa o exigente.

2.2. Ámbitos de aplicación y fundamento del principio de igualdad

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es incomprensible si no es a la luz del principio de igualdad. La noción misma de derechos humanos se sostiene sobre la base de atribuir a todos los seres humanos por igual una dignidad que los hace titulares de tales derechos. Dado este carácter fundamental, el principio de igualdad ha sido recogido virtualmente por todas las

¹²¹ Utilizaremos indistintamente los términos mandato y principio para referirnos a la norma de no discriminación.

declaraciones y convenciones de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹²².

La CADH y el PIDCP no son una excepción. Ambos tratados consagran el principio de igualdad, distinguiendo dos ámbitos de aplicación: un ámbito “subordinado” y un ámbito “autónomo”. El ámbito subordinado de aplicación se refiere al principio de igualdad únicamente en el contexto de los derechos y libertades contemplados en los respectivos tratados internacionales¹²³. Así, por ejemplo, está consagrado en el artículo 1 de la CADH:

“1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El PIDCP establece el principio de igualdad en su ámbito subordinado en el artículo 2:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su

¹²² *Ibíd*em, p. 25-26. Declaración Universal de Derechos Humanos. Doc. ONU A/810 en 71 (10 de diciembre de 1948).

¹²³ BAYEFKY, A. 1990. The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, pp. 1-33. [Versión traducida por el Centro de Derechos Humanos].

territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte, el ámbito “autónomo” de aplicación garantiza a la igualdad en sí misma y no meramente en el contexto de una amenaza a algún derecho o libertad consagrado en el tratado respectivo. En este ámbito, la igualdad es un derecho autónomo, independiente de los otros, que prohíbe la discriminación en cualquier esfera sujeta a la normatividad y protección de las autoridades públicas¹²⁴. La igualdad como derecho autónomo está establecida en el artículo 24 de la CADH:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

En el PIDCP es el artículo 26 el que establece este derecho:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier

¹²⁴ Ídem.

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El amplio campo sobre el cual se extiende el principio de igualdad es reflejo de su carácter prioritario. Desde esta perspectiva, la igualdad no es un derecho más, sino que es un régimen que afecta a todos los demás derechos y determina la forma en que los órganos del Estado deben tratar a las personas¹²⁵.

Tal carácter prioritario está en directa relación con la idea de dignidad humana, la cual sirve de fundamento al principio de igualdad y a todos los derechos humanos¹²⁶. Así lo declaró la Corte IDH en su segunda opinión consultiva:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí

¹²⁵ Para DWORKIN el derecho a la igualdad tiene un carácter esencial, axiomático, que sirve de fundamento y establece el régimen que afecta a los otros derechos fundamentales. que lo distingue de los otros derechos humanos. DWOKIN, R. 1987. Los Derechos en Serio. 2ª edición. Barcelona, Ariel. Véase especialmente el capítulo VI.

¹²⁶ Ídem.

se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.”¹²⁷

El tono iusnaturalista de este párrafo no debe confundirnos a la hora de interpretar la naturaleza de este principio. No cabe duda que el principio de igualdad es una aseveración normativa, es decir, una declaración que se refiere al deber ser, y no al ser, como podría interpretarse del párrafo de la Corte recién citado. Cuando la Corte señala que la noción de igualdad “es inseparable de la dignidad esencial de la persona” no está expresando una constatación sobre cómo es el mundo, sino una idea normativa según la cual todas las personas poseen por igual una dignidad que obliga a brindarles el mismo respeto y consideración¹²⁸.

La dignidad esencial que se imputa a cada persona por igual es incompatible, como dice la Corte IDH, con situaciones en las que un grupo, que se considera superior, esté en una posición de privilegio con respecto a otro grupo, que se considera inferior. Justamente a esto apunta el principio de igualdad, a que todas las personas sean tratadas con el mismo respeto y consideración.

2.3. No discriminación

¹²⁷ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55

¹²⁸ Esta es la formulación de DWORKIN para dotar de contenido al derecho a la igualdad. Según DWORKIN el derecho a igual tratamiento es derivado del derecho a ser tratado como un igual, el cual consiste en ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. DWORKIN, R., pp. cit., p. 332.

Un problema que ha dividido a algunos autores es la relación entre el principio de igualdad y el principio o mandato de no discriminación. Para La Corte IDH los principios de igualdad y no discriminación representan las dos caras de una misma moneda. La igualdad sería la cara positiva, el principio que determina lo que debe hacerse, y la no discriminación la cara negativa, el principio que establece lo que debe evitarse¹²⁹. Para otros, el principio de no discriminación es una suerte de garantía –tiene un carácter instrumental- del principio de igualdad¹³⁰. Nosotros, en cambio, sostenemos que la relación entre ambos principio puede observarse mejor entendiendo a la discriminación como una forma, entre otras, de afectar el principio de igualdad. Es posible considerar a la igualdad como un principio a partir del cual se pueden derivar más de un mandato¹³¹. Dentro de los diversos mandatos, el tradicional, ligado a la visión clásica de los derechos humanos, es el mandato de no discriminación. A este principio generalmente se lo entiende como igualdad de *iure* o igualdad formal, para diferenciarlo de la idea de igualdad sustantiva o de *facto*, ligada a una

¹²⁹ *Ibídem*, voto separado del juez Piza Escalante, párr. 10. Sin embargo, la Corte también ha interpretado el principio de igualdad desde una perspectiva estructural. En el mismo sentido: BAYEFISKY, A., op. cit., p. 20

¹³⁰ ESPEJO, N. 2000. La interpretación amplia de la no discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público. *En*: Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales. Santiago, Universidad Diego Portales.

¹³¹ En esto seguimos a SABA, R. 2012. Pobreza, Derecho y Desigualdad Estructural. *En*: Colección Equidad de género y democracia. México, SCJN-TEPJF-IEDF. pp. 13-18.

compresión del principio de igualdad desde un enfoque estructural¹³². A esta última podríamos considerarla como otro mandato, con características propias y complementario del principio de no discriminación, que es posible extraer del principio de igualdad.

Como señalábamos, generalmente se entiende al principio de no discriminación como una exigencia formal, que tiene su expresión canónica en la máxima aristotélica “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. En otras palabras, este mandato exige que todos los que se encuentran en las mismas condiciones sean tratados como iguales y, por consiguiente, a los que se encuentran en condiciones distintas de forma desigual. Hasta acá, este principio apunta a la forma lógica de las normas: éstas deben ser normas universales condicionadas. Esto es, las normas deben distinguir a partir de características que permitan identificar y homologar a grupos de personas, sin hacer referencia a particulares o individuos. Pero este requisito, necesario, no es suficiente, pues si solo nos guiáramos por él entenderíamos como legítimas normas evidentemente discriminatorias¹³³. Por esta razón, es necesario agregar una exigencia dirigida hacia el contenido de las normas¹³⁴.

¹³² Para entender la idea de igualdad estructural y su relación con el principio de no discriminación, véase SABA, R. 2011. (Des)Igualdad estructural. Derecho y Humanidades, N° 11.

¹³³ Piénsese en las leyes de alemanas de Nuerembeg de 1935, que establecían un estatuto especial para los judíos.

¹³⁴ ALEXY, R. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. pp. 386 y ss.

Nunca dos situaciones vitales son completamente idénticas –también podríamos agregar, completamente distintas-, por lo cual las igualdades y desigualdades son siempre parciales. Para saber cuándo una decisión estatal, al considerar una igualdad o desigualdad parcial como criterio para efectuar un tratamiento desigual, está vulnerando el principio de no discriminación, necesariamente debemos asumir un criterio valorativo. Y por regla general, este problema de valoración que inevitablemente debe recaer en los juicios de igualdad se soluciona apelando al concepto de arbitrariedad. Es esta noción la que permite distinguir a una diferencia legítima de una ilegítima.

Para dotar de contenido a dicha noción –es decir, para saber qué exige el principio de no discriminación- necesariamente debemos dirigir nuestra mirada a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, dado que las convenciones internacionales no resuelven este problema. El primer órgano de derechos humanos que desarrolló esta materia fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina sirvió de guía para la posterior jurisprudencia de la Corte IDH. Para conocer el contenido del mandato de no discriminación, el TEDH entendió que debíamos responder a la pregunta ¿qué condiciones debe reunir un trato diferente para ser legítimo? En este sentido, el tribunal comienza precisando que no todo tratamiento desigual es contrario al derecho a la igualdad.

“A pesar de la formulación muy general de su versión francesa “*sans distinction aucune*” (sin distinción alguna), el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe leerse a la luz del texto, más restringido, de la versión inglesa “*without discrimination*” (sin discriminación). Además, y sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, al interpretación extensiva arriba citada no puede adoptarse.”¹³⁵

Luego de reconocer la diferencia que separa a una distinción (legítima de acuerdo al principio de igualdad) de una discriminación (ilegítima de acuerdo al mismo principio), el TEDH emprende la tarea necesaria de fijar los criterios que

¹³⁵ Tribunal EDH. Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium (fondo). Sentencia de 23 de Julio de 1968, párr. 10.

permiten hacer tal diferencia. Para el Tribunal lo que determina la legitimidad de la diferencia es su carácter de objetiva y razonable:

“Importan, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidos, contraviene o no el artículo 14. A este respecto, el Tribunal, siguiendo a este respecto los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, considera que la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en una sociedad democrática. Una diferencia de trato en el ejercicio de uno de los derechos consagrados por la Convenio no solo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.”¹³⁶

Así, de acuerdo al TEDH, son dos los criterios que nos permiten identificar una distinción legítima: su objetividad y razonabilidad. Estos criterios apuntan, en primer lugar, a la finalidad que se persigue con la medida, y en

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 11

segundo lugar, al medio utilizado para lograr dicha finalidad. Reconstruyendo el argumento, podemos decir que la medida para ser legítima debe ser objetiva, esto es, la distinción no debe obedecer a apreciaciones que varían de sujeto a sujeto o, en otras palabras, los motivos de distinción (la categoría o clase a partir de la cual se diferencia) no deben ser de naturaleza tal que su contenido dependa de inclinaciones personales.

La razonabilidad, por su parte, apunta en dos direcciones. Primero, a la finalidad de la medida. De acuerdo con esta exigencia, la diferenciación que establece la medida debe perseguir un fin legítimo, entendiendo que cumplen con este requisito los objetivos que se establecen como legítimos en los tratados internacionales de derechos humanos. Generalmente estos son el interés de la seguridad nacional, el orden público, la protección de la salud o moral pública, o los derechos y libertades de los otros¹³⁷. Y segundo, a la relación entre el medio y el fin. Para que la medida sea razonable, la distinción que utiliza debe ser adecuada y necesaria para lograr el fin perseguido (ya veremos qué significan estos elementos), y además, el sacrificio que potencialmente puede significar la medida deben ser ponderado con los beneficios que se logran con su implementación.

¹³⁷ NASH, C. 2009. La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes. En: NASH, C. y MUJICA, I. (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Lima, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria, p. 69.

La Corte IDH, como señalamos anteriormente, ha seguido en estas materias a la jurisprudencia del TEDH. En la opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, la Corte IDH señaló:

“En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable (...). La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas (...) una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho (...) no sólo debe buscar un fin legítimo (...) el art. 24 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo (...) no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente (...). De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una

fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”¹³⁸

Como puede apreciarse, ambas cortes se basan en criterios que apuntan a la legitimidad del fin y la funcionalidad del medio para dotar de contenido al principio de no discriminación ¹³⁹. Suponiendo que el fin es legítimo, es necesario averiguar si el medio elegido es apto para alcanzar el fin buscado y si la medida en cuestión cumple con el principio de proporcionalidad. En esto se resume el razonamiento que permite separar a las medidas discriminatorias de las distinciones legítimas.

Finalmente, nos queda por desentrañar cuál es el contenido de la exigencia de proporcionalidad que se le impone a la distinción para considerarla legítima. De acuerdo con BERNAL, esta evaluación es idéntica a la que utilizan el TEDH y la Corte IDH –en algunas de sus sentencias- para apreciar la

¹³⁸ Corte IDH. Sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párrs. 82-96.

¹³⁹ SABA, R. 2012., op. cit. p. 30. Para este autor este principio no logra tomar en cuenta nuestras consideraciones en torno a las exigencias que impone la idea de igualdad, pues pasa por alto las situaciones de *hecho* que afectan a “aquellas personas que forman parte de ciertos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria o de calidad superior, o de los servicios públicos más básicos por el solo hecho de ser miembros de ese grupo”

legitimidad de las restricciones de derechos¹⁴⁰. Es decir, para evaluar una distinción debemos aplicar los tres sub-principios que componen el principio de proporcionalidad: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente tal¹⁴¹.

De conformidad con el sub-principio de idoneidad la medida debe ser adecuada o conducente para contribuir a alcanzar un fin legítimo¹⁴². Esto supone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar la consecución del fin. En términos negativos, la medida no será idónea cuando no contribuya de ningún modo a alcanzar el fin propuesto.

El sub-principio de necesidad, por su parte, exige que la medida adoptada sea la más benigna con el derecho en cuestión (derecho de igualdad en este caso), entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin propuesto¹⁴³. Así, de acuerdo con

¹⁴⁰ BERNAL, C. 2011. El Principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad. En: CLÉRICO, L. y BEADE, G. (Eds). Desafíos a la Ponderación. Colombia, Universidad de Externado.

¹⁴¹ En el caso Kimel vs. Argentina la Corte IDH hizo un examen de este tipo al evaluar la legitimidad de una ley que penalizaba las injurias y calumnias: "Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la **legalidad** estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces **sirve una finalidad legítima** de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la **idoneidad** de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la **necesidad** de tal medida, y iv) analizará la estricta **proporcionalidad** de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión". Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 58.

¹⁴² BERNAL, C. 2003. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 717.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 734.

esta exigencia, los medios alternativos deben ser examinados en dos planos: en primer lugar, si revisten al menos el mismo grado de idoneidad que la medida en cuestión para alcanzar el objetivo de esta última; y, en segundo lugar, si afectan negativamente el derecho fundamental (derecho de igualdad) en un grado menor o mayor¹⁴⁴. En el caso de que alguna alternativa logre al menos el mismo grado de idoneidad y afecte en menor medida el derecho fundamental, no será legítima la medida examinada.

Por último, el sub-principio de proporcionalidad propiamente tal exige que el beneficio o ventaja que se obtiene con la medida compense los sacrificios que esta supone. Es decir, se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental (derecho de igualdad) y la importancia de la realización del fin de la distinción¹⁴⁵. Como ha señalado la Corte IDH: “En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.”¹⁴⁶

En conclusión, para averiguar si una distinción es legítima o discriminatoria debemos seguir una serie de pasos. Primero debemos averiguar si el fin que persigue la medida es legítimo. Segundo, analizar si el medio y la distinción elegida son adecuados y necesarios para lograr tal fin. Y tercero,

¹⁴⁴ *Ibíd*em, p. 735.

¹⁴⁵ *Ibíd*em, p. 758.

¹⁴⁶ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina., op. cit., párr. 83.

ponderar los sacrificios y ventajas que implica la medida en cuestión. Sobre la relación entre medio y fin, es importante reconocer que los niveles de ajuste son muy variables y que el ejercicio de ponderación entre los bienes en juego admite un margen de discrecionalidad. En general, la doctrina está de acuerdo que en situaciones normales los niveles de ajuste que se exigen son básicos y que el poder público –en tanto legitimado democráticamente- tiene un margen de discrecionalidad a la hora de ponderar los diversos bienes en juego¹⁴⁷. En el apartado siguiente nos detendremos brevemente a explicar en qué situaciones los niveles de exigencia son superiores al normal.

2.4. Categorías sospechosas y ámbitos de aplicación

Finalmente, es necesario hacer algunos comentarios sobre los motivos de distinción y los ámbitos de aplicación. Implícitamente, hemos señalado que el principio de no discriminación no compara entre individuos sino entre categorías de individuo. Esto quiere decir que la medida que se analiza bajo el principio de no discriminación, aunque se haga en el contexto de un caso individual, debe distinguir, directa o indirectamente, de acuerdo a propiedades presentes en individuos que permitan clasificarlos y compararlos. Estas propiedades o motivos de distinción pueden ser infinitos. Pueden hacer referencia a conductas (como el código penal), a capacidades o habilidades

¹⁴⁷ Bernal, C. 2003., op. cit. p. 802.

(por ejemplo la licencia de conducir se otorga a quienes posean una habilidad y un saber específicos) o a rasgos físico o de personalidad¹⁴⁸.

Sobre la infinidad de categorías posibles, la doctrina actual entiende que no son todas iguales o tienen la misma relevancia para el derecho. De acuerdo con la postura dominante en el DIDH, existen ciertas categorías respecto de las cuales se exige un estándar más alto para justificar una distinción en base a ellas. Tales motivos de diferenciación se denominan generalmente como “categorías sospechosas”¹⁴⁹. Se les otorga este nombre a las categorías que históricamente han servido de base para hacer distinciones arbitrarias, fundadas en prejuicios. Son ejemplos de categorías sospechosas: la raza, la nacionalidad, el sexo y la condición económica¹⁵⁰.

La idea de categoría sospechosa es relevante ya que, como dice DULITZKY, “todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez en un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad”¹⁵¹. Esto quiere decir que el ajuste entre el fin y el medio (el criterio de distinción), como señalamos anteriormente, no es un

¹⁴⁸ SABA, R. 2012., op. cit. p. 33.

¹⁴⁹ BAYEFSKY, A., op. cit. pp. 18-23

¹⁵⁰ Esta es una materia abierta y dinámica, por ejemplo la Corte IDH en el caso Atala señaló que la orientación sexual y la identidad de género son categorías sospechosas. Corte IDH. Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

¹⁵¹ DULITZKY, A. 2007. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, N° 3. p. 20.

asunto de todo o nada, sino una cuestión de grados. Así, cuando se distingue en base a una categoría sospechosa se requiere un mayor grado de ajuste entre medio y fin y una ponderación más exigente entre los bienes en juego.

Por último, es importante notar que el derecho o principio de igualdad es fundamentalmente de carácter adjetivo. La igualdad o desigualdad se predica siempre de algo, y este referente es relevante a la hora de realizar el juicio de legitimidad de las distinciones. La Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que, además de las categorías sospechosas, el hecho de que la diferencia de trato se refiera al ejercicio o goce de un derecho o libertad fundamental debe implicar que el control de la medida sea más exigente¹⁵². Es decir, volviendo a la diferencia que establecimos al comienzo de este apartado, entre ámbito subordinado y autónomo de aplicación, podríamos decir que en el ámbito subordinado de aplicación del principio de igualdad –aquel que se refiere a los derechos consagrados en los tratados internacionales- se exigiría un plus de fundamentación de la objetividad y razonabilidad de la diferenciación.

2.5. Conclusión

Para efectos de esta memoria entenderemos que el derecho de igualdad como no discriminación exige que las distinciones que efectúe el Estado sean objetivas y razonables. Que sean objetivas quiere decir que los motivos de distinción no deben ser de naturaleza tal que su contenido varié de acuerdo a la

¹⁵² SABA, R. 2012., op. cit. p. 23.

apreciación de diferentes sujetos. Y por otro lado, que una distinción sea razonable implica que persigue un fin legítimo a través de un medio adecuado, necesario y proporcional.

3. Derecho al Debido Proceso

Los problemas que origina el artículo 277 del CPP y las sentencias del TC que se refieren a su constitucionalidad, en torno a los cuales gira nuestro estudio, tienen una clara naturaleza procesal. La distribución de derecho y facultades en el proceso penal entre sus diversos intervinientes, se analizan y evalúan desde los fines que busca realizar dicho proceso. Uno de los fines del proceso penal, como explicamos en el primer capítulo, es la justicia formal. Lo que llamamos justicia formal se refiere a las condiciones básicas que deben cumplir los procesos para que sus resultados puedan ser calificados de justos. Al conjunto de tales condiciones, adoptando el lenguaje del DIDH, las llamaremos debido proceso legal¹⁵³.

Todos los tratados generales de derechos humanos establecen el derecho al debido proceso. Así, por ejemplo, este se consagra en el artículo 8 de la CADH, en el artículo 14 del PIDCP y en el artículo 6 CEDH. De acuerdo a la Corte IDH, el derecho al debido proceso es un derecho complejo integrado por “el conjunto de requisitos que deben observarse en instancias procesales a

¹⁵³ GARCIA, S. 2006. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, año 12, t. II. p. 1111.

efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”¹⁵⁴ Como se desprende de esta definición, el ámbito de aplicación de tales requisitos-garantías es bastante amplio por cuanto estos deben cumplirse respecto de todo proceso que pueda afectar los derechos de los individuos. Por esta razón, Medina señala que el derecho al debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos¹⁵⁵, en tanto es una condición necesaria para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de cualquier derecho¹⁵⁶.

Sin perjuicio de su amplio alcance, lo cierto es que el debido proceso gravita especialmente en torno al proceso penal ya que el sistema punitivo entraña los riesgos más altos de afectación a los derechos humanos. Por lo mismo, las convenciones establecen un conjunto de garantías a favor del imputado con el objeto de protegerlo del abuso del poder punitivo.

Este apartado tratará, justamente, del conjunto de dichas garantías que integran el llamado derecho de defensa. Pero no nos referiremos a cada una de ellas, sino solo a las que son relevantes para este estudio, a saber: (1) el

¹⁵⁴ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74 , párr. 108.

¹⁵⁵ MEDINA, C. 2003. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Santiago, Centro de Derechos Humanos. p. 267.

¹⁵⁶ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 118.

derecho a la prueba; (2) el derecho o principio de igualdad de armas; y (3) el derecho al recurso. Y en segundo lugar, analizaremos quiénes son los titulares del derecho al debido proceso penal, específicamente trataremos el caso de la víctima como titular de derechos procesales.

3.1. Derecho de defensa

El proceso penal¹⁵⁷ puede ser entendido como un derecho del imputado a no ser condenado sin que antes se verifique, mediante un procedimiento legal, el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para sancionar penalmente a alguien. El procedimiento inquisitivo entendía que esta tarea le correspondía a una autoridad judicial, para la cual el imputado constituía un más de las fuente de conocimiento que tenía a su disposición para averiguar si los hechos eran o no constitutivos de delito y si a éste le cabía una participación punible. En cambio, el proceso penal moderno, de naturaleza mixta, exige como condición indispensable para su funcionamiento que el imputado pueda intervenir en la formación de la decisión jurisdiccional¹⁵⁸. En este procedimiento, a diferencia del anterior, el imputado es considerado un sujeto de derechos.

¹⁵⁷ En este trabajo nos referiremos al derecho a defensa dentro del proceso penal, sin embargo, el derecho a defensa es un derecho que asiste a todo justiciable, independiente de la materia del proceso.

¹⁵⁸ CAROCCA, A. 2002. La Defensa en el nuevo proceso penal. Revista Chilena de Derecho, vol. 20 (2). pp. 283-301.

Justamente a esto último apunta el derecho a defensa: el proceso, para ser justo, requiere que el imputado tenga derecho a ser oído en todas las etapas del proceso, desde su inicio hasta la extinción del mismo, y que pueda formular todas las alegaciones y planteamientos que considere oportuno.

Para concretar este mandato general, el derecho a defensa se descompone en una serie de garantías a favor del imputado. Los tratados de derechos humanos consagran las garantías más importantes o tradicionales a este respecto, aunque sin pretensiones de exhaustividad. La CADH, por ejemplo, establece en el artículo 8.2 algunas de las garantías que integran el derecho a defensa:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

Es importante notar que este conjunto de garantías constituyen una unidad en virtud del sentido que las orienta: todas tienen como propósito que el inculpado pueda efectivamente defenderse de las imputaciones que contra él se formulan en un proceso penal.

El PIDCP establece en el artículo 14.3 en términos bastante similares a la CADH, las garantías mínimas de las que goza el imputado:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Es importante notar, como señalamos anteriormente, que tales normas no son exhaustivas. Si bien consagran las garantías básicas del derecho a defensa, existen otras que también son necesarias en tanto condicionan la posibilidad de una defensa efectiva. En efecto, en este apartado nos referiremos a dos garantías que componen el derecho a defensa que no están expresamente consagradas en los tratados internacionales, y que, no obstante lo cual, los órganos internacionales encargados de velar por su cumplimiento han declarado que forman parte de dicho derecho.

A continuación, no nos referiremos a cada una de las garantías que dan forma al derecho a defensa, sino solo a las que guardan relación con el problema tratado en esta memoria. Primero, nos referiremos al derecho a la prueba; luego, al principio o derecho de igualdad de armas; y finalmente, al derecho al recurso.

3.1.1. Derecho a la prueba

En un Estado de Derecho la labor jurisdiccional se supedita a la coherente interpretación de las normas que componen el ordenamiento jurídico y a la convicción sobre los hechos que son el presupuesto de tales normas. En razón de aquello, la actividad que despliegan las partes en un litigio con miras a

obtener tutela jurisdiccional apunta en dos direcciones. Por un lado, las partes deberán realizar alegaciones y, por otro, probar sus afirmaciones de hecho¹⁵⁹.

Por supuesto, ambas actividades están estrechamente relacionadas: la actividad probatoria se justifica en la medida que existan alegaciones de las partes y, a su vez, difícilmente las alegaciones podrán ser admitidas si no son probadas. Esto es así, pues las alegaciones están constituidas en parte importante por afirmaciones de hecho que requieren que las partes desarrollen una actividad supletoria de acreditación con el fin de convencer al tribunal sobre su veracidad. Esta última actividad da origen al fenómeno de la prueba.

En razón de lo anterior, podemos definir en términos simples a la prueba como un medio de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio, destinado a formar el convencimiento del tribunal¹⁶⁰. Esta última circunstancia que la persona destinataria de la actividad sea un tribunal es la que distingue a la prueba en términos jurídicos o procesales, de la prueba como fenómeno extra-jurídico. En el proceso penal moderno, que distingue entre quienes investigan y acusan y los encargados de juzgar, el tribunal para mantener su imparcialidad deberá permanecer inmóvil. Esto quiere decir que serán las partes las encargadas de llevar al proceso los medios para acreditar

¹⁵⁹ CAROCCA, A. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona, Bosch Editor, 1998. p. 277.

¹⁶⁰ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. Derecho procesal penal chileno. Tomo II. Santiago, Editorial jurídica, 2002, p 65. Sin embargo, este vocablo se ha ido cargando de significados. En concreto el concepto prueba se utiliza para designar: a) una fase procedimental; b) la actividad de promoción y de práctica de los medios aptos para formar la convicción de un juez; c) los medios utilizados para el mismo fin y d) el resultado obtenido con los medios utilizados.

sus afirmaciones de hecho, a través de los cuales el tribunal evaluará su veracidad.

Dada esta situación, se explica la trascendencia que tiene para las partes contar con la posibilidad de probar los fundamentos fácticos de sus alegaciones, ya que esta resulta imprescindible para obtener la tutela jurisdiccional que reclaman. Por lo mismo también, la actividad probatoria constituye parte importante del derecho a defensa, pues este derecho, como hemos señalado, está orientado a asegurar a las partes la facultad de desarrollar la actividad procesal encaminada a lograr un pronunciamiento judicial a su favor, siendo la prueba una de las actividades más relevantes en pos de este fin¹⁶¹.

En consideración a su relevancia para la defensa procesal, algunas constituciones han consagrado de forma expresa el derecho a la prueba como una garantía fundamental. Un ejemplo de aquello es la Constitución española, que en su artículo 24.2 señala: “todos tienen derecho a (...) utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Tal consagración da cuenta de la importancia que tiene la prueba para obtener la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos¹⁶². Sin embargo, aun cuando no esté

¹⁶¹ CAROCCA, A. 1998., op. cit. p. 279

¹⁶² El Tribunal Constitucional español ha expresado claramente la relación entre el derecho a la prueba y la garantía de defensa: “Podrá justificarse un alegato de indefensión, si intentado en tiempo y forma unas pruebas que siendo pertinentes son también influyentes para la decisión del litigio, el juez del proceso las rechaza, no remediándose mediante otras actividades probatorias la indefensión”. SSTC 50/1980, de 15 de julio.

consagrado de forma expresa, como sucede en nuestra constitución, es innegable que la facultad de las partes de probar sus alegaciones forma parte esencial del derecho a la defensa procesal y que, por lo tanto, es un derecho fundamental protegido constitucionalmente¹⁶³.

En el plano internacional, las convenciones sobre derechos humanos han regulado cierto aspecto de la prueba dentro de las garantías procesales mínimas. Así, la CADH en el artículo 8.2 letra f) establece que los inculcados de un delito tienen derecho “de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. En un sentido similar, el PIDCP dispone en su artículo 14, entre las garantías mínimas que goza el imputado, el derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. En fin, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.3 establece exactamente en los mismos

¹⁶³ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: “esta Magistratura ha señalado que nuestra Constitución, en vez de indicar cuáles son los elementos que caracterizan el proceso debido en esas condiciones, confió su desarrollo al legislador. Sin desmedro de indicar que entre ellos se encuentra naturalmente -para lo que aquí interesa- la aportación o presentación de pruebas; aunque sus formas de producción y recepción, requisitos, oportunidades, valor demostrativo y demás aspectos procesales, toca al legislador modularlos por mandato de esa misma regla constitucional.” Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de enero de 2013, Rol N° 2292-12. Considerando 6°.

términos que el PIDCP esta garantía a favor de los imputados en un proceso penal¹⁶⁴.

Como puede apreciarse, estas convenciones establecen como garantía mínima un aspecto de la prueba doblemente limitado. En primer lugar, esta garantía solo se aplica en el proceso penal, es decir, las partes de los procesos civiles y administrativos, sean demandantes o demandados, no cuentan con esta garantía según la literalidad de estas convenciones. Además, los artículos solo se refieren a la prueba testimonial (la CADH también se refiere a los peritos), omitiendo cualquier referencia a los demás medios probatorios: documentos, grabaciones, etc. Esta omisión se explica por una razón histórica. En los años en que estas convenciones se redactaron, la prueba era vista como una carga de las partes, como una actividad que estas debían desplegar si no querían perder el juicio; no como un derecho fundamental (además de una carga) del cual las partes eran titulares, en razón de su importancia para una defensa procesal efectiva, como se la comprende ahora¹⁶⁵.

A pesar de la literalidad de estos artículos, la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo, en general, en señalar que estas limitaciones no son admisibles. El derecho a defensa requiere, para no transformarse en una ilusión, que el derecho a la prueba sea extendido a todos los medios de

¹⁶⁴ CEDH, artículo 6.3: “todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

¹⁶⁵ CAROCCA, A. 1998., op. cit. p. 281

prueba, no solo a los testigos, y que se aplique a todo procedimiento jurisdiccional, no solo al penal¹⁶⁶.

Ahora bien, ¿cómo se define este derecho?, ¿cuál es su contenido concreto? De acuerdo con PICO I JUNOY, el derecho a la prueba es “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”¹⁶⁷. Por su parte, TARUFFO lo define como el derecho de la parte a emplear todas las pruebas de que dispone, a fin de demostrar la verdad de los hechos que fundamentan su pretensión¹⁶⁸.

En concreto, el derecho a utilizar o emplear medios probatorios se traduce en el otorgamiento de una serie de facultades a favor de los litigantes: a que se abra un termino de prueba suficiente, a proponer sus medios de prueba; a que los medios de prueba debidamente propuestos sean admitidos; a que la prueba admitida sea practicada y, finalmente, a que la prueba práctica sea

¹⁶⁶ Tribunal EDH. Caso Papageorgiou v. Gracia. Sentencia de 9 de mayo de 2003. En este caso, el Tribunal Europeo consideró violado el art. 6 3.d) teniendo en cuenta que elementos esenciales de la prueba (presentación de ciertas páginas del ordenador central de un banco y el original de unos cheques litigiosos así como la convocatoria de un perito grafólogo y su audición contradictoria con otro que había intervenido en el asunto) no fueron producidos ni discutidos de manera adecuada en la audiencia.

¹⁶⁷ PICO I JUNOY, J. 1996. El derecho a la prueba en el proceso civil. Madrid, JM Bosch Editor. p. 18-19.

¹⁶⁸ TARUFFO, M. 2002. La prueba de los hechos .Madrid, Trotta. p. 77.

valorada por el tribunal. Asimismo, incluye proponer argumentos de prueba y contradecir los que la contraparte aduzca como fundamento de su posición¹⁶⁹.

El amplio alcance del derecho no debe conducir a error. Los contenidos concretos se refieren a tantas etapas porque todas ellas están conectadas causalmente. Si no se admite un medio de prueba, éste no podrá ser practicado, y si no es practicado tampoco podrá ser valorado. Es esta última etapa lo que está en el corazón del derecho a la prueba: el derecho a influir en la convicción que el juez se forma sobre los hechos del caso.

De todas las facultades que integran el derecho a la prueba, la que nos interesa en esta memoria es la garantía que exige que los medios de prueba propuestos debidamente por las partes o intervinientes sean admitidos por el tribunal. Esta garantía exige que los tribunales acojan las propuestas que hagan las partes, en la etapa procesal pertinente.

La Corte IDH reconoció esta garantía en los casos Castillo Petruzzi y Lori Berenson, ambos contra Perú. En estos casos las víctimas habían sido juzgadas penalmente por tribunales militares acusadas del delito de “traición a la patria”. En la época de los hechos, de acuerdo con la ley penal vigente, los acusados por este tipo de delitos sufrían una serie de restricciones a su derecho a defensa. Una de estas restricciones era que los acusados no podían interrogar ni hacer comparecer a los agentes de la policía y del ejército que

¹⁶⁹ RUIZ, L. 2009. El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Estudios de Derechos, vol. 63 (143), p. 202.

hubiesen participado en las diligencias de investigación. Dado que el Estado no logró justificar estas restricciones, la Corte IDH concluyó que aquel había vulnerado el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal, reconocido por la Convención, “así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”¹⁷⁰.

En el caso Ricardo Canese, la Corte IDH fue aún más explícita a la hora de declarar violada esta garantía. En dicho caso, la víctima, a la sazón candidato presidencial, denunció a su contrincante en las elecciones, Juan Carlos Wasmosy quien sería el ganador de los comicios, de participar en actos de corrupción relacionados con la construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú. Por estas declaraciones, Canese fue procesado y condenado por los delitos de difamación e injuria. Una de las restricciones ilegítimas que sufrió el acusado durante el juicio, fue que no tuvo posibilidad de presentar prueba de descargo. A diferencia de los casos expuestos en el párrafo anterior, la causa de la violación fue la negligencia del tribunal que condenó a Canese. Así lo expresó la Corte IDH:

“En el presente caso se encuentra demostrado que en el proceso penal seguido en contra del señor Canese no se le permitió obtener la

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 185; Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 109; Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, parr. 154; Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, parr. 210.

comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pudieran “arrojar luz sobre los hechos”. En cuanto a la primera instancia, el juez de la causa, después de haber emitido una resolución citando a audiencias a los testigos propuestos por el señor Canese, revocó tal decisión y ordenó el cierre del período probatorio, por lo cual no se rindió ninguna prueba testimonial, coartando por una negligencia judicial la posibilidad de presentar medios probatorios en su defensa que pudieran “arrojar luz sobre los hechos”. Además, ante el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, tampoco se produjo prueba testimonial alguna”.¹⁷¹

En todos los casos expuestos, la Corte IDH declaró vulnerado el derecho a que el tribunal admita los medios probatorios propuestos por las partes, dado que las restricciones impuestas no tuvieron una justificación adecuada. Esto no significa que dicho derecho no pueda ser restringido legítimamente. De hecho, este derecho tiene límites claros. No todos los medios de prueba propuestos por las partes o intervinientes deben ser necesariamente admitidos por el tribunal; éste podrá rechazarlos si no cumplen con ciertos requisitos. En esta materia, la mayoría de las legislaciones recogen tres requisitos que deben cumplir los medios probatorios para ser admitidos: la pertinencia, la utilidad y la licitud¹⁷².

¹⁷¹ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 164.

¹⁷² PICO I JUNOY, J. 2008. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. En: FERRER, E y ZALDVAR, A (coord.). La ciencia del derecho

La pertinencia de un medio de prueba se define como la relación que guarda con los hechos objeto del proceso. Si el medio de prueba apunta a un hecho objeto del proceso, entonces será pertinente. La utilidad, por su parte, está dada por la capacidad o aptitud de un medio de prueba para formar la convicción judicial. Y, finalmente, el límite de la licitud señala que no debe admitirse aquella prueba para cuya obtención u origen se haya vulnerado un derecho fundamental¹⁷³.

Ha sido el TEDH el que se ha pronunciado sobre la infracción a esta garantía cuando los tribunales nacionales invocan este tipo de razones para excluir un medio probatorio propuesto por las partes. En general, el Tribunal Europeo confiere un amplio margen de discrecionalidad a los tribunales nacionales para juzgar si un determinado medio probatorio es impertinente, inútil o si se obtuvo vulnerando garantías fundamentales. La única exigencia que impone el TEDH apunta hacia la fundamentación. Para que los tribunales nacionales puedan rechazar medios de prueba propuestos por las partes legítimamente, deben fundamentar de forma suficiente dicha exclusión, explicando por qué los medios de prueba en cuestión son impertinentes, inútiles o ilícitos. Así lo declaró el TEDH en la sentencia dictada en el caso Vidal contra Bélgica, en la que falló a favor del demandante al que en el proceso penal interno se le había denegado la prueba de descargo que en su momento había

procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. X, Tutela judicial y derecho procesal. México, UNAM. p. 543.

¹⁷³ Ibídem, pp. 543-548.

propuesto ante el tribunal de apelaciones de Bruselas, sin motivación alguna que los justificara.¹⁷⁴

Pero el demandante también tiene una carga si quiere que su requerimiento sea acogido; no es suficiente quejarse de no haber podido presentar una prueba ante el tribunal, es necesario que él apoye su solicitud de prueba señalando su importancia y su necesidad para la obtención de la verdad judicial. Para que se considere que el rechazo de un medio probatorio propuesto vulnera el derecho a defensa, debe argumentarse de forma suficiente que la realización de esa prueba era forzosa a fin de evitar que se causara indefensión. Se entiende que esto último sucede –la indefensión- cuando el contenido de la prueba rechazada era capaz de alterar el resultado de la resolución final. Esto, por supuesto, no quiere decir que el demandante deba demostrar que de haberse rendido y valorado la prueba rechazada hubiese ganado el juicio, sino que debe mostrar que el contenido de la prueba tenía la *aptitud* de cambiar el contenido del fallo¹⁷⁵.

En síntesis, podemos concluir que el derecho a la prueba requiere que el tribunal admita los medios probatorios propuestos por las partes, a menos que considere, fundadamente, que estos son inútiles, impertinentes o que se

¹⁷⁴ Tribunal EDH. Caso Vidal v. Bélgica. Sentencia de 22 de abril de 1992. Citado por ARANGUENA, C. 2009. Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3 d) del CEDH. En: GARCIA, F. y SANTOLAYA, P (coord.). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 411.

¹⁷⁵ *Ibídem*, p. 12. De acuerdo con la autora, esto se deduce del requisito de utilidad: para que una prueba sea útil debe tener la capacidad de alterar el resultado de la decisión final.

obtuvieron con infracción a garantías fundamentales. Como contra partida, para alegar con éxito una infracción al derecho a la prueba, la parte interesada deberá argumentar que la prueba que el tribunal en su momento rechazo era capaz de cambiar el resultado del fallo, ya que de dicha manera probara que la exclusión de la prueba le causó indefensión.

3.1.2. Principio de igualdad de armas

El proceso penal moderno se estructura en etapas y se caracteriza por asignarle papeles diferenciados al acusador, al juez y a la defensa. La diferencia de roles entre los sujetos intervinientes, que cambia durante el transcurso de las sucesivas etapas que componen el proceso, hace imposible hablar de igualdad absoluta de partes¹⁷⁶. El hecho de que en el proceso penal actual la persecución esté a cargo del Estado trae como consecuencia que acusador y acusado no estén en igualdad de condiciones a la hora de afrontar el proceso en su totalidad. Esto se observa principalmente en la etapa de instrucción. En esta, el órgano estatal encargado de llevar adelante la investigación, la fiscalía auxiliada por las policías, cuenta con recursos y facultades ausentes en la defensa. Por ejemplo, cuenta con posibilidades de obtención de pruebas mediante mecanismos coactivos y de restringir el acceso

¹⁷⁶ Dada esta característica, que diferencia al proceso penal del civil, lo correcto no es hablar de “partes” sino de intervinientes, pues aquella palabra supone igualdad entre los sujetos enfrentados en el proceso. No obstante, en este trabajo utilizaremos “partes” o “intervinientes” indistintamente, cuando nos refiramos al acusador y la defensa.

de la defensa a ciertas diligencias de investigación (tanto en el conocimiento como en la participación).

Pero la imposibilidad estructural de lograr igualdad absoluta no implica renunciar a buscar que el imputado tenga una posición en el proceso acorde con su derecho a defensa. El mandato de igualdad, en este sentido, exige buscar mecanismos que equilibren las posiciones, compensando la desigualdad de medios que existe entre el imputado y la persecución estatal. Tales mecanismos de equilibrio deben apuntar principalmente en dos direcciones.

En primer lugar, durante la fase de instrucción, caracterizada por la desigualdad estructural-funcional de las partes, es necesario que la fiscalía cumpla sus funciones bajo el principio de objetividad, esto es, la fiscalía debe dirigir la investigación también a favor, y no solo en disfavor del imputado. Al mismo tiempo se debe limitar la fuente de conocimiento del delito imputado, de acuerdo a estrictas reglas de garantía, evitando mecanismos intolerables de búsqueda de la verdad¹⁷⁷. Ambas obligaciones deben estar sometidas al control de un órgano jurisdiccional ajeno a la actividad persecutoria. Esto porque la investigación es una actividad dirigida a la formulación de una hipótesis

¹⁷⁷ DÍAZ, E. y PEREL, M. 2011. El principio de "igualdad de armas" y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado. En: Jornadas Preparatorias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy. p. 3.

acusatoria dotada de suficiente capacidad explicativa, por lo que quien la realiza está demasiado implicado en la misma para estar a cargo de su evaluación¹⁷⁸.

Tales mecanismos operan sin perjuicio del derecho del imputado y su defensa de acceder, durante la fase de instrucción, a los registros policiales así como a documentos y actuaciones llevadas a cabo por la fiscalía. Esto es necesario por dos razones. Primero, para que la defensa pueda fiscalizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones que pesan sobre la fiscalía, en especial las que se derivan del principio de objetividad. Y segundo, para una adecuada preparación de la defensa del imputado. Sin este derecho, la defensa se vería en clara desventaja al momento del juicio con respeto a la fiscalía, pues llegaría sin haber tenido la posibilidad de conocer y comentar oportunamente las observaciones y evidencias recogidas por la fiscalía durante la instrucción.

En segundo lugar, los mecanismos de equilibrio se dirigen a la fase de juicio propiamente tal¹⁷⁹. Es justamente en esta fase en la que el principio de igualdad de armas se expresa en toda su dimensión. De acuerdo con este principio, en esa instancia las partes deben contar con idénticas oportunidades y potestades al momento de exponer y defender sus pretensiones¹⁸⁰. Esto quiere decir, por ejemplo, que en todo lo concerniente a la citación de testigos y

¹⁷⁸ *Ibíd*em, p. 5.

¹⁷⁹ Con esta fase nos referimos no solo al juicio, sino también a la fase intermedia, una vez deducida la acusación contra el imputado.

¹⁸⁰ DÍAZ, E. y PEREL, M., *op. cit.* p. 6.

peritos, al ofrecimiento de prueba, al interrogatorio de los testigos de cargo y de descargo y a los alegatos sobre los hechos y el derecho, las partes deben estar en iguales condiciones, de tal manera que el acusado no sea perjudicado en relación a la acusación.

Finalmente, dado que los mecanismos mencionados no son suficientes para equilibrar las posiciones de acusador y acusado en el proceso penal, el ordenamiento jurídico exige que al momento de dictarse la sentencia opere el principio *in dubio pro reo*. Es decir, entre otras razones, el ordenamiento procesal prevé como mecanismo de compensación de la desigualdad de medios, que frente a la falta de certeza sobre la imputabilidad del hecho punible al acusado, resolver el caso a su favor¹⁸¹.

Aunque los tratados internacionales de derechos humanos no consagren explícitamente esta garantía, los órganos encargados de verificar su cumplimiento sí han recogido este principio como parte integrante del debido proceso. En efecto, la Corte IDH declaró que la igualdad entre los justiciables es una condición del debido proceso legal y que la prohibición de discriminación exige reconocer y resolver factores de desigualdad real entre los litigantes:

“En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 7.

otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”¹⁸².

En este sentido, la igualdad de armas trata principalmente de la igualdad de medios procesales y busca asegurar a ambas partes del proceso, especialmente a la que se encuentra en situación más débil, la posibilidad razonable de presentar su caso en condiciones de igualdad.

En otra Opinión Consultiva la Corte también destacó la importancia de la igualdad o equilibrio que debe existir entre las partes para que la defensa de sus intereses sea efectiva: “En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”¹⁸³

¹⁸² Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 117.

¹⁸³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de

La Comisión IDH, por su parte, ha sido aún más explícita a la hora de reconocer que el principio de igualdad de arma forma parte del debido proceso, exigiendo que las partes cuenten con oportunidades razonables de defender sus intereses en condiciones que no las sitúen en desventaja frente a su oponente:

“En el análisis de las actuaciones judiciales, y en relación con los alegatos del presente caso, la CIDH considerará especialmente que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio del contradictorio. (...) el principio de igualdad de armas en el proceso penal es una de las implicaciones de un juicio justo en virtud de lo cual cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso bajo condiciones que no la sitúen en una condición de desventaja frente a su oponente”.¹⁸⁴

A este respecto, es interesante considerar que en el proyecto de elaboración de la Convención Americana se discutió la inclusión de una letra b) del número 2 del actual artículo 8, que establecía que “[E]l proceso debido en materia penal, abarcará las siguientes garantías mínimas [...] b) igualdad de

agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 132. En el mismo sentido: Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 178.

¹⁸⁴ CIDH. Informe No. 66/12. Caso Rubén Luis Godoy v. Argentina (Fondo). Decisión de 29 de marzo de 2012, párr. 107.

derechos y deberes de las partes durante el juicio”. Esta propuesta fue rechazada y reemplazada por la formulación actual de la disposición, que concede garantías mínimas y en plena igualdad solo al inculpado y no a ambas partes.¹⁸⁵

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos considera que el principio de igualdad de armas está recogido en el artículo 14 del PIDCP, específicamente en la noción de “debidas garantías”:

“(…) corresponde interpretar que el concepto de juicio "con las debidas garantías", en el contexto del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, exige cierto número de condiciones, tales como el requisito de la igualdad de las armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles”¹⁸⁶.

Pero quien comenzó integrando el principio de igualdad de armas al debido proceso, sirviendo de guía para los otros órganos, fue el TEDH. Ya en 1968 el Tribunal Europeo declaró que el principio de igualdad de armas era una de las bases de la noción de proceso equitativo:

¹⁸⁵ MEDINA, C. 2011. Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos. Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios. De acuerdo con MEDINA, esto indica que el Debido Proceso es un derecho fundamental de los individuos frente al Estado y que no puede ser invocado por este frente a sí mismo, razón por la cual se estima que los ordenamientos jurídicos pueden otorgar al Ministerio Público facultades y no garantías para ejercer la persecución.

¹⁸⁶ Comité de Derechos Humanos. Caso Morael v. Francia. Decisión de 28 de julio de 1989, párr. 9.3.

“El Tribunal se inclina a reconocer que ese hecho se opone al “principio de igualdad de armas” que, según ha declarado con razón la Comisión en varios informes y resoluciones, está incluido en el concepto de proceso equitativo mencionado en el artículo 6.1.”¹⁸⁷

A lo largo de su jurisprudencia, el TEDH ha invocado el principio de igualdad de armas en varias ocasiones al tratar infracciones al derecho de defensa que impliquen una desventaja para el imputado¹⁸⁸. Y esto no sólo en la fase de juicio oral, sino también en la fase de investigación, en los incidentes relacionados con la adopción de medidas cautelares que afecten la libertad, en la fase de recursos y, en general, todo lo que se relacione a la presentación de las pretensiones del imputado¹⁸⁹. En consecuencia, como dice Medina, el principio de igualdad de armas subyace al derecho de defensa y a sus diversas manifestaciones que se reconocen en los tratados internacionales bajo la

¹⁸⁷ Tribunal EDH. Caso Neumeister v. Austria. Sentencia de 27 de junio de 1968, párr. 83.

¹⁸⁸ De acuerdo con Bacigalupo el principio de igualdad de armas en la jurisprudencia de la Corte EDH es el principio fundamental: “En general es posible afirmar que el principio fundamental y estructural del proceso con todas las garantías en la jurisprudencia del TEDH es el de *igualdad de armas*, según el cual tanto la acusación como el defensa y el acusado deben contar con igualdad de posibilidad, de tal manera que el acusado no sea acusado no sea perjudicado en relación a la acusación, sobre todo en lo concerniente a la citación de testigos o peritos, al ofrecimiento de prueba y al interrogatorio de los testigos de cargo o de descargo”. BACIGALUPO, E. 2005. El Debido Proceso Penal. Buenos Aires, Hamurabi. p. 31-32.

¹⁸⁹ Tribunal EDH. Caso Lamy v. Belgique. Sentencia de 30 marzo de 1989; Caso Dombó Beher v. Holanda. Sentencia de 27 de octubre de 1993; Caso Niedbala v. Polonia. Sentencia de 4 de julio de 2000. Todos casos citados en: HERNÁNDEZ, J. 2012 Notas sobre el Derecho al Proceso Equitativo y la Actividad Interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia Madrid. p. 23.

expresión “garantías mínimas del acusado”, que mencionamos al comenzar este apartado¹⁹⁰.

Un aspecto especialmente sensible en relación al principio de igualdad de armas es el de la proposición, práctica y evaluación de los medios de prueba. En el caso Bonisch, el Tribunal EDH tuvo la oportunidad de referirse a estas materias, en especial a la proposición y práctica de medios de prueba durante el juicio. En este caso, un perito propuesto por el Estado, denunciante e iniciador de la causa penal, pudo asistir a todo el juicio, preguntar a los testigos y acusado y, además, comentar sus declaraciones, mientras que el propuesto por la defensa, tratado como mero testigo por el tribunal, se limitó a prestar su testimonio, fue interrogado por el perito público y, una vez finalizada su labor, siguió el juicio desde el público. Frente a estos hechos, el Tribunal Europea declaró, en relación a la exposición del perito público, que:

“En principio, su audiencia durante la vista no es contraria al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo e ilustrada por el párrafo 3.d) del artículo 6, exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa”¹⁹¹

En definitiva, el principio de igualdad de armas, como dice ROXIN, exige otorgar al inculpado las más amplias facultades de defenderse frente a una

¹⁹⁰ MEDINA, C. 2011., op. cit.

¹⁹¹ Tribunal EDH. Caso Bonisch v. Austria. Sentencia de 6 de mayo 1985, párr. 32.

acusación de una autoridad mayor en medios y, a la vez, prohíbe todas las limitaciones a su participación en el proceso no cubiertas por las diferencias lógico-objetivas entre el papel del acusador y la del defensor¹⁹².

En otras palabras, en el lenguaje del principio de no discriminación, la igualdad de armas no prohíbe diferencias de trato siempre que estas cuenten con una justificación objetiva y razonable, valoradas en atención a los fines que persigue la norma y a la proporcionalidad de los medios.

3.1.3. Derecho al recurso

Originalmente los recursos en los procedimientos jurisdiccionales se pensaron y configuraron como un medio de control vertical en virtud del cual los tribunales superiores fiscalizaban la labor de los tribunales de primera instancia. Esta forma de entender los recursos descansaba sobre la idea de que las competencias jurisdiccionales residían en el soberano, quien las delegaba a los tribunales superiores y estos, a su vez, a los inferiores. Así, los recursos eran la forma en la que los primeros controlaban que el ejercicio de estas competencias delegadas en los segundos se realizasen sin desfigurar la voluntad del soberano expresada en la ley¹⁹³.

¹⁹² ROXIN, C. 2003. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial del Puerto. p. 84.

¹⁹³ MAIER, J. 1997. El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal? En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Compiladores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto. p. 407.

Hace solo un poco más de medio siglo comenzó a modificarse la consideración del recurso como un mecanismo procesal de control. Principalmente fue a partir de la incorporación del “derecho al recurso” en los tratados internacionales de derechos humanos que la concepción de los recursos cambió: ya no se la concibe como una herramienta de control jerárquico, sino como una garantía procesal¹⁹⁴.

En efecto, a diferencia de las garantías que vimos en los apartados anteriores, el derecho al recurso está consagrado explícitamente tanto en la CADH como en el PIDCP. El artículo 8 letra h) de la CADH señala que el inculpado durante el proceso tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Mientras que el artículo 14.5 del PIDCP establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

La Corte IDH ha tratado esta garantía en varias sentencias. Un caso emblemático en el cual la Corte desarrolló extensamente el contenido y alcance de este derecho fue Herrera Ulloa. En la sentencia de este caso la Corte comenzó refiriéndose al sentido o fundamento de esta garantía:

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 410.

“La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.”¹⁹⁵

De acuerdo con esta interpretación, la existencia de recursos se basa en la posibilidad que las decisiones jurisdiccionales contengan errores o vicios que perjudiquen los derechos o intereses de alguna de las partes. Por esta razón, se señala, el debido proceso exige que el ordenamiento jurídico confiera al imputado una herramienta procesal destinada a impedir o aminorar una posible respuesta punitiva que se considera errónea. En este sentido, el derecho al recurso está directamente vinculado con el derecho a defensa, puesto que el sentido de los recursos es brindar a las partes la posibilidad, durante el proceso, de alegar contra resoluciones perjudiciales antes de que estas queden firmes con el fin de modificarlas en todo aquello que las perjudica indebidamente.

¹⁹⁵ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158.

Pero la mera existencia en el ordenamiento jurídico de recursos y tribunales superiores competentes para revisar las resoluciones de tribunales inferiores no basta para satisfacer las exigencias que emanan del derecho al recurso. En primer lugar, los recursos deben ser eficaces, esto es, deben ser capaces, tanto en su formulación normativa como en su resolución práctica, de producir el resultado para el cual fueron concebidos¹⁹⁶. Por ejemplo, no se considerarían eficaces los recursos que imponen severas restricciones o requisitos que dificulten su conocimiento y resolución por parte del tribunal superior. Así lo ha declarado la Corte en la sentencia Herrera Ulloa:

“...se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino

¹⁹⁶ La Corte ha desarrollado dicho estándar especialmente en relación con el derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la CADH. Véase por ejemplo: Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 127.

que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.”¹⁹⁷

Uno de los aspectos más relevantes del derecho al recurso, que ha sido fuertemente debatido tanto en el ámbito chileno como latinoamericano, es el que se refiere a la extensión de lo que puede ser impugnado a través de él. Es decir, el problema dice relación con los aspectos o elementos de la sentencia que pueden ser cuestionados o debatidos por el imputado por medio del recurso que necesariamente deben contemplar los ordenamientos jurídicos internos.

Este aspecto del derecho al recurso se volvió un problema luego de la ola de reformas al proceso penal que vivió América Latina principalmente desde la década de los 90'. El paso a un sistema mixto significó incorporar nuevos principios y etapas que no armonizaban con antiguas instituciones, entre ellas el recurso de apelación. Los principios de oralidad, publicidad, contradicción y, especialmente, el principio de inmediación traen como consecuencia que el juicio se vuelva irreplicable. La forma en la que los jueces acceden a las pruebas y, con ellas, al conocimiento de los hechos implica que la creencia que se forman a partir de ellas tiene un estatus que no puede alcanzarse en la revisión del juicio por un tribunal superior¹⁹⁸. Por esta razón, los nuevos procesos

¹⁹⁷ *Ibíd*em, párr.161.

¹⁹⁸ FUENTES, C. 2009. Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. Revista CEJIL, N° 5. p. 79.

penales restringen el ámbito de aplicación del recurso de apelación y, con ello, la posibilidad que los tribunales superiores revisen los hechos fijados en las sentencias de los tribunales inferiores, si estas son precedidas de juicios orales¹⁹⁹.

Justamente en el caso Herrera Ulloa la Corte tuvo frente a sus ojos un procedimiento penal de corte acusatorio que solo contemplaba un recurso extraordinario como medio de impugnación de las sentencias pronunciada luego de un juicio oral. En esta sentencia la Corte estableció su estándar sobre el alcance del examen que debe posibilitar el recurso para ser compatible con la CADH:

“En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o **examen comprensivo e integral** de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.”²⁰⁰

Sin embargo, el estándar de “examen integral”²⁰¹ no ha detenido el debate. Algunos sostienen que este exige que el tribunal superior cuente con la competencia para revisar tanto el derecho como la valoración de la prueba,

¹⁹⁹ No diremos más sobre este punto puesto que ya fue tratado en el primer capítulo.

²⁰⁰ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica., op. cit. párr. 167. (Énfasis nuestro).

²⁰¹ En otro caso la Corte habló de “doble conformidad” como equivalente de examen integral: “La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio”. Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 89.

incluyendo la posibilidad de recibir pruebas sobre los hechos de la causa²⁰². Otros en cambio sostienen que si bien es cierto que el estándar de revisión integral debe alcanzar a los hechos fijados por el tribunal en el juicio oral, tal revisión no debe ser amplia. Este examen debe apuntar a detectar los errores en la determinación de los hechos cuando estos derivan de una violación de las reglas de la experiencia, de los conocimientos científicamente afianzados y la lógica. Si este fuese el caso, sostienen, el tribunal superior lo que debe hacer es anular el juicio y mandar a que se realice uno nuevo.²⁰³

Por su parte, el Comité de Derecho Humanos también establece que el recurso contra las sentencias condenatorias debe permitir un examen amplio y sustancial del fallo. Esto significa que el recurso que contemple el ordenamiento jurídico no solo debe permitir la revisión de los aspectos formales o jurídicos, sino también la valoración de la prueba efectuada por el tribunal inferior:

“El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos

²⁰² Así lo sostiene: DEL RÍO, C. 2012 Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. Estudios Constitucionales, Santiago, vol. 10 (1).

²⁰³ FUENTES, C., op. cit. p. 81.

formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto.”²⁰⁴

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia tanto de la Corte como del Comité de Derechos Humanos, los recursos que el DIDH exige que los Estados consagren en contras de las sentencias condenatorias en sede penal, deben permitir impugnar a lo menos la determinación jurídica de la condena y la pena, la valoración de los medios de prueba por parte del tribunal de primera instancia y los posibles defectos procesales que hayan influido en la resolución de la causa.

Otro aspecto importante del derecho al recurso, relacionado con el anterior y especialmente relevante para este estudio, pero que, sin embargo, no ha recibido la misma atención por parte de los órganos internacionales de protección de derechos humanos y la doctrina, es el que se refiere al tipo de resoluciones que deben ser susceptibles de impugnación a través de un recurso. No cabe duda que las sentencias definitivas condenatorias deben ser recurribles a través de un medio que permita un examen integral, pero ¿se puede decir lo mismo de otras resoluciones judiciales? La letra del PIDCP despeja todo tipo de dudas. De acuerdo al artículo 14.3 del PIDCP toda persona condenada por la comisión de un delito “tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 27 de julio de 2007, párr. 48.

superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Es decir, solo frente a sentencias condenatorias existe un derecho de recurrir, y no ante otro tipo de resoluciones, por importantes que sean.

Ahora bien, si miramos a la CADH no sucede lo mismo. El artículo 8.2 letra h) señala que el inculcado tendrá durante el proceso el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Si comparamos ambas convenciones veremos principalmente dos diferencias: (1) mientras en el PIDCP se habla del condenado, la CADH se refiere al inculcado procesado, y (2) mientras el PIDCP alude a las sentencias condenatorias, en la CADH se habla de un fallo²⁰⁵. Sin embargo, si leemos la versión en inglés de la CADH²⁰⁶ y hacemos una interpretación sistemática, debiéramos llegar a la misma conclusión que se desprende del PIDCP, es decir, que el derecho que consagra el artículo 8.2 letra h) solo es aplicable a las sentencias definitivas condenatorias.

Sin embargo, la Comisión IDH ha resuelto otra cosa. En un caso contra Argentina, la Comisión señaló que el derecho al recurso no sólo es aplicable ante sentencias definitivas, sino que abarca también a todo auto procesal importante. Expresamente, la Comisión señaló:

²⁰⁵ JUGO, G. 2002. El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En: GARCIA, L. (ed.). Los derechos humanos en el proceso penal: función en el derecho interno, detención, prisión preventiva, recurso contra la sentencia de condena. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma. p. 259.

²⁰⁶ El artículo 8. 2 letra h) de la versión en inglés de la CADH utiliza la palabra “judgment” que en contexto legal es asimilable en español a sentencia definitiva. *Ibidem*, p. 260.

“De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de **todos los autos procesales importantes**. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.”²⁰⁷

Tal declaración de la Comisión IDH puede ser interpretada en dos sentidos. En primer lugar, se podría sostener que la Comisión exige que no solo las sentencias definitivas sean recurribles sino también los autos procesales importantes –estos son los que pueden afectar derechos, causar indefensión. Esto quiere decir que, por ejemplo, los autos procesales que determinen cuáles serán las pruebas que podrán rendirse en el juicio oral, dado que pueden causar indefensión, deben ser recurribles.

Y en segundo lugar, puede sostenerse que lo que la Comisión IDH quiere decir es que lo resuelto en los autos procesales importantes, que pueda causar

²⁰⁷ CIDH. Informe N° 55/97. Caso Juan Carlos Abella v. Argentina (fondo). Decisión de 18 de noviembre de 1997, parr. 262 (El destacado es nuestro).

indefensión o un daño irreparable, debe poder revisarse a través de algún medio. Esta opción permite no solo que tal revisión se lleva a cabo a través de un recurso directamente contra el auto procesal en cuestión, sino también que la revisión se postergue hasta la sentencia definitiva. Esto significa que, por ejemplo, los autos procesales que definen las pruebas que podrán rendirse en el juicio oral, aunque no sean recurribles, deben poder revisarse a través del recurso que necesariamente debe contemplar el ordenamiento jurídico para las sentencias definitivas condenatorias.

Esta última interpretación posee la ventaja de garantizar la revisión de los autos procesales importantes y, al mismo tiempo, otorgarle a los Estados un margen de apreciación mayor que les permite armonizar este derecho con el principio de economía procesal. En definitiva lo relevante es que los recursos permitan revisar, además de la errónea o falta aplicación del derecho y de las normas que regulan la valoración de la prueba, la interpretación de las normas procesales que hayan influido en la decisión de la causa, es decir, el recurso debe proceder cuando por fallas jurídicas en el procedimiento la condena no puede ser confirmada como intachable²⁰⁸.

En síntesis, el derecho al recurso exige que el proceso penal contemple un recurso eficaz que brinde a las partes la posibilidad de alegar contra decisiones jurisdiccionales antes que estas queden firmes con el fin de

²⁰⁸ *Ibidem*, párr. 261

modificarlas en todo aquello que las perjudica indebidamente. Tal recurso debe permitir revisar la errónea aplicación del derecho, las normas que regulan la valoración de la prueba y las decisiones de orden procesal que hayan causado indefensión o un daño irreparable.

3.2. Derecho de la víctima a participar del proceso penal²⁰⁹

El significado histórico-político del derecho penal que surgió del movimiento de la ilustración está directamente vinculado a la idea de que los seres humanos requieren para su libertad y seguridad ser titulares de derechos frente al aparato represivo del Estado. El sistema penal moderno, en el plano discursivo, puede ser entendido como una reacción contra la desprotección de las personas frente al abuso de la fuerza estatal. En este sentido, los derechos humanos se configuran como un mecanismo de protección que controla y limita el poder punitivo del Estado; solo legítimo en la medida que respeta tales derechos²¹⁰.

De esta forma, la cultura de los derechos humanos en el paradigma clásico, más que una demanda punitiva, implica una política que aboga por una limitación del poder punitivo del Estado. Esto no implica negar que es necesario proteger a los individuos de posibles ataques de sus congéneres, pero sí que la

²⁰⁹ Aunque determinar si el Estado, a través del Ministerio Público, es titular del derecho al debido proceso es un problema pertinente para esta memoria, tal asunto no será tratado en este capítulo, pues en el contexto del DIDH no existen dudas: el Estado nunca es titular de derechos humanos, solo la persona natural lo es. No sucede lo mismo en el contexto del derecho constitucional chileno. Véase el Capítulo IV de esta memoria.

²¹⁰ MAIER, J., op. cit. p. 413

función principal de los derechos humanos es proteger a los individuos del mayor poder de todos: el poder público y muy especialmente, el poder punitivo²¹¹. Por esta razón, el discurso de los derechos humanos en el ámbito del sistema penal se enfoca en el imputado o acusado de un delito, y no en las víctimas.

Esto último es confirmado por todos los catálogos modernos de derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, en los cuales se recogen una serie de garantías específicas a favor del imputado y ninguna a favor de las víctimas. A nivel internacional, que es el que nos interesa en este capítulo, virtualmente todos los tratados generales de derechos humanos establecen un catálogo de garantías, sustantivas y procesales, a favor de quienes son objeto de la persecución penal. Así, por ejemplo, los artículos 8 y 9 de la CADH y los artículos 14 y 15 del PIDCP.

Sin embargo, en atención a la horrorosa experiencia latinoamericana de décadas de crímenes estatales masivos, experiencia seguida por la más abyecta de las impunidades, la Corte IDH ha dado forma en su jurisprudencia a un conjunto de derechos a favor de las víctimas de tales crímenes, que tienen como correlato otras tantas obligaciones del Estado, y cuyo propósito es superar dichos estados de impunidad.

²¹¹ PASTOR, D. 2011. La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado? En: AMBOS, K. MALARINO, E. y ELSNER, G. (editores). Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Uruguay, Fundación Konrad Adenauer. p. 503.

Cuáles son tales derechos y qué relación guardan con la participación de las víctimas de delitos comunes en el proceso penal, son asuntos que no han tenido una respuesta unívoca a lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH. En razón de aquello, ahora pretendemos dar cuenta brevemente de dicha evolución, haciendo hincapié especialmente en los derechos de participación de la víctima en el proceso penal. En una primera sección estudiaremos los estándares que ha desarrollado la Corte en el caso de graves violaciones de derechos humanos. A continuación, veremos si tales estándares se aplican o no en casos de violaciones no graves constitutivas de delitos. Finalmente, criticaremos la forma en que la Corte ha abordado el problema que supone la impunidad al atribuir derechos procesales a las víctimas de delitos.

3.2.1. Violaciones graves a los derechos humanos²¹²

Desde su primer caso contencioso, la Corte IDH ha desarrollado una serie de estándares sobre cómo los Estados deben hacerse cargo de las graves violaciones de derechos humanos²¹³. Estos estándares se basan en el hecho

²¹² En este apartado nos basamos principalmente en la siguiente memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile: MUJICA, I. y MORALES, S. 2011. Derecho de acceso a la justicia de la víctima y proceso penal: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

²¹³ La Corte IDH vincula las violaciones graves de derechos humanos con delitos de lesa humanidad u otros delitos de equivalente gravead. De acuerdo con la Corte, las violaciones graves son aquellas constitutivas de delitos de máxima gravedad –tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas- ocurridas en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 82; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

de que los Estados, de acuerdo al DIDH, no solo tienen el deber de respetar tales derechos, es decir, de no violarlos directamente, sino también tienen la obligación de garantizarlos. Esta obligación implica que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, ya que solo de esta manera podemos sostener la vigencia efectiva de dichos derechos. Así se pronunció la Corte, en su primer caso sobre desapariciones forzadas:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 90.

medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”²¹⁴

De acuerdo con esta perspectiva, toda vez que suceda una violación grave a los derechos humanos, la obligación de garantizar los derechos vulnerados impone al Estado el deber de investigar tales violaciones a fin de conocer qué fue lo que sucedió; sancionar a los responsables en caso de que sea pertinente; y asegurar a la víctima una adecuada reparación. Sobre esto, es importante entender que tales obligaciones no derivan de un derecho autónomo de las víctimas, sino que proceden del mismo derecho afectado por la violación primaria.

En efecto, en tales circunstancias, los deberes de investigación y sanción no guardan relación con derecho alguno de los familiares del desaparecido. El Estado debe investigar y, en su caso, sancionar a los responsables para cumplir con la obligación de garantizar el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad personal; todos derechos que el Estado violó a la persona desaparecida. Los

²¹⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166 y 174.

familiares, de acuerdo a la Corte, solo tendrían una especie de “derecho” a conocer el destino de su pariente²¹⁵:

“[...] Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el **derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta** y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, **representa una justa expectativa** que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.”²¹⁶

Sin embargo, en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, la Corte se vio obligada a modificar tal estrategia para afrontar el problema que supone la impunidad que sigue a graves violaciones a los derechos humanos. Dicho caso trataba de un joven que fue asesinado por efectivos del ejército antes de que Nicaragua le atribuyera competencia contenciosa a la Corte. Por tal razón, la Corte carecía de competencia *razone temporis* para conocer de la afectación del derecho a la vida del joven Lacayo y, por lo mismo, no podía condenar al Estado, siguiendo su doctrina anterior, por el incumplimiento de su obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables, ya que tales obligaciones derivaban del derecho a la vida primariamente violado.

²¹⁵ Posteriormente esto será abordado por la Corte desde el llamado “derecho a la verdad”. Para conocer el contenido de este derecho véase: Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

²¹⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras., op. cit. párr. 181 (el destacado es nuestro).

En dichas circunstancias, la Corte decidió seguir parcialmente los argumentos de la Comisión IDH y abordar el caso solo desde la forma en la que el Estado tramitó el proceso penal contra los presuntos autores de la ejecución de Genie Lacayo, entendiendo que en dicho proceso el padre de la víctima, quien actuaba como querellante particular, tenía derecho a las garantías judiciales que establece el artículo 8 de la CADH. Así lo declaró la Corte:

“El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal” [...]

“Para determinar la violación de este artículo 8 es preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora.”²¹⁷

Dado lo anterior, la Corte pasó a evaluar si en el proceso en cuestión el querellante fue oído dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente, imparcial y competente, y si contó con ciertas facultades mínimas, como ofrecer prueba e interponer recursos. En dicha evaluación, la Corte estableció que el proceso penal sufrió ciertas dilaciones y obstrucciones por parte de autoridades militares, lo que implicó finalmente que la Corte

²¹⁷ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párrs. 74 y 75.

condenara al Estado por haber violado el derecho a las garantías judiciales del padre de Genie Lacayo:

“En el expediente existen abundantes constancias que demuestran que ciertas autoridades militares obstaculizaron o bien no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones en la Procuraduría y con el juez de primera instancia [...] De acuerdo con lo anterior el juzgador que tuvo a su cargo la instrucción del proceso hasta el momento en que se declaró incompetente, afrontó problemas generados por las autoridades para reunir los elementos de convicción que consideró necesarios para el debido conocimiento de la causa, lo que constituye una violación del artículo 8.1 de la Convención[...].”²¹⁸

Si bien la Corte se detuvo a analizar el proceso penal y evaluar si en este se respetaron las garantías procesales del querellante particular, no preciso cuál era el fundamento o los argumentos que permitían realizar una interpretación tan amplia del artículo 8; simplemente, partió de la base que el querellante particular era titular de tales garantías.

Poco después, en el caso *Blake vs. Guatemala*²¹⁹, la Corte se enfrentó a un problema similar y tuvo la oportunidad de profundizar un poco más en los derechos procesales de las víctimas de graves violaciones de derechos

²¹⁸ *Ibíd.*, párr. 76.

²¹⁹ Corte IDH. Caso *Blake vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

humanos o sus familiares. Este caso se refiere a la desaparición forzada de Nicholas Blake el año 1985, tiempo en el que Guatemala aún no le reconocía competencia contenciosa a la Corte. Aunque la Corte se declaró incompetente para conocer de la violación del derecho a la vida²²⁰, estableció que las desapariciones forzadas constituyen una violación continuada de una serie de derechos. Por esta razón decidió que sí era competente para conocer los efectos de la desaparición forzada que continuaban produciéndose luego de que Guatemala le atribuyera competencia contenciosa.

Uno de estos efectos continuados sobre los que sí podía pronunciarse la Corte era la debida investigación de la desaparición forzada. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, en casos de desaparición forzada tal investigación es un derecho de los familiares de la víctima que se deriva de las garantías judiciales que consagra el artículo 8 de la CADH:

“Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto *“todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”* (Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2). En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención

²²⁰ La Comisión IDH y el Estado establecieron convencionalmente que la muerte de Blake se produjo en 1985.

Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por lo tanto, la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención.”²²¹

De esta forma, la Corte desprende del artículo 8 de la CADH una serie de derechos a favor de los familiares de las víctimas de desaparición forzada: a) que la desaparición sea efectivamente investigada por las autoridades competentes del Estado; b) que tal investigación se lleva a cabo por un tribunal competente, independiente e imparcial y en un plazo razonable (esto se deduce de la aplicación del artículo 8.1 de la CADH); c) que se sancione a los responsables, dependiendo del resultado de la investigación; y d) que se repare a las víctimas.

Cabe destacar que en el caso Blake la Corte se refiere a la obligación de investigar las graves violaciones a los derechos humanos como un derecho de los familiares de la víctima, sin mencionar si estos tienen derecho a participar

²²¹ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala., op. cit. párr. 96.

del proceso penal. Esto es una importante diferencia con respecto al caso Genie Lacayo. En este, como vimos, la Corte se refiere a los derechos procesales que le asisten al padre de la víctima en tanto querellante particular, como son el derecho a ser oído, a presentar prueba y a interponer recursos.

Si bien ambos casos representaron una estrategia ad hoc para hacer frente a la impunidad que siguió a graves violaciones a los derechos humanos, respecto de las cuales la Corte no podía pronunciarse por razones de competencia *ratio temporis*, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte continuó dando forma y reafirmado esta doctrina, aun en casos en los que sí tenía competencia para abordar las graves violaciones.

En su desarrollo posterior, la jurisprudencia de la Corte estableció, adoptando lo que fue la doctrina de la Comisión IDH en el caso Blake, que la obligación de investigar, sancionar, cuando fuese pertinente, y reparar los daños derivados de graves violaciones a los derechos humanos se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. Así lo declaró la Corte en un caso que trataba sobre desapariciones forzadas:

“En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les

impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. Ninguno de estos derechos fue garantizado en el presente caso a los familiares de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera.”²²²

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte también ha sido uniforme al declarar que las víctimas o sus familiares²²³ tienen derecho a participar en los procesos penales destinados a investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. En varios casos la Corte ha establecido una relación entre dicho derecho y las legislaciones nacionales que contemplan tal participación a través de la figura del querellante particular. Por ejemplo, en el caso Rosendo Cantú la Corte declaró:

“La Corte también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación. Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprende de las normas convencionales de

²²² Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 130.

²²³ Quién o quiénes eran los titulares de tales derechos dependía del resultado de la violación: si la violación producía la muerte de la víctima, los titulares eran sus familiares directos; en caso contrario, el titular era la víctima. MUJICA, I. y MORALES, S., op. cit. p. 42.

derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.”²²⁴

Como puede apreciarse, la Corte hace referencia a la legislación nacional (en este caso de México) que establece la obligación de investigar y perseguir ciertos delitos de oficio y que permite la participación de la víctima o sus familiares en el proceso penal, con el fin de apuntalar o reafirmar su doctrina. Pero en ningún caso, hace depender tales derechos de lo que diga la legislación interna de los Estados. Que estos derechos “además” se deriven de la legislación interna, permite reforzar las obligaciones del Estado, pero no establecer que esta es la fuente a partir de la cual la Corte condena al Estado.

Un aspecto importante de esta doctrina, que la Corte no ha precisado lo suficiente, es el que dice relación con las garantías concretas que deben atribuírseles a las víctimas o sus familiares para que cuenten efectivamente con “amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los respectivos procesos”. Si

²²⁴ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 176. En el mismo sentido: Caso Cabrera García Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 192.

bien la Corte no se ha referido a este respecto de forma sistemática, sí ha dado ciertas orientaciones. Por ejemplo, en el caso de la Masacre de la Rochela, la Corte, refiriéndose al proceso penal en el que se investigaban la ejecución extrajudicial de un grupo de personas, señaló:

“En cuanto a la participación de las víctimas, se debe garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones que tenían por objeto esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades”²²⁵.

En otro caso, la Corte incluso decidió aplicar el artículo 8.2 al referirse a los derechos de las víctimas o sus familiares en el proceso penal. En el caso en cuestión, la Corte consideró que el Estado había violado el derecho a defensa de un familiar de una de las víctimas al impedir que pudiera querellarse en la audiencia en que se conoció la causa:

“Asimismo, Venezuela violó el artículo 8.2 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la señora Alejandra Josefina Iriarte de Blanco, al no permitirle en la audiencia preliminar de 6 de septiembre de

²²⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 195.

2002 celebrada en el Juzgado Quinto de Primera Instancia en lo Penal en Función de Control Judicial del Estado Vargas, ejercer su derecho a expresar los fundamentos de su petición con relación a la acusación fiscal y negar a su abogado la presentación de su respectivo poder, impidiendo de esta manera que pudiera querellarse en el acto mismo de la audiencia en representación de la señora Iriarte de Blanco, lo cual no le permitió ejercer el derecho a presentar su defensa e interrogar a personas que pudieran arrojar luz sobre los hechos que configuran la desaparición forzada de su esposo”²²⁶.

Por último, nos parece relevante destacar que la doctrina de la Corte que hemos expuesto en esta sección fue utilizada por esta para condenar al Estado de Chile en el caso Almonacid por la impunidad de la grave violación de derechos humanos que afectó a la víctima. En dicho caso, la Corte condenó al Estado por infringir los artículos 8 y 25 de la CADH al impedir que los familiares de la víctima “ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad.”²²⁷

En conclusión, la Corte ante graves violaciones de derechos humanos ha dado forma a una doctrina que tiene por objeto impedir la impunidad y reforzar

²²⁶ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 65.

²²⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile., op. cit. párr. 126.

los derechos de las víctimas. Tal doctrina consiste en derivar la obligación de investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, así como el derecho de las víctimas a ser oídas y actuar en los respectivos procesos, de una interpretación conjunta de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH.

3.2.2. Casos que no constituyen violaciones graves a los derechos humanos

Los derechos y estándares que hemos visto hasta ahora son los que la Corte ha desarrollado en casos de graves violaciones de derechos humanos, que son la mayoría de los casos que le ha tocado conocer. Sin embargo, especialmente en el último tiempo, la Corte ha conocido esporádicamente de casos que no constituyen violaciones graves. Con esto nos referimos a delitos ordinarios, de muy disímil gravedad, que no son cometidos en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas, caracterizado por la impunidad.

Es importante notar que no toda violación de derechos humanos es constitutiva de delito, o mejor dicho, no toda violación merece ser tipificada como delito. Por ejemplo, piénsese en dos casos contra el Estado de Chile, *Atala Riffo e hijas* y *“Última Tentación de Cristo”*. En ellos se condenó al Estado por violar los derechos a la libertad de expresión, a la intimidad y a no ser discriminado, entre otros, y sin embargo, a nadie se le ocurrió que debía seguirse una investigación y juicio penal contra alguno de los responsables. En

otro tipo de casos lo que se cuestiona es la utilización de la herramienta penal para proteger ciertos derechos, como el derecho a la honra y a la intimidad²²⁸. En este apartado no nos referiremos a estos casos ni a estas discusiones, sino a las violaciones que virtualmente todos los Estados han tipificado como delitos.

También es importante precisar que en este apartado no pretendemos contestar a la pregunta acerca de si, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, a las violaciones no graves de derechos humanos deben o no aplicarse ciertas causales excluyentes de responsabilidad penal, como la prescripción o la amnistía, como ocurre en las graves violaciones de derechos humanos. Este problema no es relevante para el asunto sobre el que trata esta memoria. Las preguntas que sí son relevantes dicen relación con dos cuestiones: (1) existe una obligación del Estado de investigar y, en su caso, sancionar los delitos ordinarios que violan derechos humanos y (2) deben atribuirse a las víctimas derechos en los procesos penales que se ventilan para investigar y sancionar tales delitos.

Respecto del primer punto, la Corte distingue dependiendo de la gravedad de los delitos cometidos y de la naturaleza del derecho lesionado. Mientras más grave sea el delito y más fundamental el derecho vulnerado, mayor será el estándar que se exija al Estado en relación a la investigación y, en su caso, sanción de los responsables de la violación. En efecto, la Corte

²²⁸ Sobre la tipificación de los delitos de injuria y calumnias puede verse, por ejemplo: Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina., op. cit.

distingue entre delitos graves, como ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y tortura, y delitos de menor magnitud. En el primer caso, la persecución penal debe cumplir con altos estándares de diligencia y efectividad, más aún si tales delitos se cometieron en un contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos (graves violaciones). En delitos que no constituyan violaciones de cierta magnitud, la Corte da a entender que el Estado tiene cierta discrecionalidad para definir si tales delitos deben perseguir de oficio o no. Asimismo, la Corte continúa señalando que el deber de investigación y sancionar se ve reforzado por la legislación interna. Así lo señaló la Corte en el caso Ríos y otros:

“La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”, incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de *jus cogens*. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. Se considera que en esos casos la

impunidad no será erradicada sin la determinación de las responsabilidades generales –del Estado- e individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares-, complementarias entre sí. Por la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún si existe un contexto de violación sistemática de derechos humanos, los Estados se hallan obligados a realizar una investigación con las características señaladas, de acuerdo con los requerimientos del debido proceso. El incumplimiento genera, en tales supuestos, responsabilidad internacional del Estado.”

“La obligación de investigar “no sólo se desprende de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados Parte, sino que además se deriva de la legislación interna que haga referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas”. Así, corresponde a los Estados Parte disponer, de acuerdo con los procedimientos y a través de los órganos establecidos en su Constitución y sus leyes, qué conductas ilícitas serán investigadas de oficio y regular el régimen de la acción penal en el procedimiento interno (...)”²²⁹

Sin embargo, la Corte no ha precisado bien cuáles son estos estándares. Por ejemplo, en el caso *Kawas*, que se refiere al homicidio de un ambientalista, la Corte señaló que la investigación debía ser “*ex officio*, sin dilación, seria,

²²⁹ Corte IDH. Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 283 y 284.

imparcial y efectiva”²³⁰. Y en el caso Vera Vera, que trata sobre la muerte de un preso producto de una negligencia médica, la Corte se refiere al deber de investigar en los mismos términos²³¹. Es decir, frente a delitos de diversa gravedad o en caso de violaciones graves de derechos humanos la Corte suele referirse en los mismos términos al deber de investigar que pesa sobre el Estado, lo cual dificulta precisar cuáles es el estándar exigible en cada caso.

Respecto al segundo asunto –la participación que les corresponde a las víctimas en el proceso penal- la jurisprudencia de la Corte presenta ciertas ambigüedades. En algunas sentencias, pareciera que la Corte otorga a los Estados un margen amplio de discreción para definir dicha participación. Por ejemplo, en el caso Carvalho y otros vs. Brasil, que trataba del asesinato de un defensor de derechos humanos, la Corte dio por probado que los familiares de la víctima tuvieron una participación limitada en el proceso penal contra el presunto autor del homicidio: se les negó el pedido de que cierta testigo fuera escuchada en el juicio oral y se limitó la posibilidad de ejercer algunos recursos en contra de las decisiones que afectaban el desarrollo del juicio oral en contra del imputado. Lamentablemente, la Corte no realiza un análisis exhaustivo de las consecuencias de estas restricciones. Simplemente señaló que:

²³⁰ Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 75.

²³¹ Corte IDH. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226, párr. 87.

“En el presente caso, la Corte tomó en cuenta el acervo probatorio y los alegatos presentados por las partes, y efectuó un acucioso examen del conjunto de las actuaciones policiales y judiciales realizadas [...].

[...]

De lo expuesto, [...] [la Corte] considera que no se ha demostrado que el Estado haya violado los derechos a la protección y a las garantías judiciales, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con Jaurídice Nogueira de Carvalho y Geraldo Cruz de Carvalho.”²³²

De este tratamiento, a pesar del escueto análisis de la Corte, podemos concluir que una limitación a la participación de la víctima en cuanto a la presentación de testigos y la interposición de recursos no sería contraria a la CADH. Una conclusión como esta no sería posible si la Corte aplicara a un caso como este su doctrina que señala que el derecho de acceso a la justicia de las víctimas -que se deduce de una interpretación conjunta de los artículos 8 y 25- implica que estas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos.

Sin embargo, esta conclusión contradice lo señalado expresamente por la Corte en fallos recientes. Tanto en el caso Vera Vera como en el caso

²³² Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161, párrs. 79 y 81.

Nodge Darzema -ambos casos tratan de delitos ordinarios-, la Corte aplicó tal doctrina y condenó a los Estados por la violación de los artículos 1.1, 8 y 25. En dichos casos la Corte no establece ninguna diferencia respecto a la participación de las víctimas en los procesos penales entre violaciones graves y no graves de derechos humanos. Tanto en unos como en otros, el estándar de participación de la víctima que exige la CADH es el mismo. Así lo señala la Corte en el caso Vera Vera:

“La Corte ha señalado que del artículo 8 de la Convención Americana se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación. Asimismo, la Corte ha considerado que los Estados tienen la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre

y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).”²³³

En conclusión, aunque la Corte distingue entre graves violaciones de derechos humanos y violaciones no graves (constitutivas de delitos) en cuanto al estándar de diligencia y eficacia en la investigación y, en su caso, sanción de los responsables, tal distinción no es precisa. No es del todo claro cuál es el estándar exigible a los Estados en la persecución de los delitos ordinario (no cometidos en contexto de violaciones sistemáticas), en relación a las violaciones graves de derechos humanos. Por otro lado, respecto a la participación de la víctima en el proceso penal, la jurisprudencia reciente de la Corte ha aplicado el mismo criterio tanto en las violaciones graves como en el caso de violaciones no graves. Es decir, en ambos casos las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y participar en los procesos.

3.2.3. Críticas a la jurisprudencia de la Corte y posición del Comité de Derechos Humanos

Tal como expusimos al comienzo de esta sección, la CADH, así como otros tratados de derechos humanos, no establece en ninguno de sus artículos un derecho a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos de participar en el proceso penal por medio del cual se busca sancionar a los

²³³ Corte IDH. Caso Vera Vera vs. Ecuador., op. cit. párr. 86. En idéntico sentido: Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 199.

responsables de tales violaciones. Aunque la Corte ha declarado que sí son titulares de derechos procesales, como hemos mostrado en este apartado, no ha logrado dar un fundamento jurídico claro que sustente la atribución de dichos derechos. Por esta razón, la ex jueza de la Corte MEDINA ha criticado el actuar de la Corte señalando que en casos como los reseñados acá esta “aplicó las normas del debido proceso en un proceso penal a alguien que no era el acusado sino el acusador, sin fundamentar las razones jurídicas de la fuente internacional de la que se podía desprender el derecho que tenía el afectado para ser oído ante el tribunal.”²³⁴

Esta crítica se base en argumentos que es bueno considerar. La razón principal es la que ya hemos señalado: los tratados internacionales no le asignan a las víctimas de delitos ningún derecho procesal, ni explícita ni implícitamente. Y esto no se debe a un olvido, sino que tiene una razón.

El derecho penal moderno regula una relación de derecho público entre el Estado y los particulares, estableciendo las condiciones que deben cumplirse para que el primero pueda imponer un tipo de sanciones, las más graves, a los segundos. Si bien el derecho penal tiene como propósito proteger bienes jurídicos que en la mayoría de los casos están radicados en particulares –y que en su mayoría son coincidentes con los intereses que protegen los derechos humanos-, esto no implica que estos tengan un derecho a la sanción penal.

²³⁴ MEDINA, C. 2009. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, N° 5. p. 28.

Esto es así pues, el sentido o fin de las penas no es satisfacer un interés privado de las víctimas, sino socorrer un interés público, ya sea que se sostenga que este consiste en prevenir la ocurrencia futura de delitos, reafirmar la vigencia de la norma de comportamiento violada o algún otro fin público semejante²³⁵.

El sentido público del derecho penal moderno se refleja, como es obvio, en el proceso penal, pues este no es otra cosa que el mecanismo para verificar si se cumplieron o no las condiciones que establece el derecho sustantivo para imponer una pena a alguien. En razón de su carácter público, virtualmente todos los sistemas procesales modernos establecen un órgano estatal encargado de la persecución penal. Esto no obsta a que los sistemas procesales nacionales establezcan derechos procesales a favor de las víctimas. Sin embargo, en doctrina, por regla general, no se ha afirmado que tales derechos son el reflejo procesal de un derecho sustantivo a la pena que le asiste a las víctimas, sino, más bien, se ha señalado que tal participación tiene propósitos públicos, como fiscalizar la labor del persecutor oficial, o llevar a cabo por sí mismas la persecución a nombre de la sociedad.²³⁶

Justamente la diversidad de formas de incorporar a la víctima en el proceso penal que se han desarrollado en las legislaciones nacionales –entre

²³⁵ Como se sabe esta es una materia profusamente debatida por la doctrina. Sobre esto no diremos más que lo señalado en el cuerpo principal.

²³⁶ BOVINO, A. 2003. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Argentina, Ediciones del Puerto.

las que se incluye su no incorporación- es una razón más para no consagrar en los tratados internacionales derecho procesales a su favor, y por supuesto, es una razón para no deducir jurisprudencialmente de dichos tratados tales derechos.

Todo lo dicho hasta acá no quiere decir que el Estado no esté obligado a perseguir penalmente ciertas violaciones de derechos humanos como una forma de garantizar dichos derechos, y que tal persecución deba realizarse de forma diligente y seria. Negar que existan derechos procesales a favor de las víctimas no implica negar que la primera doctrina de la Corte, esa que sustentaba en la obligación general de garantía el deber de investigar y sancionar, cuando correspondiere, las violaciones de derechos humanos, esté justificada. En efecto, no existe necesidad de sustentar una doctrina tan distante de la letra de los tratados, para impedir que ciertos delitos queden en la impunidad. Basta declarar que el Estado está obligado a investigar y sancionar, en su caso, algunas violaciones de derechos humanos, las más graves, y que tal obligación debe ser cumplida de forma diligente y seria, para condenar a los Estados por los estados de impunidad que se deriven del incumplimiento de tales obligaciones.

Esta es, justamente, la doctrina que ha sustentado el Comité de Derechos Humanos. En varios pronunciamientos el Comité ha señalado que el Estado si bien está obligado a investigar ciertas violaciones de derechos

humanos como consecuencia de su obligación general de garantía, las víctimas de tales violaciones no tienen derecho a exigir al Estado la persecución y sanción penal de los responsables. En otras palabras, el Comité, en coherencia con lo que señala el PIDCP, ha declarado que los particulares no tienen derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona, sin perjuicio de que el Estado este obligado a imponer dicha sanción (si se cumplen las condiciones que establece el sistema penal), como forma de cumplir con su obligación de garantía. Así lo ha señalado el Comité:

“Por último, el Comité ha mantenido reiteradamente que el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona. / Veanse los dictámenes adoptados en los casos Nos. 213/1986 (H.C.M.A.c. los Países Bajos), el 30 de marzo de 1989, párr. 11.6; N° 275/1988 (S.E. c, Argentina) , el 26 de marzo de 1990, párr.5.5; Nos. 343 a 345/1988, (R.A., V.N. y otros c. Argentina), el 26 de marzo de 1990, párr 5.5/ No obstante, el Comité estima que el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable

a fortiori en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados.”²³⁷

Es decir, para el Comité de Derechos Humanos las víctimas no tienen derecho a reclamar del Estado que enjuicie y sancione penalmente a los responsables del delito respecto del cual son víctimas. Como contrapartida, tampoco tienen derecho a las garantías procesales que buscan proteger dicho derecho. De este modo, el Comité se aparta de la jurisprudencia de la Corte IDH, sosteniendo una interpretación más restrictiva de las llamadas garantías judiciales que contemplan tanto la CADH como el PIDCP.

3.2.3. Conclusión

En síntesis, en esta materia no es posible arribar a una conclusión del mismo modo que en los casos anterior, pues los estándares internacionales son equívocos respecto del llamado derecho al debido proceso penal de las víctimas de delitos. Sin embargo, para realizar el ejercicio que se propone esta memoria necesitamos adoptar una decisión. Por ello, para efectos de esta memoria asumiremos que las víctimas de delitos sí son titulares del derecho al debido proceso, tal como lo sostiene la Corte IDH. Las razones de esta decisión las expondremos en el capítulo IV, pues escapan al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

²³⁷ Comité de Derechos Humanos. José Vicente y Otros v. Colombia. Decisión de 19 de agosto de 1997.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE SE REFIEREN A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO

277

1. Introducción

Hasta junio de 2014, el Tribunal Constitucional (TC) ha conocido y fallado cinco requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los que la norma cuestionada fue el art. 277 del CPP. En todos ellos se alegó que la diferencia establecida por el legislador al no permitir que ningún interviniente, salvo el Ministerio Público, pudiese apelar el auto de apertura era inconstitucional, al menos en su aplicación a cada caso en concreto. En consecuencia, el TC ha dictado cinco fallos al respecto:

- a. De 28 de enero de 2010, en la causa rol 1535-2009, donde el requirente era un querellante y el Tribunal acogió la acción por 5 votos contra 3;
- b. De 9 de septiembre de 2010, en la causa rol 1502-2009, donde el requirente era un imputado y el Tribunal acogió la acción por 5 votos contra 4;
- c. De 29 de enero de 2013, en la causa rol 2330-2012, donde el requirente era un querellante, en este caso el Ministerio del Interior y Seguridad

Pública, y el Tribunal declaró rechazada la acción por existir empate de votos;

- d. De 9 de enero de 2014, en la causa rol 2323-2012, donde el requirente era un imputado y el Tribunal rechazó la acción por 6 votos contra 4; y
- e. De 9 de enero de 2014, en la causa rol 2354-2012, donde nuevamente el requirente era un imputado y el Tribunal rechazó la acción por 7 votos contra 3.

A continuación, analizaremos los argumentos que fueron esgrimidos por el TC para fundamentar cada una de aquellas decisiones. Para dar mayor sistematicidad al análisis, agruparemos las sentencias según la posición jurídica del requirente (imputado o querellante) en el procedimiento penal en el cual se invocó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2. Sentencias que se refieren al imputado

El TC ha dictado tres sentencias en las que el requirente fue un imputado. En la primera, falló a favor de la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 277, mientras que en las dos posteriores rechazó el requerimiento. Esta diferencia no responde a un cambio de opinión de algunos de los ministros del TC respecto de la constitucionalidad del precepto en cuestión, sino más bien a una diferencia en ciertos aspectos formales de los casos, además del cambio de composición del tribunal. En los dos casos en que el TC resolvió rechazar el requerimiento, el elemento que inclinó la balanza

de los votos en tal sentido fue el hecho de que los procedimientos penales en cuestión no habían llegado al estado en el que el juez de garantía debía resolver qué pruebas podrían rendirse en el juicio, por lo tanto, no se había decidido la exclusión de prueba alguna. Esto determinó que uno de los ministros que había decidido declarar la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 277 en el primer caso, Marisol Peña Torres, resolviera rechazar los requerimientos posteriores. Aquella ministra, junto con Domingo Hernández Emparanza, concurrieron al rechazo de los últimos requerimientos con la prevención de que lo hacían solo en base a que la circunstancia procesal antes dicha, pues acoger el requerimiento hubiese implicado un examen abstracto del artículo en cuestión, lo cual no está permitido en sede de inaplicabilidad.

Para analizar estas sentencias dividiremos esta sección en dos partes. En la primera, analizaremos la sentencia que acogió el requerimiento presentado por el imputado y, en la segunda, haremos lo propio con las dos sentencias que rechazaron los recursos. Esta distribución no se debe tanto a la parte resolutive de las sentencias, sino a los fundamentos que las sustentan. Al estudiar dichas sentencias es posible observar una evolución en los argumentos que fundan tanto los votos que se inclinan por rechazar los requerimientos como aquellos que se inclinan por acogerlos. Esta evolución es más clara en los votos que deciden acoger los requerimientos que en los que resuelven rechazarlos; sin embargo, en ambos casos se aprecia un cambio positivo, al menos, en la formulación de los argumentos. No obstante lo anterior,

dicha evolución no implica un cambio sustantivo, en ninguna de las dos posiciones, respecto de la interpretación de algunos de los derechos que están envueltos en estos casos.

2.1. Sentencia rol N° 1502-2009: el TC acoge el requerimiento interpuesto por el imputado

En la segunda sentencia del Tribunal Constitucional que se refirió a la constitucionalidad del artículo 277 del CPP quien impugnó su aplicabilidad en el proceso penal fue un imputado por el delito de parricidio. En la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, el requirente-imputado ofreció antecedentes destinados a desacreditar la supuesta convivencia entre él y la víctima. Convivencia que, a su vez, era el elemento fáctico que justificaba la calificación de los hechos imputados como parricidio y no homicidio, con la correspondiente agravación de la pena. Entre las pruebas ofrecidas se encontraban el certificado de contribuciones de la propiedad en que vivía la víctima y la cartola tributaria de la misma, con mención de la declaración jurada de su domicilio. Ambos documentos fueron obtenidos de la página web del SII.

En el Auto de Apertura del Juicio Oral, el Juez de Garantía resolvió excluir tales pruebas por estimar que ellas fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal. Las garantías que invocó el juez para su resolución fueron el derecho de propiedad de los datos personales y el

derecho a la privacidad. Debido a esta decisión, la defensa del imputado decidió recurrir ante el Tribunal Constitucional para que este declarase la inaplicabilidad del artículo 277 del CPP.

En un fallo dividido, el Tribunal Constitucional sostuvo que la aplicabilidad al caso del precepto en cuestión era inconstitucional. A continuación, analizaremos y evaluaremos los votos de mayoría y minoría de esta sentencia.

2.1.1. Voto de mayoría a favor de acoger el requerimiento

El voto de mayoría²³⁸ divide su análisis en dos partes, de acuerdo a los derechos que según el requirente le son vulnerados por la aplicación de la disposición del artículo 277. En primer lugar, analiza si la aplicación de dicha norma vulnera el derecho al debido proceso del imputado y, en segundo lugar, si la diferencia de trato que establece el artículo en cuestión es discriminatoria. Por último, el voto de mayoría se hace cargo de ciertos argumentos presentes en el voto de minoría que pretenden justificar la disposición del artículo 277.

Respecto al derecho recogido en el artículo 19 N° 3, el Tribunal comienza precisando un aspecto de su contenido, vinculado al debido proceso penal y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos:

“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

²³⁸ Nota: A este voto concurrieron los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Marisol Peña Torres, Marcelo Venegas Palacios y Mario Fernández Baeza.

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.”²³⁹

Es decir, de acuerdo con el TC, el debido proceso penal se vulnera cuando se otorga a uno de los intervinientes un derecho procesal que tiene por objeto reclamar contra una resolución judicial, mientras que a otro interviniente, que también puede verse agraviado por la misma resolución, se le niega el mismo derecho. En este sentido, la afectación se produce porque a un interviniente –el Ministerio Público- se le concede un arma o mecanismo para proteger el interés que representa, mientras que a su contraparte –la parte acusada- se le niega.

Considerando este argumento, la vulneración no se produce porque la ley niegue un recurso al imputado, sino por la desigualdad de armas generada por la diferencia establecida en la ley. Pero como vimos en el capítulo anterior, el proceso penal es un asunto complejo que establece posibilidades de intervención dependiendo del rol que le cabe a cada interviniente. Por ello, para poder juzgar una diferencia establecida por la ley, se requiere tener en cuenta qué posibles razones pueden justificarla. Es decir, debido a que los

²³⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de septiembre de 2010. Rol N° 1502-09, considerando 8°.

intervinientes en el proceso penal no son iguales en relación a su rol –como sí ocurre en los procesos civiles-, es posible que la ley establezca diferencias y, por ejemplo, disponga que en una determinada etapa o acto procesal, solo un interviniente tenga un derecho a impugnar una resolución, en razón de su rol. Por supuesto, esto no puede implicar que el imputado se vea impedido de impugnar una decisión que le perjudica, mientras que la parte acusadora –que puede verse afectada de modo similar- sí puede hacerlo, ya que eso afectaría el principio de igualdad de armas y el derecho a defensa. Pero eso no quiere decir que el momento de la impugnación deba ser el mismo, si es que hay razones para establecer una distancia entre esos momentos.

El segundo argumento que sostuvo el Tribunal relativo al debido proceso dice relación con “el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización.”²⁴⁰ Aunque el TC no es claro respecto a este punto, en parte por lo escueto de su desarrollo, pareciera que su argumento apunta a la falta de un recurso a favor del imputado para impugnar la resolución que establece los medios de prueba que podrán rendirse en el juicio oral. El único considerando al respecto, señala lo siguiente:

“Que, por lo mismo, no condice con los parámetros de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso penal, la circunstancia de que el imputado se vea privado de la posibilidad de apelar contra la

²⁴⁰ *Ibidem*, considerando 9°.

resolución que determina lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean.”²⁴¹

Pareciera que el Tribunal sostiene que uno de los “momentos” de la jurisdicción esta dado por el acto que determina cuales serán los medios de prueba que servirán para esclarecer los hechos que rodean al caso. Así se entiende que para el Tribunal, de acuerdo al considerando recién citado, el imputado debe contar con un recurso de apelación para impugnar la resolución que establece los medios probatorios (es decir, la que los excluye), con independencia de si la ley establece dicho recurso a favor del Ministerio Público. El hecho de que el tribunal considere a esta resolución un “momento” de la actividad jurisdiccional se explica por la importancia de tal resolución. Como dice el Tribunal, esta resolución determina en la práctica todo el juicio oral, ya que parte importante de este versará sobre cuestiones fácticas que necesariamente se resuelven a través de la prueba.

Como señalamos en el capítulo anterior, el derecho al recurso exige que todo asunto relevante en términos procesales que pueda causar indefensión, como es la determinación de los medios probatorios que podrán usarse en el juicio, debe poder impugnarse con el fin de que un tribunal superior revise la corrección de la resolución en cuestión. Sin embargo, esto no quiere decir que

²⁴¹ *Ibidem*, considerando 10°.

la ley deba establecer un recurso para impugnar directamente la resolución que causa un agravio de esa magnitud, sino que debe existir la posibilidad de impugnarla a través de un recurso, aunque este no impugne directamente la resolución que causó indefensión. Esto último quiere decir que, por ejemplo, la ley podría diferir la posibilidad de impugnar una resolución que puede causar indefensión porque el impacto de tal indefensión se produce al momento de dictarse otra resolución, por regla general, la sentencia definitiva.

Esta última consideración podría ser lo que está detrás del hecho de que el artículo 277 niegue al imputado el derecho de apelar contra la resolución que establece cuales son los medios de prueba que podrán rendirse en el juicio oral. Esto es así, pues el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal establece como causal para recurrir contra la sentencia definitiva que se hayan infringido sustancialmente derechos o garantías reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, en cualquier etapa del procedimientos o en el pronunciamiento mismo de la sentencia. Es decir, si a algún interviniente titular de derechos reconocidos en la Constitución o en Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, como lo es el imputado, se le han vulnerado derechos procesales básicos, como el derecho a rendir los medios probatorios pertinentes, entonces podrá impugnar la sentencia definitiva y lograr que se anule el juicio.

Respecto al derecho a no ser discriminado, el TC también comienza su análisis estableciendo el contenido del derecho. En primer lugar, establece la típica fórmula que gobierna al principio de igualdad: “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas.”²⁴² Luego, como necesario complemento, señala cuáles son los criterios para diferenciar una distinción legítima de una discriminación:

“Se ha señalado asimismo 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.”²⁴³

Las palabras que usa el TC para dotar de contenido al principio de igualdad son ambiguas. No es claro qué significa que las diferencias que establece la ley para ser legítimas deben resultar indispensables o deben perseguir una finalidad necesaria y tolerable. Sobre todos estos criterios la pregunta que cabría hacer es: ¿respecto de qué? El Tribunal podría haber aclarado estas dudas si hubiese aplicado estos criterios al asunto del que conocía; sin embargo, en la sentencia solo dedicó dos párrafos a este problema

²⁴² *Ibidem*, considerando 11°.

²⁴³ *Ibidem*.

y casi exclusivamente para afirmar lo arbitrario de la medida. En la considerando más sustantivo sobre esta materia el Tribunal señaló:

“En efecto, siendo lógico que al amparo del artículo 277, inciso segundo, examinado, el ministerio público pueda apelar, en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado, no lo es que a éste se le impida levantar -con iguales posibilidades procesales- una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos.”²⁴⁴

El problema de la sentencia del TC radica en la falta de consideración de las posibles razones que podrían justificar la diferencia que establece la disposición del artículo 277. Como bien comienza estableciendo el TC, el principio de igualdad no proscribire toda diferencia sino solo las arbitrarias, las cuales pueden identificarse aplicando una serie de criterios que funcionan al modo de un test. Si la diferencia cumple con cada uno de esos criterios, entonces es legítima y constitucional. Por el contrario, si no los cumple es ilegítima y el TC debe declarar su inconstitucionalidad –en este caso, la inconstitucionalidad de la aplicación de la diferencia a un caso concreto-. Por esta razón, es importante aclarar el contenido de estos criterios y aplicarlos de forma coherente al caso, pues si no, se corre el riesgo de que la decisión carezca de fundamento.

²⁴⁴ *Ibidem*, considerando 12°.

Como advertimos en el capítulo anterior, para aplicar estos criterios debe tenerse en cuenta cuáles son los posibles fines o razones que sustentan la diferencia y luego analizar si el medio elegido (la distinción) es adecuado, necesario y proporcional. Pero la Sentencia del TC no hace nada de eso; por el contrario, comienza señalando que la diferencia carece de fundamento. Esto es equivalente a comenzar un argumento por su conclusión, pues una vez que declaramos que la diferencia no tiene fundamento, solo resta decir que esta es inconstitucional. Por esta razón, el análisis debe comenzar al revés, analizando los posibles fundamentos y, luego de descartarlos, realizar una declaración en el sentido en que lo hizo el Tribunal.

Solo en la parte final del voto de mayoría, bajo el título “Consideraciones finales”, el TC se hace cargo de un posible fundamento que podría dotar de razonabilidad a la disposición analizada. Específicamente, se refiere al recurso de nulidad y a la causal consagrada en el artículo 373 letra a) del CPP, que permitiría al imputado reclamar contra la exclusión de alguna de sus pruebas, si aquello le provoca indefensión. Al respecto, el TC señala que no le corresponde “sopesar otras vías procesales con que cuente el requirente para obviar la inconstitucionalidad solicitada.”²⁴⁵ Y agrega luego que la cuestión sometida a su decisión solo concierne a la diferencia infundada que establece el artículo 277, respecto a la titularidad del recurso de apelación. Es decir, el TC deshecha

²⁴⁵ *Ibidem*, considerando 16°.

cualquier argumento que pueda apelar a otros medios de protección, ya que para él eso escapa de la cuestión concreta que se debate.

El problema de este argumento es que no ve que los actos que componen el proceso penal están conectados, de manera tal que el fundamento de una disposición puede descansar en otra, situada en una etapa diferente del proceso. Por ello, para evaluar la constitucionalidad de una disposición que regula un acto del proceso penal, puede no bastar referirse solo a ella misma; frecuentemente será necesario analizarla en su relación con otra disposición que puede en parte dotarla de razonabilidad.

En síntesis, de este voto cabe resaltar cuatro aspectos. En primer lugar, efectúa un análisis excesivamente simple al determinar que se vulnera la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos “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”²⁴⁶. Es excesivamente simple, pues no considera que en el proceso penal cada interviniente tiene diferentes posibilidades de intervención dependiendo de su rol en el mismo. Y, en atención a aquella diferencia de roles, es legítimo que el legislador establezca que todos los intervinientes puedan impugnar determinada decisión judicial en diversos momentos, si es que hay razones legítimas para establecer una distancia entre esos momentos.

²⁴⁶Ibídem, considerando 8°.

En segundo lugar, estamos en desacuerdo con la idea de que la imposibilidad de apelar el auto de apertura signifique para el imputado una vulneración al debido proceso. Como señalamos en el capítulo segundo de esta memoria, el derecho al recurso exige que todo asunto relevante que pueda causar indefensión debe poder ser revisado por un tribunal superior. Sin embargo, esto no quiere decir que la ley deba establecer un recurso para impugnar directamente la resolución que causa un agravio de esa magnitud, sino que debe existir la posibilidad de revisión a través de un recurso, tal como lo permite el recurso de nulidad.

En tercer lugar, enuncia un test que coincide con el desarrollado en el marco del DIDH, pero su aplicación resulta insuficiente. Pues, no evalúa los posibles fundamentos que podrían dotar de legitimidad a la distinción del artículo 277 del CPP y, además, no atribuye a la norma una finalidad en relación a la cual estimar la necesidad y proporcionalidad de la diferencia establecida.

En cuarto lugar, no se refiere en ningún momento a la facultad del imputado de recurrir de nulidad en base a la exclusión injustificada de pruebas ofrecidas por este. Esto es un grave error, pues desconoce que la norma cuya inaplicabilidad se requería forma parte de un sistema normativo complejo. Por lo tanto, para ponderar adecuadamente tanto el fundamento como las consecuencias de la diferencia establecida, el análisis debió haberse referido al

otro gran medio para controlar la decisión del juez de garantía de excluir pruebas, es decir, el recurso de nulidad.

2.1.2. Voto de minoría por el rechazo del requerimiento

El voto de minoría²⁴⁷ sostiene argumentos formales y sustantivos para rechazar el requerimiento. Sobre los argumentos formales no nos referiremos en esta memoria porque no interesan al problema que esta busca resolver. Respecto de los argumentos sustantivos, el voto de minoría ofrece, de manera poco sistemática, una serie de razones que explicarían y legitimarían la disposición cuestionada, las cuales apuntan, al igual que en el voto de mayoría, a ciertos aspectos del debido proceso penal y al derecho de igualdad.

En cuanto al fondo, el voto de minoría comienza señalando que la disposición cuestionada del artículo 277 es coherente con el sistema que crea la Constitución y la ley en materia de persecución penal. De acuerdo con este sistema, señala el voto de minoría, al Ministerio Público le corresponde dirigir la investigación de forma exclusiva y ejercer la acción penal pública. Respecto de la investigación, el Ministerio Público debe ordenar y practicar diligencias destinadas a aclarar los hechos que rodean el caso. Los demás intervinientes, por su parte, si quieren que se realicen determinadas diligencias, deben solicitarlo al Ministerio Público, quien las llevara a cabo solo si lo considera pertinente. En relación a la acción penal, el voto de minoría destaca que el

²⁴⁷ Nota: a este voto concurrieron los Ministros Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes, Hernán Vodanovic Schnake y José Antonio Viera Gallo.

Ministerio Público es quien formaliza la investigación, acusa y sustenta ante un tribunal dicha acusación.

De esta regulación, el voto de minoría desprende una conclusión extraña; según su criterio de esto se deduce que solo al Ministerio Público “le perjudica la exclusión de la prueba por causal de ilicitud.”²⁴⁸

Esta conclusión es extraña ya que justamente el recurso de inaplicabilidad que interpuso el imputado se basa en la decisión del Juez de Garantía de excluir dos medios de prueba presentados por aquel, por considerar que tales medios se obtuvieron con inobservancia de garantías fundamentales, es decir, por ser pruebas ilícitas. Lo extraño es que pareciera que el voto de minoría no toma en consideración este hecho. Este, simplemente, sostiene que la exclusión de pruebas por la causal de ilicitud solo puede afectar al Ministerio Público, sin hacerse cargo de la resolución que motivó el recurso de inaplicabilidad. La única forma que tenía el voto de minoría de sostener esto de manera coherente era señalando que el Juez de Garantía se había equivocado al excluir medios de prueba presentados por el imputado por la causal de ilicitud, ya que esta no se aplica a los medios presentados por este, y que el imputado podía reclamar contra tales exclusiones por intermedio de otros recursos, en especial, a través del recurso de nulidad. Sin embargo, el

²⁴⁸ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 11°.

voto de minoría no dijo nada al respecto, razón por la cual su posición carece de fundamento.

En relación con lo anterior, el voto de minoría presentó otro argumento que también es difícil de interpretar. Señaló que la exclusión de prueba por la causal de ilicitud no es un simple agravio para el Ministerio Público, sino que también “significa que ha fallado en su deber de respetar y promover los derechos esenciales de la persona (artículo 5, inciso segundo de la Constitución). De ahí nace su legitimidad para apelar.”²⁴⁹ Es decir, pareciera que el voto de minoría sostiene que el Ministerio Público tiene derecho a apelar en virtud de que su legitimidad simbólica está puesta en duda si se le excluye prueba por la causal de ilicitud.

El problema de este argumento es que no toma en cuenta que las normas que otorgan facultades al Ministerio Público dentro del proceso penal no tienen como fin proteger a este contra graves imputaciones –como haber violado derechos fundamentales en la obtención de pruebas-, sino proteger la persecución penal. Es esta actividad la que buscan resguardar normas como la del artículo 277 y no amparar al Ministerio Público cuando se lo acusa de haber incumplido sus deberes constitucionales.

Otro argumento que presenta el voto de minoría para justificar la diferencia que establece el artículo 277 dice relación con los principios de

²⁴⁹ Ídem.

legalidad y eficiencia. De acuerdo con estos principios, la obligación del Ministerio Público de perseguir todos los delitos que lleguen a su conocimiento (principio de legalidad) está matizada por la necesidad de que lo haga solo cuando la persecución pueda resultar efectiva (principio de eficiencia). Y la persecución solo podrá ser efectiva si el Ministerio Público cuenta con pruebas suficientes y pertinentes. Por tanto, sostiene el voto de minoría, si tales pruebas se excluyen del juicio, es lógico que la ley le otorgue la facultad de apelar al Ministerio Público²⁵⁰.

Sin embargo, este argumento no logra explicar por qué la facultad se otorga al Ministerio Público y no al imputado. Si bien es cierto que la ley busca garantizar una persecución penal eficaz, para lo cual es necesario que el Ministerio Público cuente con medios de prueba suficientes, esto no justifica la diferencia que establece el artículo 277, pues el imputado, por su parte, debe contar con medios de pruebas para realizar una defensa eficaz, cosa que también merece protección legal.

Al parecer el voto de minoría se percata de este déficit, y en el considerando siguiente explica por qué a su juicio el imputado no requiere la misma protección –aunque no establece una conexión entre ambos argumentos-. El razonamiento del voto de minoría se basa en el derecho a la presunción de inocencia que asiste al imputado. Como se sabe, una

²⁵⁰ *Ibíd.*, Voto de Minoría, considerando 12°.

consecuencia de este derecho es que la carga de la prueba recae en el acusador. Esto significa que a menos que el acusador logre acreditar, más allá de toda duda razonable, que al acusado le cabe una participación punible en el delito investigado, este deberá ser absuelto por el tribunal. De acuerdo con el voto de minoría, de este derecho se desprende que el imputado no tiene que probar nada en el proceso y que por ello “se explica que no tenga necesidad de apelar a la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba.”²⁵¹

Respecto a este argumento, estimamos que la presunción de inocencia si bien implica que el imputado podría, como estrategia de defensa, simplemente negar los cargos y esperar que el acusador no logre superar el estándar probatorio que se exige en materia penal, evidentemente sí podría estar interesado en presentar pruebas desinada a desvirtuar alguna de las condiciones que el derecho penal exige para imponer una pena. En efecto, el Código Procesal Penal regula en una serie de artículos la oportunidad y el modo en que el imputado debe presentar sus medios de prueba. Si no le correspondiese presentar prueba, estos artículos carecerían de objeto, lo cual es absurdo. Sin embargo, como veremos en el próximo capítulo, la presunción de inocencia, y la consiguiente distribución de la carga de la prueba, es de relevancia a la hora de evaluar la diferencia que establece el artículo 277. Esto porque la presunción de inocencia implica una diferencia entre el acusador y el

²⁵¹ *Ibíd*em, Voto de Minoría, considerando 13°.

acusado relativa a la necesidad de contar con medios de prueba para que el juicio posterior tenga sentido. Si el acusador no cuenta con medios de prueba suficientes, el juicio oral carece de sentido ya que su resultado estaría predeterminado por ese hecho. No sucede lo mismo a la inversa, si es el imputado quien no cuenta con medios probatorios el juicio seguirá siendo útil, ya que esta carencia no prejuzga su resultado.

Por último, el voto de minoría sostiene que el código procesal penal contempla otros medios a través de los cuales el imputado puede cautelar su derecho al debido proceso, por lo cual este no queda indefenso frente a la decisión del Juez de Garantía de excluir una o más pruebas presentadas por aquel. Principalmente, el voto de minoría se refiere al recurso de nulidad y específicamente a la causal contemplada en el artículo 373 letra a). Esta causal permite recurrir de nulidad contra la sentencia definitiva si en esta o en cualquier etapa del procedimiento se hubiesen infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Por medio de este recurso, sostiene el voto de minoría, el imputado podría impugnar la decisión del juez de garantía de excluir algunas de sus pruebas, si considera que tal exclusión vulneró su derecho al debido proceso. Por tanto, el proceso penal contempla un medio para que un tribunal superior evalúe si la exclusión de prueba que afecta al imputado vulneró el derecho a defensa de este.

Este argumento, a diferencia de los mencionados anteriormente, sí es pertinente respecto al cuestionamiento hecho al artículo 277 fundado en el debido proceso. Si el imputado puede recurrir contra la decisión que excluye alguna de sus pruebas, en la medida que tal exclusión es injustificada y vulnera su derecho a defensa, entonces su derecho al recurso está salvaguardado. Sin embargo, este argumento por sí solo no logra justificar la diferencia que establece el artículo 277, para esto se requeriría un argumento que justifique el hecho de negar una arma procesal al imputado que sí se le concede al Ministerio Público, lo cual no se logra invocando solamente la posibilidad de interponer un recurso de nulidad luego de la sentencia definitiva. En el próximo capítulo volveremos sobre esto.

En síntesis, destacamos los siguientes puntos de este voto. En primer lugar, es falso que, dado los roles que asigna el sistema procesal nacional a cada interviniente, solo el Ministerio Público pueda verse perjudicado por la exclusión de prueba. Lo anterior resulta evidente si se considera que justamente en el procedimiento penal en el cual se interpuso el requerimiento de inaplicabilidad que dio origen a este arbitrio constitucional el juez de garantía resolvió excluir pruebas de descargo ofrecidas por el imputado. No obstante, debemos reconocer que es posible sostener que las reglas de exclusión no se aplican a las pruebas ofrecidas por el imputado. Sin embargo, al no referirse a este punto, el argumento de los Ministros concurrentes a este voto carece de fundamento.

En segundo lugar, el razonamiento tendiente a justificar la diferencia que establece la disposición en análisis en el agravio calificado que sufriría el Ministerio Público en virtud de su deber de respetar y promover los derechos esenciales de la persona también debe ser descartado. La finalidad de las normas que otorgan facultades procesales al Ministerio Público es la persecución penal y no la honra, prestigio o legitimidad simbólica del ente acusador.

En tercer lugar, el argumento que halla la justificación de la diferencia entre el Ministerio Público y los demás intervinientes en los principios de legalidad y eficiencia que rigen el actuar del primero tampoco es satisfactorio. Apunta en la dirección correcta, pero el modo en el que es planteado solo logra explicar por qué el ente acusador puede apelar el auto de apertura, pero no otorga razones para negárselo al imputado. Cuando el voto agrega que la presunción de inocencia es lo que explica que el imputado “no tenga necesidad de apelar a la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba”²⁵², no soluciona este déficit, pues la afirmación es errónea. En efecto, la presunción de inocencia no obsta a que el imputado podría verse interesado en ofrecer prueba de descargo, lo cual es reconocido por el CPP al regular la oportunidad y modo en que debe hacerlo.

²⁵²Ibidem, Voto de Minoría, considerando 13°.

En cuarto lugar, el voto está en lo correcto cuando señala que el imputado no está indefenso frente a la exclusión de pruebas ofrecidas por él. Efectivamente, el CPP contempla la posibilidad de recurrir de nulidad tras la celebración del juicio si es que durante la preparación del mismo se excluyeron pruebas trascendentes sin justificación.

2.2. Sentencias roles N° 2323-2012 y 2354-2012: el TC rechaza el requerimiento interpuesto por el imputado

Las dos últimas sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277 resolvieron sendos requerimientos presentado por dos imputados. Ambas sentencias son casi idénticas tanto en la distribución de sus votos como en las razones que los sustentan. Esto último, creemos, se debe a que ambas fueron dictadas el mismo día y porque los hechos relevantes y los argumentos presentados por cada parte fueron los mismos.

En ambos casos el TC tuvo que resolver el mismo problema. Se trataban de imputados que antes de la audiencia preparatoria (de un juicio oral o de un juicio simplificado) interpusieron un recurso de inaplicabilidad contra el artículo 277 ante el riesgo que el respectivo Juez de Garantía excluyera alguna(s) de sus pruebas por la causal de ilicitud. Es decir, a diferencia del caso que vimos en el apartado anterior, donde el juez de garantía ya había dictado su resolución excluyendo dos pruebas presentadas por el imputado, en estos no

había ocurrido ninguna exclusión al tiempo de presentarse los recursos, solo existía el temor –expectativa- de que eso sucediera.

Esta circunstancia fue decisiva en las sentencias del TC. En ambos casos, la balanza se inclinó por rechazar los recursos, debido a que dos ministros que en la anterior sentencia habían participado del voto que declaraba la inaplicabilidad del artículo 277 decidieron rechazar los requerimientos porque estos pretendían un examen abstracto y no concreto de la constitucionalidad de la disposición en cuestión, tal como lo exige el recurso de inaplicabilidad.

Por esta razón, aunque ambas sentencias rechazaron por mayoría de votos los recursos presentados, no podemos decir que la opinión que el TC sostuvo en su primer fallo haya cambiado. Esto es así porque si las circunstancias hubiesen sido las mismas que las del primer caso, es decir, si el juez de garantía ya hubiese dictaminado la exclusión de alguna prueba, seguramente el voto de mayoría hubiese acogido el requerimiento.

A continuación presentaremos los votos de mayoría de ambas sentencias, sin hacer alusión al aspecto formal que mencionamos recién, ya que no tiene relevancia para el problema que se plantea esta memoria. Luego, presentaremos los argumentos de los votos de minoría. En ambos casos trataremos conjuntamente las dos sentencias y haremos referencia a una u otra indistintamente, ya que, como dijimos, ambas son idénticas.

2.2.1. Voto de mayoría por el rechazo del requerimiento

Los votos de mayoría²⁵³ comienzan estableciendo algunos criterios que guiarán la interpretación del asunto sometido a su decisión. En primer lugar, señalan 4 características del recurso de apelación que establece el artículo 277. Primero, que se trata de un recurso único, es decir, que el Auto de Apertura del Juicio Oral solo será recurrible a través de la apelación que consagra el artículo 277. Luego, que el recurso solo lo puede interponer el Ministerio Público. Enseguida, que se trata de un recurso que solo procede cuando la exclusión de pruebas se decreta porque la prueba deriva de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. En consecuencia, tal recurso no procede por el mero agravio sino que tiene causales regladas y estrictas. Finalmente, señalan que el recurso de apelación se concede en ambos efectos, haciendo excepción a la regla general establecida en el CPP, conforme con la cual los recursos de apelación solo se conceden en su efecto devolutivo²⁵⁴.

Luego, se refieren al carácter excepcional de la apelación en el proceso penal. Sobre esto sostienen que dicho carácter ha sido reconocido y validado

²⁵³ Nota: al voto de mayoría de la sentencia de la causa rol 2323-2012 concurrieron los Ministros Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes, Hernán Vodanovic Schnake y Gonzalo García Pino, junto con los votos de prevención de los Ministros Domingo Hernández Emparanza y Marisol Peña Torres. Por su parte, las votaciones fueron idénticas en la sentencia de la causa rol 2354-2012, salvo por la Ministra María Luisa Brahm Barril, quien pasó de votar a favor de acoger el requerimiento a votar por el rechazo del mismo. De esta manera, al voto de mayoría de esta última sentencia concurrieron los Ministros Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes, Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y María Luisa Brahm Barril, junto con los votos de prevención de los Ministros Domingo Hernández Emparanza y Marisol Peña Torres.

²⁵⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2323-2012, considerando 4° y Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2354-2012, considerando 5°.

por el propio TC en varias de sus sentencias. Como consecuencia de este carácter, la solicitud que hace el recurrente en orden a que se le conceda a él también el recurso que contempla el artículo 277, implicaría, de ser acogida, que el TC se extralimite en sus competencias, pues estaría creando un recurso no establecido en la ley, cosa que solo le corresponde hacer al legislador²⁵⁵.

En tercer lugar, los votos de mayoría se detienen en los fundamentos que estarían detrás de la diferencia que establece el artículo 277. Esto, más que criterios de interpretación, son argumentos que sustentan la decisión del TC; de hecho, tales considerandos son reiterados luego cuando los votos de mayoría se refieren al fondo del asunto. Por ello, no se observa cuál es el fin de exponer dichos fundamentos como criterios de interpretación y no únicamente como argumentos que sostienen la decisión.

De acuerdo con el TC, tales fundamentos serían, por un lado, los principios de legalidad y eficiencia que gobiernan la actividad del Ministerio Público, y por otro, el derecho de presunción de inocencia que ampara al imputado. Debido a que ambos argumentos son reiterados en los considerandos sobre el fondo, será cuando tratemos estos que explicaremos sus implicancias.

Respecto a los argumentos que sustentan la decisión de los votos de mayoría, estos se articulan en dos apartados. El primero se refiere a la

²⁵⁵ *Ibíd*em, considerandos 5°, 6° y 7° y considerandos 6°, 7° y 8°, respectivamente.

supuesta vulneración del derecho a la igualdad que produciría la disposición del artículo 277. Y el segundo, trata sobre la supuesta afectación al derecho al debido proceso.

Para evaluar si la disposición en cuestión vulnera el derecho a la igualdad, el TC utiliza un test compuesto de tres variables: (1) existe una medida que establece una diferencia, (2) la medida es o no razonable y objetiva, y (3) la medida es o no desmedida²⁵⁶.

En relación al primer elemento, el TC reconoce que la disposición establece una diferencia entre el Ministerio Público y los demás intervinientes, incluido el imputado, en cuanto a la posibilidad de apelar la decisión de excluir pruebas. Sin embargo, respecto al segundo elemento, señala que tal diferencia tiene fundamento y que este está dado por varias razones.

La primera razón a la que hace referencia el TC es al rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal. De acuerdo con el CPP, señalan los votos de mayoría, el Ministerio Público debe ejercitar y sustentar la acción penal, es decir, le corresponde promover la persecución penal. Para esto, dirige la investigación de forma exclusiva, le corresponde cerrarla y definir el curso de acción posterior (solicitar el sobreseimiento, acusar o comunicar la decisión de no perseverar)²⁵⁷.

²⁵⁶ *Ibíd*em, considerando 17° de ambas sentencias.

²⁵⁷ *Ibíd*em, considerando 18° de ambas sentencias.

La segunda razón apunta a que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia. Como consecuencia, al Ministerio Público le corresponde desvirtuar dicha presunción, para lo cual, en su acusación, debe señalar los medios de prueba de que piensa valerse en el juicio. De aquello derivaría la facultad que tiene el fiscal de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa en caso de que se excluya prueba considerada esencial para sustentar su acusación²⁵⁸.

La tercera razón expuesta por el TC se relaciona con la anterior y se refiere a que es el Ministerio Público quien debe recolectar la prueba y, por lo tanto, es quien puede incurrir en la causal de exclusión de prueba consistente en “inobservancia de garantías fundamentales”²⁵⁹.

En consecuencia, señalan los votos de mayoría, “dada esa diferencia de roles y deberes, el Ministerio Público se encuentra facultado para apelar si se le excluye prueba.”²⁶⁰

Por último, respecto al tercer elemento, el TC señala tres razones por las que la diferencia que dispone el artículo 277 no es desmedida o desproporcionada. En primer lugar, sostiene que es un juez quien decide la exclusión de prueba luego de una audiencia en la que hay oportunidad de debatir y controvertir. Por lo tanto, tal decisión no es un acto unilateral, sino que

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Ídem.

proviene de un tercero imparcial. En segundo lugar, porque la apelación es excepcional en el sistema instaurado por el CPP. En tercer lugar, la medida no es desproporcionada ya que el resto de los afectados puede reclamar mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva.

Tales argumentos son los mismos que están presentes en el voto de minoría de la sentencia rol 1502-2009, la única diferencia es que ahora se les expone de manera más sistemática, dentro del marco del test que ha diseñado el TC para evaluar la legitimidad de las distinciones. Sin embargo, esto no cambia los problemas que identificamos al analizar dicho fallo. A continuación, expondremos por qué esto es así, reconstruyendo los argumentos del TC según la matriz que proporciona el test de legitimidad desarrollado en el DIDH.

Podríamos sostener que la finalidad que el TC atribuye implícitamente a la disposición del artículo 277 es proteger la persecución penal. Esta, como señala el TC, está a cargo del Ministerio Público, quien para llevar a cabo su función con eficiencia y efectividad debe contar con medios de prueba suficientes que le permitan sostener la acción penal. Por esta razón, si el Juez de Garantía excluye pruebas presentadas por el Ministerio Público, resulta adecuado, en aras de proteger la persecución penal, otorgar a este la facultad de apelar dicha exclusión.

El problema de este argumento es que solo justifica que se le otorgue dicho recurso al Ministerio Público, pero no que se le niegue al imputado. Para

justificar esto último, el TC invoca el derecho a la presunción de inocencia. De acuerdo con los votos mayoría, de dicho derecho se deriva que el imputado no tiene interés en presentar prueba, pues la presunción de inocencia determina que quien debe convencer a los jueces de que se han cumplido todas las condiciones que el derecho penal exige para penar al imputado, es el acusador. Y tal actividad –convencer al tribunal- se lleva a cabo a través de los medios de prueba. Por lo tanto, el único que tiene interés en recolectar y presentar medios de prueba es el acusador. Sin embargo, como sostuvimos en el anterior apartado, esto es falso, el imputado sí puede tener interés en presentar medios de prueba y tal interés es reconocido por el CPP en una serie de artículos que regulan el modo y la oportunidad en la que aquel puede hacerlo.

Tanto es así, que el TC al evaluar la proporcionalidad de la medida, señala que los demás intervinientes pueden reclamar de la exclusión de prueba mediante el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva²⁶¹. Pero esto no tendría ninguna importancia si de verdad el imputado no tuviese interés en presentar medios de prueba. Pues, ¿qué relevancia podría tener que el imputado cuente con un medio de reclamo frente a una decisión, si esta no puede afectarle? O el recurso de nulidad atenúa el perjuicio que causa la diferencia que establece el artículo 277, o bien, no puede existir tal perjuicio toda vez que el imputado no tiene interés en presentar medios de prueba. Una de ambas preposiciones puede ser verdadera, pero no las dos.

²⁶¹ *Ibíd*em, considerando 20° de ambas sentencias.

En conclusión, los argumentos presentados por los votos de mayoría no logran justificar la diferencia que dispone el artículo 277.

En cuanto a la supuesta afectación que generaría la aplicación del artículo 277 en el derecho al debido proceso, los votos de mayoría apuntan a desvirtuar los argumentos que sostienen que tal aplicación vulneraría el derecho al recurso.

El TC basa su decisión en el hecho de que el imputado no queda indefenso, la ley establece medios para cautelar su derecho al debido proceso. En efecto, la ley reconoce el derecho del imputado de impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir pruebas, a través del recurso de nulidad contra la sentencia definitiva. El mismo artículo 277 destaca este hecho al disponer que la apelación del Ministerio Público se entiende “sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad contra la sentencia definitiva”. El recurso de nulidad es un medio idóneo para cautelar los derechos del imputado, ya que tiene entre sus causales el hecho de que se hayan infringido sustantivamente, en la dictación de la sentencia o en cualquier etapa del procedimiento, derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por lo tanto, si el imputado considera que la decisión de

excluir alguna de sus pruebas vulneró su derecho al debido proceso, podrá interponer dicho recurso²⁶².

Enseguida, los votos de mayoría sostienen que si bien en una primera mirada pareciera que esta solución va contra el principio de economía procedimental, ya que esperar hasta la sentencia definitiva podría significar una pérdida de tiempo, lo cierto es que luego de un análisis más detenido, la conclusión debiera ser la inversa. Esto, pues en la sentencia definitiva se puede medir con claridad el impacto que tuvo en los derechos del imputado la exclusión de prueba. Es decir, solo a la luz del contenido de la sentencia definitiva (condenatoria o absolutoria) se podrá ver el real impacto de la exclusión de prueba²⁶³.

En este argumento quisiéramos detenernos un momento para notar ciertas implicancias que podrían derivarse de él, en relación al derecho a la igualdad. Si a través de la sentencia definitiva se puede evaluar el real impacto de la exclusión de prueba, entonces cabría preguntar ¿por qué no se difiere la oportunidad de recurrir contra la exclusión de prueba luego de la sentencia definitiva también en el caso del Ministerio Público? En la respuesta a esta pregunta debiera estar el fundamento que dote de legitimidad a la diferencia que dispone el artículo 277 del CPP, y no en el supuesto desinterés del imputado en la prueba. En el próximo capítulo ensayaremos una respuesta a

²⁶² *Ibíd*em, considerando 21° de ambas sentencias.

²⁶³ *Ibíd*em, considerando 22° de ambas sentencias.

esta pregunta, que si bien está vinculada a la presunción de inocencia, no deriva de esta un supuesto desinterés en la prueba por parte del imputado.

Por último, el TC reconoce que el derecho al recurso es una garantía que integra el debido proceso penal, pero que aquel no asegura el derecho a un recurso específico. De acuerdo con los votos de mayoría, debido a que el imputado goza del derecho a deducir el recurso de nulidad, se concluye que lo que el requerimiento sostiene es que la única forma de garantizar el derecho al recurso es mediante el recurso de apelación, lo cual contradice lo que el mismo Tribunal Constitucional ha resuelto en varias sentencias, a saber, que si bien el derecho al recurso es parte esencial del debido proceso, este no es equivalente al recurso de apelación. Lo que el derecho al recurso asegura, sostiene el TC, es que no haya indefensión y que los recursos sean efectivos. Por lo tanto – esto está implícito en el razonamiento del TC-, el derecho al recurso está a salvo a través del recurso de nulidad, ya que este es un recurso efectivo que permite evaluar las decisiones que pudieran causar indefensión a lo largo del proceso²⁶⁴.

Este argumento sobre el derecho al recurso es consistente con los estándares internacionales presentados en el capítulo anterior. Pues, el recurso de nulidad –por ahora nos referiremos únicamente a su formulación normativa- otorga al imputado la facultad de impugnar la decisión que excluye alguna de

²⁶⁴ *Ibidem*, considerandos 24° y 25° de ambas sentencias.

sus pruebas, si estima que tal exclusión vulneró su derecho al debido proceso. Como el derecho a la prueba es reconocido como tal por los tratados internacionales, este puede ser el fundamento –único- que sustente un recurso de nulidad. Es por esto que cualquier exclusión ilegal de prueba que afecte las posibilidades de defensa del imputado puede ser atacada a través del recurso de nulidad.

En síntesis, de estos votos destacamos dos aspectos fundamentales. En primer lugar, los argumentos basados en la diferencia de roles y deberes entre Ministerio Público y el imputado explican la facultad del primero para apelar contra la decisión de excluir pruebas, pero no que se le niegue al segundo. Los Ministros concurrentes insisten en la idea, planteada en el voto de minoría de la sentencia 1502-2009, de que el único que tiene interés en recolectar y presentar medios de prueba es el acusador. Sin embargo, como se dijo, esto es falso.

En segundo lugar, el voto por el rechazo de ambas sentencias articula de manera precisa la manera en que el recurso de nulidad impide la indefensión del imputado ante la decisión del juez de garantía de excluir prueba y, además, satisface el derecho al recurso. Señala que el principio de economía procedimental sugiere que es razonable esperar a la sentencia definitiva para que pueda revisarse la decisión de excluir prueba, pues en aquel momento se puede medir con claridad el impacto que tuvo la exclusión de prueba. Si bien el

TC no ahonda en este punto en estas sentencias, ni en las demás, este es clave para comprender la justificación de la diferencia establecida entre el Ministerio Público y los demás intervinientes. Esto será tratado en el capítulo siguiente.

2.2.2. Voto de minoría a favor de acoger el requerimiento

Los votos de minoría²⁶⁵ comienzan explicando por qué la diferencia que dispone el artículo 277 en relación al recurso de apelación afecta al imputado. En tal sentido, señalan que si bien podría sostenerse que la exclusión de prueba que regula el inciso tercero del artículo 276, la llamada prueba ilícita, no afecta al imputado, ya que el sentido de esta radica en la preservación de la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* -por lo cual solo afectaría al Ministerio Público-, lo cierto es que los tribunales han respaldado la tesis contraria, a saber, que la prueba obtenida por el imputado también puede adolecer de ilicitud y que, por ello, puede ser excluida en base al inciso tercero del artículo 276. Solo asumiendo lo anterior, tiene sentido plantearse la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277 en relación a los derechos del imputado²⁶⁶.

²⁶⁵ Nota: al voto de minoría de la sentencia de la causa rol 2323-2012 concurrieron los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y María Luisa Brahm Barril. Por su parte, las votaciones fueron idénticas en la sentencia de la causa rol 2354-2012, salvo por la Ministra María Luisa Brahm Barril, quien pasó de votar a favor de acoger el requerimiento a votar por el rechazo del mismo. De esta manera, al voto de minoría de esta última sentencia concurrieron los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán.

²⁶⁶ *Ibidem*, Voto de Minoría, considerandos 4° y 5° de ambas sentencias.

Al igual que los votos de mayoría, los votos de minoría dividen su análisis en dos partes. En primer lugar, evalúan la disposición del artículo 277 en relación al derecho al debido proceso del imputado²⁶⁷ y, en segundo lugar, abordan el problema desde la perspectiva del derecho a no ser objeto de diferencias arbitrarias²⁶⁸. En ambos casos, los votos de minoría articulan sus argumentos como una respuesta a lo sostenido en los votos de mayoría.

En cuanto al debido proceso, los votos de minoría apuntan en dos direcciones, siguiendo lo que según su criterio serían los argumentos de los votos de mayoría. En primer lugar, su razonamiento se dirige a rebatir los argumentos que se sostienen en el carácter excepcional del recurso de apelación²⁶⁹. Y en segundo lugar, en los argumentos que se basan en la supuesta suficiencia del recurso de nulidad contra las sentencias definitivas²⁷⁰.

De acuerdo con los votos de minoría, el carácter excepcional que tiene el recurso de apelación en el procedimiento penal no es el ámbito analítico relevante, ya que el problema “se reduce a uno en que sí existe apelación, pero ésta se concede sólo a una de las partes”²⁷¹. Es decir, no es relevante la constatación global de que el actual proceso penal cuanta con menos posibilidades de apelación que el anterior, sino que, asumiendo la necesidad de consagrar el recurso de apelación respecto de una situación específica, lo

²⁶⁷ Ibídem, Voto de Minoría, considerandos 7° al 16° de ambas sentencias.

²⁶⁸ Ibídem, Voto de Minoría, considerandos 17° a 26° de ambas sentencias.

²⁶⁹ Ibídem, Voto de Minoría, considerandos 8° al 10° de ambas sentencias.

²⁷⁰ Ibídem, Voto de Minoría, considerandos 11° al 16° de ambas sentencias.

²⁷¹ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 9° de ambas sentencias.

importante es resolver si es justificable o no que proceda para una de las partes y no para la otra. En este sentido, lo que señalan los votos de minoría es que los votos de mayoría se equivocan de foco, lo relevante sería la diferencia entre acusador y acusado que establece el artículo 277 respecto del recurso de apelación, y no el régimen general del recurso en cuestión.

A continuación, los votos de minoría intentan rebatir el argumento que se basa en la supuesta suficiencia del recurso de nulidad. Tal argumento sostiene que el recurso de nulidad que contempla el CPP contra las sentencias definitiva otorga al imputado la posibilidad de impugnar la decisión del juez de garantía de excluir alguna de sus pruebas si dicha exclusión vulneró su derecho al debido proceso, en especial, si vulneró su derecho a contar con medios de prueba para acreditar sus afirmaciones de hecho. Considerando que existe un recurso que asegura la doble conformidad con respecto a la exclusión de prueba, entonces la disposición del artículo 277 no adolece de inconstitucionalidad con respecto al debido proceso.

Para refutar este argumento, los votos de minoría recurren a la jurisprudencia de la Corte Suprema. De acuerdo con los votos de minoría, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido errática a la hora de acoger o rechazar recursos de nulidad por haberse excluido prueba con infracción a garantías fundamentales. Como muestra, el voto de minoría cita cuatro sentencias de la Corte Suprema. La primera acogió un recurso de nulidad

interpuesto por el imputado, otras dos lo rechazaron por motivos de fondo y, la última sentencia citada, también rechazó la impugnación del imputado, pero esta vez por motivos de orden procesal.

En la primera de las sentencias citadas, la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad y fundó su decisión en que la irregular exclusión de prueba que afectó al imputado, lo puso en una posición evidentemente desventajosa, vulnerando con ello su derecho al debido proceso²⁷². No obstante, señala el voto que "... dicha sentencia fue acordada con dos votos disidentes de la Excma. Corte Suprema en relación a la posibilidad de acoger la nulidad por la causal del 373 letra a) del Código Procesal Penal..."²⁷³, lo cual haría plausible que, eventualmente, no exista la posibilidad práctica de revisar la decisión del juez de garantía. Lo señalado por el voto en comentario es inexacto, pues los votos disidentes de aquella sentencia de la Corte Suprema se basaron en un análisis sustancial de la prueba que fue excluida por el juez de garantía y la trascendencia para lo dispositivo del fallo de la misma. En ningún caso contrvirtieron la facultad del imputado de utilizar el recurso de nulidad para impugnar de forma indirecta el auto de apertura. Esto queda reflejado en el razonamiento de los aludidos disidentes:

"...la pericia cuya incorporación solicitaba la defensa del enjuiciado de autos, (...) correspondió en realidad a una serie de observaciones al

²⁷² Ibídem, Voto de Minoría, considerando 13° de ambas sentencias. Los votos de minoría citan a: Corte Suprema. Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Rol N° 8637-2011.

²⁷³ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 14° de ambas sentencias.

[informe] que en su oportunidad había desarrollado el Servicio Médico Legal, el que de todas maneras igualmente fue sometido al control probatorio de los todos los intervinientes en el juicio oral, **de manera tal que no se vislumbra la mentada trascendencia que precisa el recurrente**, desde que igualmente tuvo oportunidad para contrastarlo a la luz de su teoría del caso, respetándose a su respecto la garantía que denuncia como vulnerada, de todo lo cual aparece de toda evidencia que lo que en realidad censura son aspectos relativos a la valoración de las evidencias, para cuyos efectos la señalada causa no le es útil.”²⁷⁴

En las siguientes dos sentencias de la Corte Suprema que fueron citadas por los ministros del TC a favor de acoger el requerimiento, la Corte habría adoptado una interpretación más restrictiva de la causal de nulidad del artículo 373, letra a), en cuanto a la revisión de la exclusión de prueba por parte del juez de garantía. En opinión de los ministros del TC, en dichas sentencia la Corte Suprema habría afirmado que la legalidad de la exclusión de prueba no sería una materia susceptible de ser discutida en sede de nulidad, ya que ella está entregada de forma privativa al juez de garantía y al tribunal de alzada²⁷⁵.

²⁷⁴ Corte Suprema. Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Rol N° 8637-2011. Voto disidente del Ministro Jaime Rodríguez y del abogado integrante Alberto Chaigneau.

²⁷⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2323-2012. Voto de Minoría, considerando 15° y Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2354-2012. Voto de Minoría, considerando 15°. Los votos de minoría citan a: Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Rol N° 1741-2010 y Corte Suprema. Sentencia de 24 de junio de 2010. Rol N° 2333-2010.

Debido a que existe la posibilidad que la Corte Suprema tenga una interpretación restrictiva como la recién expuesta, señala el voto de minoría, la viabilidad de una impugnación por parte del imputado de la decisión del juez de garantía de excluir prueba se vuelve incierta. Como consecuencia, el recurso nulidad no tendría el carácter de suficiencia que le adjudican los votos de mayoría en cuanto a la cautela del derecho al debido proceso del imputado; por lo tanto –esto no es dicho explícitamente por los votos de minoría, pero está implícito en su argumento-, la aplicación del artículo 277 sí afecta el derecho a un procedimiento justo y racional.

Sin embargo, este argumento se basa en una errónea interpretación de las sentencias de la Corte Suprema que fueron citadas. Una lectura atenta de ambas sentencias permite concluir que la Corte sostiene que el recurso de nulidad es una vía idónea para impugnar, indirectamente, el auto de apertura.

Ambos fallos resuelven sobre la misma situación. Durante la audiencia de preparación del juicio oral o simplificado, según el caso, el Ministerio Público ofreció pruebas que el juez de garantía excluyó por considerarlas ilícitas; ante lo cual, el ente acusador interpuso un recurso de apelación que resultó acogido. Luego de llevarse a cabo el juicio, se dictó una sentencia condenatoria que fue impugnada por la defensa mediante un recurso de nulidad basado en el art. 373, letra a), del CPP. El fundamento de este último recurso, en ambos casos, fue que durante el juicio se valoraron pruebas ilícitas, debido a que fueron

incorporados al auto de apertura por decisión de las respectivas Cortes de Apelaciones.

En la sentencia de la causa rol 1741-2010, la Corte Suprema declaró que, si bien la controversia en torno a la ilicitud de la prueba aportada por el Ministerio Público quedó resuelta de manera definitiva con la sentencia de alzada respecto al punto, por disposición expresa del art. 277, inciso segundo, del CPP es de su “competencia privativa” conocer los motivos de invalidación que fueron invocados²⁷⁶. En efecto, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que dictó la sentencia impugnada por el recurso de nulidad interpuesto en dicha causa señaló en el considerando décimo quinto de aquella que: “Para los sentenciadores de mayoría resulta claro que el tema de la ilicitud de la prueba ha sido una cuestión que ya fue debatida y resuelta en sede de garantía, por lo que en principio, es un elemento que no puede ser objeto de controversia nuevamente”. La Corte Suprema, simplemente reafirma que el tribunal de instancia no tenía competencia para revisar la decisión firme de la Corte de Apelaciones cuando señala en el considerando décimo del fallo de nulidad que:

“De todo lo anterior fluye ‘como lo resalta el veredicto del Tribunal Oral’ que la controversia en torno a la ilicitud de la prueba aportada por el Ministerio Público quedó resuelta de manera definitiva, una vez escuchados los argumentos de los intervinientes, con la resolución firme

²⁷⁶ Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Rol N° 1741-2010, considerando 11° y Corte Suprema. Sentencia de 24 de junio de 2010. Rol N° 2333-2010, considerando 4°.

ya citada, que, al determinar su incorporación al auto de apertura del juicio oral, validó como lícita esa evidencia; en tal virtud, se trata de una materia que, a juicio de estos sentenciadores, **no es factible de ser objeto de una nueva discusión en esta sede**, ya que ella está entregada de modo privativo al juez de garantía y al tribunal de alzada, debiendo darse por concluido el debate sobre ese tópico.”²⁷⁷

Por lo tanto, cuando el máximo tribunal se refiere a “esta sede” alude al juicio de instancia y no a la sede de nulidad. Esta es la única interpretación que permite comprender que en el considerando siguiente señale lo siguiente:

“Que, sin perjuicio de lo anterior y atendido que el inciso 2º del artículo 277 del Código Procesal Penal, después de conceder al Ministerio Público el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia que excluye pruebas por los motivos señalados en el inciso 3º del artículo 276, previene que lo dispuesto 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, **esta Corte se hará cargo del motivo de invalidación esgrimido en ambos arbitrios procesales, que es de su competencia privativa.**”²⁷⁸

Luego, la sentencia de nulidad procede efectivamente a analizar la licitud de las pruebas que sirvieron de base a la sentencia condenatoria. Termina por

²⁷⁷ Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Rol N° 1741-2010, considerando 10º.

²⁷⁸ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 11º de ambas sentencias.

rechazar el recurso debido a que "... la condena pronunciada en contra de las acusadas no se funda en pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales..."²⁷⁹, es decir, se refiere al fondo del asunto y no lo descarta por una supuesta improcedencia del recurso de nulidad interpuesto.

Lo dicho respecto del fallo de la causa rol 1741-2010 es plenamente aplicable al de la causa 2333-2010, puesto que los considerandos tercero y cuarto de esta última son, en esencia, iguales a los considerandos décimo y décimo primero de la primera.

En conclusión, en los fallos citados por el TC la Corte Suprema no niega que sea de su competencia conocer recursos basados en antecedentes como los indicados. Es más, afirma que dicha competencia es parte del rol que le otorgó el legislador de tener "la última palabra en materia de balance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, a través de la elaboración de una jurisprudencia consistente en esta materia"²⁸⁰. Si bien es cierto que rechazó los recursos interpuestos, lo hizo por estimar que las pruebas incorporadas a los respectivos juicios no eran de carácter ilícito y no por estimar que dichos recursos fuesen improcedentes.

²⁷⁹ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 25° de ambas sentencias.

²⁸⁰ Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Rol N° 1741-2010, considerando 11° y Corte Suprema. Sentencia de 24 de junio de 2010. Rol N° 2333-2010, considerando 4°. Citando a: HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2004. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial jurídica de Chile. Tomo II. p. 196.

La última sentencia de la Corte Suprema que fue citada por los ministros del TC para ilustrar la incertidumbre sobre la viabilidad de una impugnación por parte de la defensa de la decisión del juez de garantía de excluir fue la de la causa rol N° 2170-2013. En dicha sentencia, la Corte Suprema rechazó “por extemporáneo un recurso de nulidad por infracción a las garantías fundamentales interpuesto por la defensa de un condenado por no haberse excluido una prueba ilícita del Ministerio Público en un juicio seguido en su contra, pese a que en la audiencia de preparación al juicio oral se hizo presente el vicio alegado, con posterioridad, en el recurso de nulidad”²⁸¹. Esta es la única sentencia citada por los ministros del TC que efectivamente hace cierta mella en la certidumbre respecto de la efectividad del recurso de nulidad. La Corte Suprema señaló:

“Que en lo que atañe a (...) la infracción al debido proceso e inviolabilidad del hogar, que se esgrime también por la defensa, y que se plasma en la falta de orden judicial para efectuar el registro del domicilio del sentenciado y la consecuente incautación de evidencia -usada en el juicio oral condenatorio-, es necesario en primer lugar señalar que el vicio fue alegado en la audiencia de preparación del juicio oral, ocasión en que se plantea como **incidente de nulidad**, sin embargo a la luz de los expuesto por los intervinientes en estrados, esa no era la oportunidad

²⁸¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2323-2012. Voto de Minoría, considerando 16° y Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2354-2012. Voto de Minoría, considerando 16°. Los votos de minoría citan a: Corte Suprema. Sentencia de 11 de junio de 2013. Rol N° 2170-2013.

procesal para efectuar dicha alegación, ello porque al momento de verificarse la audiencia de control de detención o en la de formalización del imputado, la defensa debió denunciar la ilicitud de la prueba obtenida y pedir que se desechara la evidencia presentada por el Ministerio Público, por cuanto habría sido obtenida ilegalmente.

De lo expresado fluye claramente que la alegación hecha por medio del presente recurso de nulidad es del todo **extemporánea**.²⁸²

Posiblemente, el error de la defensa fue el haber planteado la cuestión durante la audiencia de preparación del juicio como un incidente de nulidad y no como una solicitud de exclusión de prueba en base a que fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. El régimen de nulidad del CPP respecto de actuaciones de investigación es sumamente deficiente y plagado de incertidumbres. El Senado modificó el proyecto original del CPP en orden a que la nulidad solo debería poder declararse respecto de “actuaciones o diligencias judiciales”, tenor que actualmente tiene el art. 159 del CPP²⁸³. Como explican HORVITZ y LÓPEZ, “...el Senado [al] restringir la posibilidad de aplicación de la sanción de nulidad procesal a las actuaciones o diligencias *judiciales*, el efecto que se logró fue el de convertir a la nulidad procesal en una sanción del todo inoperante de cara a su aplicación como hipótesis de prueba

²⁸² Corte Suprema. Sentencia de 11 de junio de 2013. Rol N° 2170-2013, considerando 7°.

²⁸³ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2002. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial jurídica de Chile. Tomo II. p.207.

ilícita”²⁸⁴. De esta manera, el punto alzado por el TC no encuentra respaldo indiscutido en esta última sentencia citada, pues incorpora un elemento que, si bien relacionado, no se encuentra planteado en la causa que estaba llamado a resolver: la exclusión de pruebas por provenir de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.

En cuanto al derecho a la igualdad, los votos de minoría sostienen que la diferencia que establece el artículo 277 entre el Ministerio Público y el imputado en relación a la exclusión de prueba es arbitraria, toda vez que frente a sujetos que se encuentran en la misma situación, la norma privilegia al persecutor por sobre el imputado. Para justificar su postura, los votos de minoría articulan sus considerandos con el propósito de refutar los dos argumentos que según ellos sostienen la posición de los votos de mayoría²⁸⁵. En primer lugar, se refieren al argumento según el cual el Ministerio Público y el imputado no se encontrarían en la misma posición si se mira el proceso en su globalidad, pues las partes tienen roles y exigencias diferenciadas²⁸⁶. Y en segundo lugar, se hacen cargo del argumento que justifica la diferencia de trato en razón de la importancia del valor de la eficiencia en la actividad del Ministerio Público²⁸⁷.

²⁸⁴ *Ibíd*em, p.209.

²⁸⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2323-2012. Voto de Minoría, considerandos 17° y 18° y Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N°2354-2012. Voto de Minoría, considerandos 17° y 18°.

²⁸⁶ *Ibíd*em, Voto de Minoría, considerandos 19° al 23° de ambas sentencias.

²⁸⁷ *Ibíd*em, Voto de Minoría, considerandos 24° al 26° de ambas sentencias.

Respecto del primer argumento, los votos de minoría sostienen que es evidente que “en un proceso contradictorio es de la esencia que el persecutor y el imputado tengan roles distintos, lo cual en modo alguno justifica quebrantar la necesaria igualdad para impugnar que debe existir frente a un aspecto clave de todo proceso como es la admisibilidad o exclusión de una prueba.”²⁸⁸

Por ello, es necesario apuntar a una diferencia específica que logre justificar tal distinción. Con tal propósito, los votos de mayoría apelan a la presunción de inocencia, en tanto ella compensaría la diferencia de trato en cuestión desde una perspectiva global del proceso. Esto sería así, pues en virtud de tal presunción la carga de la prueba recae en la parte acusadora, por lo cual, sostienen los votos de mayoría, el imputado no tiene que probar nada en el proceso. Como consecuencia, para el imputado no sería relevante el problema de la exclusión de prueba.

Para refutar este argumento los votos de minoría apuntan en dos direcciones. En primer lugar, señalan que es el propio CPP el que en varios de sus artículos regula el modo y la oportunidad en que el imputado debe presentar sus medios de prueba. En particular, señalan que el CPP establece expresamente que el imputado debe presentar sus medios de prueba en los mismos términos que el Ministerio Público. Por lo tanto, sostienen, no es

²⁸⁸ *Ibíd.*, Voto de Minoría, considerando 19° de ambas sentencias.

“correcto señalar que el imputado no tenga que probar nada en el proceso, o que no le corresponda presentar prueba.”²⁸⁹

En segundo lugar, señalan que debe tenerse en cuenta la situación probatoria específica que caracteriza al proceso penal para evaluar la supuesta inutilidad de la actividad probatoria del imputado. Debido a que los juicios de hecho no se plantean en términos de certidumbre fáctica absoluta -el estándar probatorio en materia penal es aquel en el que la prueba permite arribar a un grado de convicción más allá de toda duda razonable-, las posibilidades probatorias no se reducen a la comprobación de hipótesis de hecho simples por parte de quienes acusan. Por ello, una defensa activa puede tener como fin probar hipótesis que permitan acreditar que sí existe una duda razonable respecto de cualquiera de las condiciones que el derecho penal exige para castigar a una persona. Como conclusión, es evidente que el imputado sí puede tener interés en hacer uso de medios de prueba para acreditar hechos que impidan una sentencia condenatoria²⁹⁰.

Como señalamos en su oportunidad, el argumento de los votos de mayoría en cuanto a la inutilidad de la actividad probatoria del imputado no se sostiene. Los argumentos de los votos de minoría son correctos en relación a este asunto.

²⁸⁹ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 22° de ambas sentencias.

²⁹⁰ Ibídem, Voto de Minoría, considerando 23° de ambas sentencias.

Por último, los votos de minoría se refieren al argumento que se basa en la necesaria eficiencia que debe gobernar las actuaciones del Ministerio Público. De acuerdo con este principio, para que el Ministerio Público pueda maximizar los recursos públicos escasos debe contar en la persecución penal con pruebas suficientes para sustentar su teoría del caso. Por ello, si le son excluidas pruebas, es necesario en aras de realizar el principio en cuestión, posibilitar que recurra contra esa decisión.

Frente a este argumento, los votos de minoría sostienen que el principio de eficiencia puede justificar que se otorgue la facultad de apelar al Ministerio Público ante la exclusión de prueba por parte del juez de garantía, pero no logra justificar la diferencia que dispone el artículo 277 en perjuicio del imputado. Esto porque al lado de aquel principio está el derecho del imputado a defenderse y a contar con iguales medios para sustentar su posición. Es decir, las reglas del proceso no solo tienen como fin proteger la persecución penal y el principio de eficiencia, sino también velar por que la administración de justicia se realice en el marco del debido proceso, lo cual incluye garantizar que el imputado cuente con medios suficientes para su defensa²⁹¹.

El argumento esgrimido por los votos de minoría es correcto. Si utilizamos el esquema de justificación de las distinciones que ofrece el DIDH, veremos que la diferencia que dispone el artículo 277 no es legítima si se basa

²⁹¹ *Ibíd*em, Voto de Minoría, considerandos 25° al 26° de ambas sentencias.

únicamente en el principio de eficiencia. Aunque el fin es legítimo y el medio elegido adecuado, la medida no pasa el test de necesidad. Esto es así, porque existe otra forma de lograr en la misma medida el fin perseguido, sin perjudicar los derechos del imputado. Y esa forma consiste en otorgar el derecho de apelar también al imputado en caso que se excluya alguna de sus pruebas. Tal medida no afecta la consecución de la eficiencia de las actuaciones del Ministerio Público y, a la vez, no perjudica al imputado. En conclusión, si consideramos al principio de eficiencia como el único argumento que justifica la diferencia que establece el artículo 277, esta no logra superar el test construido desde el DIDH para evaluar las distinciones.

En síntesis, queremos resaltar tres aspectos de estos votos. En primer lugar, cabe destacar que estas sentencias son las únicas que manifiestan un esfuerzo argumentativo real tendiente a hacerse cargo del recurso de nulidad como alternativa suficiente para los intervinientes distintos al Ministerio Público. Ambas señalan que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido errática a la hora de acoger o rechazar recursos de nulidad por haberse excluido prueba con infracción a garantías fundamentales, lo cual haría plausible que, eventualmente, no exista la posibilidad práctica de revisar la decisión del juez de garantía. Sin embargo, el argumento tiene como premisa una interpretación errónea de los fallos de la Corte Suprema, como se explicó en su momento, por lo que carece de fundamentos. En efecto, los cuatro fallos de la Corte Suprema

citados por los Ministros del TC sostienen que el recurso de nulidad es una vía idónea para revisar, indirectamente, el auto de apertura.

En segundo lugar, los Ministros a favor de acoger el requerimiento señalan correctamente que los argumentos del voto por el rechazo en relación a la irrelevancia que tendría la posibilidad de ofrecer y rendir prueba para el imputado son insostenibles.

En tercer lugar, el voto en comento también da argumentos atendibles en torno a la insuficiencia del principio de eficiencia que rige el actuar del Ministerio Público para justificar la diferencia impuesta por el art. 277 del CPP.

3. Sentencias que se refieren al querellante

Tanto en la primera como en la tercera de las cinco sentencias que ha dictado el TC sobre la materia el requirente ha sido un querellante. En la primera de estas, dictada en la causa rol 1535-2009, acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 277 del CPP. En cambio, el fallo de la causa rol 2330-2012 lo rechazó. Los cambios en la composición del TC que ocurrieron durante los 2 años que transcurrieron entre ambas sentencias explican, en buena medida, la diferencia entre ambos resultados. De hecho, los 6 Ministros que integraban el TC en el fallo de 2010 votaron en el mismo sentido el año 2013²⁹². De esta manera, parece ser que el hecho de que

²⁹² Nota: Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes y Hernán Vodanovic Schnake votaron por el rechazo del requerimiento en ambas ocasiones, mientras que Raúl

en una de las causas el requirente-querellante era también víctima, mientras que en la otra se trataba del Estado, no resultó fundamental para la mayoría de los miembros del TC.

Cabe destacar que el voto de mayoría, a favor de acoger el requerimiento, de la sentencia dictada en la causa rol 1535-2009 sirvió de base para los argumentos que serían vertidos en la sentencia rol 1502-2009 ya comentada. Por su parte, los razonamientos plasmados en la sentencia 2330-2012, tanto a favor de rechazar como de acoger el requerimiento, comparten varios elementos con el contenido de los fallos de las causas roles 2323-2012 y 2354-2012 analizados anteriormente.

Por lo anterior, muchos de los argumentos que serán comentados en esta sección se asemejan a los previamente revisados. Sin embargo, el hecho de que el requirente sea un querellante hace necesario que se analicen nuevamente, pero considerando especialmente esta circunstancia.

3.1. Sentencia rol N°1535-2009: el TC acoge el requerimiento interpuesto por el querellante

Esta fue la primera sentencia que dictó el TC sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición del artículo 277 del CPP. Fue producto de un requerimiento interpuesto por un querellante particular. En el caso en cuestión,

Bertelsen Repetto, Marisol Peña Torres y Marcelo Venegas Palacios votaron a favor de acogerlo.

la víctima –hija del directamente ofendido por el delito, quien fue asesinado– presentó una querrela en contra de su madre por el delito de parricidio y de un tercero como autor del delito de homicidio calificado.

En la audiencia de preparación del juicio oral, el juez de garantía decidió excluir el testimonio de un testigo y la prueba documental consistente en un correo electrónico, ambas ofrecidas tanto por el Ministerio Público como por el querellante particular, por considerar que tales pruebas fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Aunque el Ministerio Público apeló dicha resolución, el querellante decidió recurrir ante el TC para que este declarase la inaplicabilidad de la disposición del artículo 277 que le impedía apelar por sí mismo ante la decisión de excluir alguna de sus pruebas.

En un fallo dividido, el TC resolvió declarar la inconstitucionalidad de la aplicación del precepto en cuestión. A continuación presentaremos los argumentos tanto del voto de mayoría como de minoría.

3.1.1. Voto de mayoría a favor de acoger el requerimiento

El voto de mayoría²⁹³ comienza su análisis estableciendo cuál es el asunto que le corresponde decidir. En este sentido, señala que lo que les compete resolver no es si la doble instancia es un elemento que forma parte del debido proceso, sino si el legislador puede privar a un interviniente como el

²⁹³ Nota: a este voto concurrieron los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Marisol Peña Torres, Marcelo Venegas Palacios y Mario Fernández Baeza.

querellante particular del recurso de apelación, mientras se lo concede al Ministerio Público, siendo que aquel puede ser igualmente agraviado por la decisión del juez de garantía de excluir prueba²⁹⁴.

Para abordar este problema, el voto de mayoría divide sus razonamientos en dos apartados. En el primero analiza y evalúa la constitucionalidad de la aplicación en el caso concreto de la disposición del artículo 277, teniendo como parámetro el llamado derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a la víctima de un delito. Y en el segundo, realiza el mismo ejercicio pero desde la perspectiva del derecho a la igualdad ante la ley.

En cuanto a lo primero, el TC parte exponiendo su interpretación de las normas constitucionales que sostienen su postura relativa al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. De acuerdo con el voto de mayoría, el artículo 83 de la Constitución reconoce a la víctima como interviniente del proceso penal y en tal calidad le concede “explícitamente legitimidad procesal para intervenir como titular del ejercicio de la acción penal pública a través de la querrela.”²⁹⁵ Sumado a lo anterior, agregan, el artículo 19 N° 3 de la CPR, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento e investigación justo y racional, establece a la acción implícitamente como un derecho fundamental al proceso, hoy conocido como el derecho a la tutela judicial efectiva. Como consecuencia, señala el voto de mayoría,

²⁹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de enero de 2010. Rol N° 1.535-09, considerando 12°.

²⁹⁵ *Ibidem*, considerando 17°.

“La querrela, el ejercicio de la acción y de todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal.”²⁹⁶

Luego, el TC especifica cuáles son los elementos que componen el llamado derecho a la tutela judicial efectiva, a saber: libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con plena eficacia de todas las garantías que le son propias²⁹⁷.

Según esta doctrina, el derecho a la tutela judicial efectiva se deduce del artículo 19 N° 3. Su formulación general se encuentra en el inciso primero de dicho artículo, que establece que todas las personas son iguales en el ejercicio de sus derechos. De esta norma se desprende el derecho a la acción, condición básica de su ejercicio, y el derecho de igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales.

Como necesario complemento, los siguientes incisos del artículo 19 N° 3 establecen ciertas garantías normativas del derecho a la tutela judicial efectiva, que consisten en la legalidad del tribunal y del procedimiento. Además, establecen un estándar de densidad material mínima de tales normas legales,

²⁹⁶ Ídem.

²⁹⁷ Ibídem, considerando 18°.

consistentes en las garantías que componen la investigación y el procedimiento justo y racional.

Para ser efectivo, señala el TC, el acceso a la jurisdicción debe extenderse a todos los momentos de su ejercicio: apertura, sustentación y ejecución. Esto implica el derecho a participar en los trámites del proceso, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes. En el caso del proceso penal, este derecho se extiende a los actos preparatorios de carácter previo al juicio oral ante el tribunal penal. Tal extensión está consagrada constitucionalmente al incorporarse en el inciso quinto del artículo 19 N° 3 que, además del procedimiento, la investigación debe ser justa y racional²⁹⁸.

Si bien es el legislador quien debe dar eficacia a tal derecho, no pueden establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten su libre ejercicio, pues, de acuerdo con el TC, esto llevaría a la frustración de la tutela jurisdiccional.

En coherencia con esta doctrina, el voto de mayoría sostiene que el derecho a defensa consagrado por la Constitución “debe ser entendido en sentido amplio, no solo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante un órgano

²⁹⁸ *Ibidem*, considerando 20°.

jurisdiccional por los intervinientes legitimado, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio.”²⁹⁹

Esta interpretación de las normas constitucionales se ve confirmada, sostiene el TC, por la historia de la ley de reforma constitucional que incorporó al Ministerio Público a la Carta Fundamental. Si bien el proyecto original no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública, este fue objeto de indicaciones para dejar a salvo el derecho a ejercer la acción por parte del ofendido por el delito. Tales indicaciones, señala el voto de mayoría, concretaban en el procedimiento penal el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 19 N° 3 y tenían por objeto que la víctima pudiera participar en el proceso penal de manera autónoma e independiente del Ministerio Público³⁰⁰.

Como conclusión, señala el voto de mayoría, el derecho al ejercicio de la acción penal se encuentra consagrado de forma expresa y categórica por la Constitución y envuelve los elementos básicos para que la participación de la víctima sea realmente efectiva. Que el constituyente le haya entregado explícitamente tal derecho a la víctima “implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales.”³⁰¹

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ Ibídem, considerando 21°.

³⁰¹ Ibídem, considerando 26°.

Teniendo en cuenta lo señalado, el TC pasa a analizar en concreto la constitucionalidad de la disposición del artículo 277 del CPP. De dicho artículo se desprende que el auto de apertura del juicio oral, cuando causa agravio al Ministerio Público y/o al querellante, será susceptible de apelación solo por el Ministerio Público, por la exclusión de prueba decretada por el juez de garantía, de acuerdo a lo previsto por el inciso tercero del artículo 276, privando expresamente de dicho recurso al querellante. Es decir, un derecho procesal básico es otorgado por ley a solo uno de los dos posibles agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar. Esto, sostiene el voto de mayoría, genera “una violación flagrante de la llamada tradicionalmente igualdad ante la justicia, que la Constitución vigente denomina igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y que la doctrina procesal moderna conceptualiza como tutela judicial efectiva”³⁰².

En este argumento el TC toma posición sobre un punto discutible. El TC basa su doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que asistiría a la víctima y en el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Supone que el ordenamiento jurídico le confiere a la víctima derechos de naturaleza penal. Es decir, asume que las víctimas de delitos tienen derecho a que tales delitos se persigan y sancionen penalmente. Solo en base a este supuesto, es coherente sostener que las víctimas deben contar con herramientas jurisdiccionales –derechos procesales-

³⁰² *Ibidem*, considerando 31°.

para hacer valer dichos derechos, pues si no, la efectividad de su derecho a la persecución y sanción quedaría a merced de la actividad de otro sujeto, en nuestro caso, el Ministerio Público.

Sin embargo, a nuestro juicio, no es evidente que el ordenamiento jurídico confiera derechos de ese orden a las víctimas. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que el derecho penal regula una relación de derecho público entre el Estado y el sujeto activo del delito, estableciendo las condiciones que deben cumplirse para que el primero pueda imponer un tipo de sanción al segundo. Si bien los intereses del ofendido por el delito son, por regla general, los bienes jurídicos que justifican las normas de comportamiento y sanción que componen el derecho penal, la sanción penal en sí misma no busca satisfacer un interés particular de la víctima, sino un interés público. Si esta visión es correcta, entonces las víctimas no tienen derecho a la sanción penal y, por lo tanto, su participación en el proceso penal no es el ejercicio de derechos propios. En el próximo capítulo volveremos sobre este asunto.

Por supuesto, no puede negarse que el artículo 83 de la Constitución le confiera a la víctima la facultad de ejercer la acción penal pública. Tal artículo es explícito en este punto. Dicha norma, por tanto, implica que el proceso penal debe regularse de manera tal de incorporar la participación de la víctima en él, dándole la posibilidad de ejercer la acción penal pública. Sin embargo, como señalamos en el capítulo I, existe más de una forma de incorporar a la víctima

en el proceso penal. Es decir, que se le reconozca la posibilidad de ejercer la acción penal pública, no determina que la víctima deba contar con iguales posibilidades de participación que el Ministerio Público o que el imputado. Por esta razón, la consecuencia que deriva el TC del artículo 83, en orden a que este estaría confiriendo a la víctima derechos procesales, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes del proceso penal, implica restringir las posibilidades de regulación con las que contaría el legislador y no resulta para nada pacífica.

A continuación, el TC evalúa el precepto en cuestión en base al derecho de igualdad ante la ley. Como ha señalado en varias de sus sentencias, el TC entiende que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en la mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diversas. Por consiguiente, la igualdad admite desigualdades de tratamiento, mientras estas sean razonables y las personas no se encuentren en la misma condición. Así, la razonabilidad es el estándar que da contenido al derecho de igualdad ante la ley³⁰³.

Siguiendo la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Alemania y España, el TC hace uso de un test para saber si la distinción que evalúa es o no razonable. Señala el voto de mayoría que para determinar si se

³⁰³ *Ibidem*, considerando 33°.

infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender a la finalidad perseguida por el legislador con su medida y evaluar si esta es adecuada, necesaria y tolerable. Es decir, para que sea legítima la distinción no basta con que el fin sea legítimo, sino que es necesario además que las consecuencias jurídicas que produce la medida sean adecuadas y proporcionadas, considerando la finalidad de la medida y los derechos afectados³⁰⁴.

Considerando lo expuesto, el TC sostiene que no le parece justificada la distinción entre el querellante particular y el ministerio Público que contiene la norma, pues esta perjudica el derecho a ejercer la acción penal pública que le asiste al querellante. En otras palabras, el TC sostiene que habiendo dos sujetos activos que pueden verse afectados de la misma manera por la resolución que excluye alguna de sus pruebas, no es razonable que solo a uno se le otorgue la facultad de apelar. Esto, señalan, tampoco parece adecuado para el logro del fin que persigue el legislador³⁰⁵.

En conclusión, declaran, la disposición contenida en el artículo 277 del CPP en cuanto solo le otorga la apelación al Ministerio Público por exclusión de prueba, genera en el caso concreto una distinción carente de razonabilidad y, por lo tanto, inconstitucional.

Sobre este punto, quisiéramos detenernos, en primer lugar, en la relación entre el argumento sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el

³⁰⁴ *Ibidem*, considerando 37°.

³⁰⁵ *Ibidem*, considerando 38°.

razonamiento acerca de la igualdad ante la ley. De acuerdo con el TC, la aplicación de la disposición del artículo 277 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que le asiste a la víctima, porque infringe la garantía de igualdad ante la jurisdicción. En el caso de la igualdad ante la ley, lo señalado era lo mismo, solo que en este caso no era la igualdad ante la jurisdicción sino la igualdad en general lo infringido, es decir, el principio de igualdad que se aplica a toda regulación pública.

Para analizar la relación entre tales argumentos, es conveniente echar mano a los estándares desarrollados por el DIDH expuestos en el capítulo anterior. De acuerdo con estos, el derecho de igualdad tiene dos ámbitos de aplicación, uno subordinado y otro autónomo. El ámbito subordinado dice relación con los derechos consagrados en los respectivos tratados internacionales, y el ámbito autónomo, dice relación con todos los otros ámbitos que están sujetos a la regulación estatal. Considerando este marco, podríamos sostener que el análisis que se basa en el derecho a la tutela judicial efectiva, no es otra cosa que la aplicación del derecho de igualdad en el contexto de otro derecho fundamental, es decir, el ámbito subordinado de aplicación de la igualdad. En cambio, el análisis que se refiere a la igualdad ante la ley se basa en la igualdad frente a cualquier regulación pública, esto es, al ámbito autónomo de aplicación.

El problema de separar ambos argumentos es que no permite observar que en el fondo son uno solo. Esto es así porque el razonamiento referido a la igualdad en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva contiene al argumento que se refiere a la igualdad en general. Sostener que la diferencia que dispone el artículo 277 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de que infringe la garantía de igualdad ante la jurisdicción, es equivalente a sostener que tal diferencia es arbitraria y, por lo tanto, discriminatoria. Es decir, la declaración que sostiene que la diferencia es arbitraria y la que señala que la disposición afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, se sostienen sobre la base del mismo argumento, a saber, que el artículo 277 vulnera la igualdad en el ámbito específico de las garantías jurisdiccionales.

Ahora, sobre el fondo del argumento, si bien en abstracto el test que utiliza el TC coincide con el desarrollado en el marco del DIDH, su aplicación presenta ciertos inconvenientes. El principal dice relación con el análisis y evaluación de los posibles fundamentos que podrían dotar de legitimidad a la distinción del artículo 277. Como señalamos al referirnos a otras sentencias del TC, para aplicar el test de legitimidad de las distinciones es necesario evaluar posibles fundamentos que sirvan de sustento de la medida analizada. Sin embargo, el TC da por sentado que las circunstancias del Ministerio Público son equivalentes a las del querellante, sin analizar argumentos que podrían

fundamentar que tales circunstancias no son las mismas y que, por tanto, la distinción en el trato estaría justificada³⁰⁶.

Tal déficit puede observarse cuando el TC señala que, además de ser irrazonable, la diferencia entre el Ministerio Público y el querellante particular no es adecuada para lograr el fin propuesto. Si bien, una declaración como esa es una de las conclusiones posibles luego de aplicar el test, lo cierto es que para llegar a ella es indispensable haber antes imputado a la disposición analizada algún fin. No es lógicamente posible evaluar la idoneidad de una medida sin antes atribuirle un fin. Sin embargo, pareciera que el TC no repara en esta necesidad al declarar inadecuada la medida, pues en ningún parte de su sentencia le imputa a la medida un fin. Y sin un fin, tampoco es posible analizar y evaluar si el medio es necesario y proporcional. En otras palabras, el test se formula correctamente en abstracto, pero su aplicación es deficiente.

Por último, el voto no hace referencia alguna al recurso de nulidad como una vía propicia para que el querellante pueda solicitar la revisión de la decisión del juez de garantía de excluir pruebas ofrecidas por este. Como se señaló al comentar el voto a favor de acoger el requerimiento plasmado en la sentencia dictada en la causa rol 1502-2009, el problema de no referirse a esta vía de impugnación es que no reconoce que el precepto en cuestión forma parte de un sistema que lo contiene. De esta manera, para analizar adecuadamente tanto

³⁰⁶ Nota: otros inconvenientes son más bien de carácter formal. Por ejemplo, el TC señala que el fin debe ser proporcional y adecuado, siendo que ambas características las debe cumplir el medio, no el fin que se persigue.

las consecuencias como el fundamento de la diferencia que establece, es necesario considerar otras normas, como las que regulan el recurso de nulidad.

En síntesis, este voto merece tres comentarios. En primer lugar, cabe destacar que toma una posición clara sobre el problema de la víctima como titular del derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto del proceso penal. En efecto, sostiene que la víctima sí tiene un derecho constitucional a participar activamente en el procedimiento penal en igualdad de condiciones a los demás intervinientes.

En segundo lugar, yerra al plantear sus argumentos sobre la tutela judicial efectiva y la igualdad ante la ley como si fueran dos cosas distintas, siendo que se tratan, en el fondo, del mismo argumento. En efecto, al plantear que la diferencia que dispone el artículo 277 del CPP vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en virtud de que infringe la garantía de igualdad ante la jurisdicción, es equivalente a sostener que tal diferencia es arbitraria y, por lo tanto, discriminatoria.

Por último, este voto comparte dos defectos con el voto a favor de la inaplicabilidad plasmado en la sentencia 1502-2009. Por un lado, enuncia cierto test para evaluar el asunto sometido a su decisión, pero luego realiza una aplicación insatisfactoria del mismo. Esto por no considerar posibles fundamentos a la diferencia establecida por el legislador y por no asignar una finalidad a la misma, a la luz de la cual evaluar sus méritos. Por otro lado, al

descartar ligeramente el recurso de nulidad como un elemento relevante para la discusión, ignora que el precepto cuya aplicación se impugna forma parte de un entramado de normas y, en tal calidad, debe ser analizado junto con los demás elementos que conforman dicho entramado.

3.1.2. Voto de minoría por el rechazo del requerimiento

Los razonamientos planteados en este voto³⁰⁷ no presentan interés para esta memoria, pues su único argumento para rechazar el requerimiento no se basa en la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277 del CPP, sino que se refiere a las reglas procesales que regulan el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad³⁰⁸.

3.2. Sentencia rol N° 2330-2012: el TC rechaza el requerimiento interpuesto por el querellante.

El 29 de enero de 2013 el TC dictó la tercera sentencia respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 277 del CPP. Aquel procedimiento constitucional fue iniciado por un requerimiento del Ministro del Interior y Seguridad Pública, quien era querellante en el proceso penal conocido en los medios como “Caso Bombas”. En aquel proceso, los hechos materia de la acusación fueron calificados en esta como colocación de artefactos

³⁰⁷ Nota: a este voto concurrieron los Ministros Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes y Hernán Vodanovic Schnake.

³⁰⁸ *Ibíd*em, Voto de minoría, considerandos 1°, 2° y 3°.

explosivos de carácter terrorista y fabricación no autorizada de artefactos explosivos.

En la audiencia de preparación del juicio oral, se decretó la exclusión de prueba documental y testimonial, ofrecida tanto en la acusación del Ministerio Público como en la acusación particular del querellante-requirente. Este último apeló tal decisión, pero su recurso fue declarado inadmisibile, ante lo cual interpuso un recurso de hecho que se encontraba pendiente al momento de presentarse la acción constitucional. Cabe mencionar que el Ministerio Público también apeló en contra de la resolución que ordenó la exclusión de pruebas.

Habiéndose producido un empate entre el voto de rechazo y el voto a favor de acoger el requerimiento, no se obtuvo la mayoría requerida por la Constitución para declarar la inaplicabilidad solicitada. De esta manera, se declaró rechazada la acción constitucional interpuesta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. A continuación presentaremos los argumentos tanto del voto de rechazo como del voto a favor de acoger el requerimiento.

3.2.1. Voto por el rechazo del requerimiento

Tras destinar el primer acápite a exponer brevemente los argumentos del requirente, en el segundo acápite este voto ³⁰⁹ comienza su análisis distinguiendo entre el punto sometido a su decisión y los asuntos sobre los

³⁰⁹ Nota: a este voto concurrieron los Ministros Carlos Carmona Santander, Francisco Fernández Fredes, Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

cuales no emitirá pronunciamiento. En cuanto a lo primero, señala que debe ser resuelto es “si cabe o no una apelación por alguien distinto al ministerio público, respecto del auto de apertura del juicio oral, que excluyó ciertas pruebas”³¹⁰. En relación a lo segundo, determina que no examinará tres puntos relacionados con el requerimiento interpuesto, pues excedería sus competencia: la calificación de los hechos imputados en el proceso penal, la decisión emitida por el décimo tercer Juzgado de Garantía de Santiago de excluir prueba y el rol de querellante del Ministerio del Interior. Sin embargo, luego de enunciar que no examinará este último punto, el voto destina cuatro considerandos a este. En síntesis, apunta a que los distintos tipos de querellantes contemplados en el art. 111 del CPP³¹¹ “tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones”³¹².

Consideramos que el tema de los derechos que le caben al Estado querellante era fundamental para resolver el caso en cuestión. La defensa del imputado esgrimió el argumento de que el debido proceso es un derecho de titularidad del imputado y no del Estado persecutor. Sostuvo que la finalidad de aquel derecho es servir de límite al poder punitivo del Estado y que los entes estatales están dotados de poderes, mientras que los gobernados, de derechos frente a ellos. De esta manera, el hecho de que el querellante haya sido el

³¹⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de enero de 2013. Rol N° 2330-2012, considerando 5°.

³¹¹ Nota: El TC se refiere a que el art. 111 del CPP establece que podrán presentar querrela: (i) “la víctima, su representante legal o su heredero testamentario”; (ii) “cualquier persona capaz de parecer en juicio”, respecto de ciertos delitos; y (iii) “los órganos y servicios públicos” cuando “sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”.

³¹² Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de enero de 2013. Rol N° 2330-2012, considerando 11°.

Estado y no un particular, era de relevancia para la solución del problema planteado al TC.

El punto era central, pues si el Estado no es titular de Derechos Fundamentales, la disposición cuya aplicabilidad se cuestionaba no podría vulnerar derecho constitucional alguno. Por lo demás, este tema se vincula directamente con la legitimidad o falta de ella que tendría el querellante Estado para interponer un recurso de nulidad invocando el art. 373, letra a), del CPP; mecanismo procesal que permitiría al imputado y al querellante impugnar, de manera indirecta y diferida, la decisión del Juez de Garantía de excluir pruebas. Mecanismo que, como se ha dicho, debe ser considerado a la hora de evaluar la constitucionalidad del art. 277 del CPP. Por consiguiente, estimamos que el TC debió haber ahondado en este punto y en las consecuencias de la conclusión que menciona de manera superficial.

El tercer acápite del razonamiento expuesto por este voto se titula “Criterios de Interpretación”, el cual es prácticamente igual al acápite con idéntico título contenido en los votos de mayoría de las sentencias dictadas en las causas roles 2323-2012 y 2354-2012. Dado que aquellas sentencias ya fueron comentadas, simplemente reiteraremos sintéticamente lo planteado por el TC.

En primer lugar, se indican 4 características del recurso de apelación que establece el artículo 277: (i) este es único, (ii) solo puede ser interpuesto por el

Ministerio Público, (iii) solo procede cuando la exclusión de pruebas se decreta porque la prueba deriva de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales y (iv) se concede en ambos efectos.

En segundo lugar, se hace referencia al carácter excepcional de la apelación en el proceso penal. Esto tendría como consecuencia que, de ser acogido el requerimiento, el TC estaría actuando más allá de sus competencias, pues estaría creando un recurso no establecido en la ley, cosa que solo le corresponde hacer al legislador

En tercer lugar, el voto por el rechazo se detiene en algunos de los fundamentos que estarían detrás de la diferencia que establece el artículo 277. Hace referencia a, por un lado, los principios de legalidad y eficiencia que gobiernan la actividad del Ministerio Público, y por otro, el derecho de presunción de inocencia que ampara al imputado.

El cuarto acápite del voto por el rechazo del requerimiento trata sobre los precedentes relacionados con el caso en cuestión y de las razones por las cuales los razonamientos expuestos en ellos no pueden aplicarse en este último. Los precedentes a los que se refiere son las sentencias dictadas por el TC en las causas roles 1535/2009 y 1502/2009. Ambas sentencias acogieron los requerimientos de inaplicabilidad del art. 277 del CPP que dieron origen a aquellas causas, siendo la primera sentencia a favor de un querellante

particular y la segunda, de un imputado. El TC vislumbra tres diferencias fácticas entre el caso en comento y los mentados precedentes que impidieron la aplicación directa de estos últimos al primero.

En primer lugar, en la causa 2330-2012 constaba que el Ministerio Público presentó un recurso de apelación reclamando por la exclusión de las mismas pruebas que alegaba el querellante Estado. En segundo lugar, en los casos anteriores, la prueba excluida había sido ofrecida por quien reclamaba la exclusión, mientras que en el caso en cuestión el Ministerio del Interior solo se adhirió a la prueba ofrecida por el Ministerio Público. En tercer lugar, en el caso en comento el requirente no ostentaba la calidad de víctima ni de imputado, sino que de mero querellante.

Las primeras dos diferencias fácticas indicadas por el TC podrían ser atendibles, pues dicen relación con la lesión efectiva a los derechos del requirente, lo cual es relevante por ser la acción de inaplicabilidad un mecanismo de control concreto y no abstracto de constitucionalidad, sin perjuicio de no resolver el problema de la justificación de la diferencia establecida entre el Ministerio Público y los demás intervinientes. La tercera diferencia indicada por el Tribunal merece reparos, pues se contradice directamente con lo señalado al momento de establecer los asuntos sobre los cuales no le correspondía pronunciarse. Recordemos que los considerandos 6° a 11° el TC los destinó a señalar que no iba a pronunciarse sobre el rol de

querellante del Ministerio del Interior, sin perjuicio de lo cual expuso una línea argumentativa que concluía con la idea de que los distintos tipos de querellantes contemplados en el art. 111 del CPP “tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones”³¹³. Sin embargo, al explicar las diferencias del caso en comento con los casos que le preceden, señala que:

“...en el presente caso, el afectado es el Ministerio del Interior. No se trata, por tanto, de la víctima ni del imputado, sino de un querellante.

Como sostendremos más adelante, hay una diferencia de roles y deberes entre el ministerio público y el querellante, que justifica que sólo al primero se le otorgue el derecho a apelar...”³¹⁴

En consecuencia, no queda claro cuál es el alcance de la igualdad de obligaciones y derechos entre todos los tipos de querellantes que enunció el voto al comienzo de su exposición.

El quinto acápite del voto en comento entra de lleno en el fondo el asunto y desarrolla los argumentos de los Ministros que optaron por el rechazo del requerimiento para sostener que la aplicación del art. 277 del CPP no vulneraría la Constitución. Los razonamientos expuestos en las sentencias dictadas en las causas roles 2323-2012 y 2354-2012 están fielmente basados en este acápite, tanto es así que varios de sus considerandos son idénticos o similares a los de

³¹³ *Ibíd*em, considerando 11°.

³¹⁴ *Ibíd*em, considerando 21°.

aquellas sentencias. Por consiguiente, los comentarios esbozados en el apartado referente a aquellas sentencias son en gran medida aplicables a este fallo, sin perjuicio de que en este caso el requirente sea el Ministerio del Interior en el rol de querellante. Expondremos, entonces, sintéticamente los argumentos esgrimidos por este voto, deteniéndonos en aquellos puntos novedosos que no fueron invocados en las resoluciones ya tratadas o que merecen algún comentario especial dado la posición y naturaleza del querellante.

El razonamiento se articula en dos apartados, el primero se refiere a la igualdad ante la ley y el segundo, al debido proceso. En cuanto al primero, señala que es cierto que un sujeto procesal puede apelar, mientras que los otros no. No obstante, argumenta que aquella diferencia se fundamenta esencialmente en la “diferencia de roles y deberes”³¹⁵ entre el Ministerio Público y el querellante. Las razones invocadas para dar por establecida aquella diferencia son exactamente las mismas que habrían de ser invocadas en las futuras sentencias ya aludidas, a saber: (i) el rol que le corresponde al Ministerio Público en el proceso penal como encargado de promover la persecución penal; (ii) la presunción de inocencia de la que goza el imputado y que al Ministerio Público corresponde desvirtuar; y (iii) es el Ministerio Público quien debe recolectar la prueba y, por lo tanto, es quien puede incurrir en la causal de exclusión de prueba contenida en el art. 376, inciso tercero, del

³¹⁵ Ídem.

CPP³¹⁶. El fallo agrega un elemento adicional a los planteados en las sentencias anteriores:

“El querellante, en cambio, no tiene todos estos deberes. Si se toma como referencia los deberes que debe cumplir para que no se declare abandonada la querella, se debe limitar a adherirse a la acusación, asistir a la audiencia de preparación y concurrir a la audiencia del juicio oral (artículos 120 y 288 del CPP).”³¹⁷

El problema de los argumentos planteados por el TC sigue siendo el mismo: apunta a justificar la facultad del Ministerio Público de apelar contra la decisión de excluir pruebas, pero no se hace cargo realmente de la diferencia establecida con los demás intervinientes. El querellante, al igual que el Ministerio Público, ocupa el rol de sujeto activo en el procedimiento penal. En efecto, recordemos que está consagrada a nivel constitucional la facultad del “ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley” para ejercer la acción penal. Es en base a aquella facultad reconocida por la CPR que el CPP regula la figura de un querellante conjunto adhesivo que, entre otras cosas, puede ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación.

Entonces, es un hecho que el querellante no tiene los mismos deberes que el Ministerio Público, pero cabe destacar que ello no obsta,

³¹⁶ Ídem .

³¹⁷ Ídem .

necesariamente, a que posea cargas procesales similares. El concepto de “carga procesal” suele definirse como:

“... la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés.”³¹⁸

El Ministerio Público, como ente estatal encargado de dirigir la investigación y ejercer la acción penal, tiene deberes en aras aquellas funciones y, en relación a estas, también tiene cargas de orden procesal. Por su parte, el querellante, como los demás intervinientes del proceso penal, tiene cargas procesales. En consecuencia, si bien el querellante no está obligado a efectuar muchas de las tareas que le corresponden al Ministerio Público, tiene un interés reconocido por el ordenamiento jurídico en realizarlas. Sobre todo en relación con la carga procesal de ofrecer y rendir la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al imputado.

En este contexto, es posible sostener en cuanto a las razones invocadas por este voto, que: (i) el rol del querellante también involucra la promoción de la persecución penal, aunque de forma distinta al Ministerio Público; (ii) la carga procesal de ofrecer y rendir prueba no recae exclusivamente en el acusador fiscal, por lo que el querellante también puede aportar a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia que favorece al imputado; y (iii) si bien reunir

³¹⁸ GOLDSCHMIDT, J. 1961. Principios generales del proceso. Buenos Aires, Ejea. Tomo I. p. 21.

antecedentes probatorios es un deber para el Ministerio Público, es una verdadera carga procesal para el querellante, por lo que también puede incurrir en la causal de exclusión de prueba contenida en el art. 376, inciso tercero, del CPP. Todo lo anterior sin perjuicio de que en el caso en concreto que debió conocer el TC el requirente se haya adherido a la prueba ofrecida por Ministerio Público y no haya ofrecido antecedentes propios.

Por lo demás, enmarcar el campo de acción del querellante en “los deberes que debe cumplir para que no se declare abandonada la querella” es francamente absurdo. Quienes interponen querellas criminales no lo hacen con el objeto de que no sean declaradas abandonadas, sino que persiguen intereses legítimos que varían dependiendo del tipo de querellante de que se trate. Analizar el rol que le corresponde al querellante en base a las cargas mínimas con las que debe cumplir para no ser excluido del proceso, sería reducirlo a la irrelevancia. Debemos insistir, en palabras de BASCUÑÁN, que “[l]a pregunta ya no puede consistir en determinar, hasta dónde el legislador está dispuesto a reconocer al querellante particular una posición relevante en el proceso, sino más bien hasta dónde el legislador puede desconocer de modo relativo esa posición, al establecer reglas cuya finalidad sea la de asegurar la posición prevalente del ministerio”³¹⁹.

³¹⁹ HORVITZ, M. y LÓPEZ, J., op. cit., Tomo I. p. 297. Citando a: BASCUÑÁN R., A. 2000. Los principios generales del nuevo procedimiento penal. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.10.

Luego de referirse a los fundamentos de la diferencia, el voto manifiesta los mismos argumentos que serán esgrimidos posteriormente en las sentencias señaladas para sostener que aquella diferencia, además de fundada, no resulta desproporcionada. Primero, es un juez, un tercero imparcial, quien decide la exclusión tras un debate previo. Segundo, la apelación es excepcional en el CPP. Tercero, el resto de los intervinientes tienen el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva a su disposición. A lo anterior, agrega un cuarto argumento que no se encuentra en las siguientes sentencias por derivarse de las particularidades del caso concreto. El Ministerio Público apeló contra la exclusión de las mismas pruebas, por lo que, de acogerse aquel recurso, el requirente también se vería beneficiado.

El segundo apartado de este acápite del voto por el rechazo del requerimiento se refiere al debido proceso, en su dimensión del derecho al recurso. Los argumentos planteados son, en esencia, los mismos que los expuestos en las sentencias 2323-2012 y 2354-2012. En primer lugar, no habría indefensión para el querellante, pues el recurso de nulidad permitiría cautelar su derecho al debido proceso. En segundo lugar, el principio de economía procedimental haría atendible diferir la oportunidad de impugnar la decisión de excluir prueba al momento de la sentencia definitiva, pues en aquel momento se puede medir con claridad el impacto que tuvo en los derechos del querellante la exclusión de prueba. Por último, el voto establece que el derecho al recurso no equivale al derecho a apelar, por lo que la ausencia de esta última facultad para

el querellante no implica, necesariamente, una vulneración a aquel derecho fundamental.

Al respecto, se hacen extensivos los comentarios señalados al tratar este punto en relación a las sentencias dictadas en las causas 2323-2012 y 2354-2012. No obstante, y tal como se señaló al inicio de este acápite, el TC no trató adecuadamente el asunto de la titularidad de derechos fundamentales por parte del Estado. Por lo tanto, el argumento basado en la posibilidad que tendría el Estado querellante de interponer un recurso de Nulidad basado en la infracción de derechos o garantías fundamentales resulta incompleto para el caso en cuestión.

En síntesis, nuestros comentarios sobre este voto fueron los siguientes. En primer lugar, los Ministros concurrentes no fundamentaron adecuadamente su posición respecto de si el Estado, en este caso el Ministerio del Interior, puede ser titular de derechos fundamentales o no. El punto es central, tanto para la procedencia del requerimiento de inaplicabilidad mismo como para la legitimidad del Ministerio del Interior para, eventualmente, interponer un recurso de nulidad contra la sentencia definitiva invocando la vulneración de sus propios derechos.

En segundo lugar, los Ministros concurrentes determinaron que los precedentes de esta causa (las sentencias de roles 1535-2009 y 1502-2009) no eran aplicables al caso en cuestión porque, entre otras razones, el requirente no

ostentaba la calidad de víctima ni de imputado, sino que de mero querellante. Esto se contradice con lo que había expuesto inicialmente en el sentido de que los distintos tipos de querellantes contemplados en el art. 111 del CPP “tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones”³²⁰.

En tercer lugar, los argumentos basados en la diferencia de roles entre Ministerio Público y querellante solo apuntan a explicar la facultad del Ministerio Público de apelar contra la decisión de excluir pruebas, pero no se hacen cargo realmente de la diferencia establecida con los demás intervinientes. No se refiere, en particular, al hecho de que el querellante tiene un interés reconocido por el ordenamiento jurídico en relación con la carga procesal de ofrecer y rendir la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al imputado. Al analizar las facultades procesales del querellante atendiendo a los actos que debe realizar para que no se declare el abandono de la querrela, lo reduce a la irrelevancia. Lo cual es un error si se consideran las normas constitucionales y legales sobre las facultades este interviniente en el procedimiento penal.

En cuarto lugar, no desarrolla de manera suficiente la viabilidad que tendría un recurso de nulidad interpuesto por el Estado querellante invocando la causal del art. 373, letra a), del CPP. Simplemente reitera el argumento planteado en el voto por el rechazo alzado en la sentencia de la causa rol 1502-

³²⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de enero de 2013. Rol N° 2330-2012, considerando 11°.

2009, la cual trataba sobre un imputado; pero al eludir el asunto de la titularidad de derechos fundamentales por parte del Estado, el argumento resulta incompleto para el caso en cuestión.

3.2.2. Voto a favor de acoger el requerimiento

Luego de un considerando introductorio, el voto³²¹ destina el primer acápite a exponer los antecedentes del requerimiento.

El segundo acápite trata sobre el conflicto constitucional que es sometido a la decisión del TC. Tras especificar que el problema se refiere al art. 277 del CPP y la diferencia que establece entre los intervinientes, señala las normas constitucionales que estarían en juego: los numerales 2 y 3 del art. 19 de la CPR. Concluye que la cuestión a resolver es “si resulta explicable que la ley prive del recurso de que se trata a uno de los intervinientes legitimado para actuar en el proceso penal, reconocido como parte y que puede ser igualmente agraviado”³²². Para resolver aquello, indica que deberá verificar si tal diferenciación obedece o no a motivos atendibles. En caso de que la respuesta sea negativa, correspondería declarar la inaplicabilidad de la norma en base a su inconstitucionalidad.

³²¹ Nota: a este voto concurrieron los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Iván Aróstica Maldonado, Marisol Peña Torres, Marcelo Venegas Palacios y José Antonio Viera Gallo.

³²² Tribunal Constitucional, sentencia Rol N°2330-2012, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 6°.

El tercer acápite del voto se refiere al derecho y al deber del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de interponer querellas criminales en ciertos casos. Este derecho-deber otorgaría a dicha secretaría:

“la aptitud para accionar ante los tribunales, con todas las de la ley y sin quedar por ello en una posición de menoscabo. El poder para querellarse es el poder para querellarse con éxito.”³²³

El TC deduce aquel derecho y deber del Ministerio del Interior de las responsabilidades que pesan sobre el mismo y las atribuciones que le reconoce el ordenamiento jurídico. Indica que es deber del Estado “dar protección a la población” (art.1, inciso quinto, de la CPR). Que la autoridad del Presidente de la República se extiende a “todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior” (art. 24, inciso segundo, de la CPR), siendo el Ministerio del Interior y Seguridad Pública su “colaborador directo e inmediato” en todos los asuntos relativos a aquello (Art. 1 de Ley 20.502). En relación con lo anterior, señala que la ley reconoce a dicho Ministerio legitimidad para deducir querellas en ciertos casos, como sería el de autos (DFL 7.912 de 1927 y art. 10 de Ley 18.314). Por último, destaca que el terrorismo “es por esencia contrario a los derechos humanos” (art. 9 de la CPR), de forma que el Estado, al querellarse por delitos de este tipo, no tutela intereses propios, sino que la protección de los derechos vulnerados por ese tipo de ilícitos.

³²³ *Ibíd*em, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 9°.

El cuarto acápite está destinado a fundamentar la supuesta afectación que generaría la aplicación del artículo 277 al derecho a la igualdad ante la ley. Al igual que en la sentencia que le precede cronológicamente, la de la causa rol 1502-2009, conceptualiza este derecho fundamental indicando que este “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas”³²⁴. Luego, señala cuales serían los criterios relevantes para evaluar la constitucionalidad de una diferencia establecida por el legislador: “...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”³²⁵.

A diferencia de la sentencia anterior aludida, en este caso el voto a favor de acoger el requerimiento hace un esfuerzo por referirse a varias posibles razones que podrían justificar la diferencia que establece el art. 277 del CPP. En efecto, de una u otra forma responde a cada uno de los argumentos esgrimidos por el voto por el rechazo del requerimiento.

Comienza señalando que un fundamento razonable de la diferencia no puede extraerse de su historia fidedigna ni de un análisis sistemático del

³²⁴ *Ibidem*, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 10°.

³²⁵ *Ídem*.

precepto en relación con otros involucrados³²⁶. Reconoce que pueden haber buenas razones para que el Ministerio Público esté facultado para apelar, pero ellas no explican por qué el querellante no podría asimismo hacerlo³²⁷, lo cual podría considerarse como una respuesta a los argumentos del voto por el rechazo en torno a la diferencia de roles entre ambos intervinientes.

Siguiendo el correlato con el voto de rechazo, también se hace cargo de las razones que se exponen en aquel para sostener que la diferencia establecida no resulta desproporcionada. En este sentido, señala en primer lugar que los argumentos relacionados con la facultad del juez de garantía para excluir pruebas deben ser descartados por desviar la cuestión a un asunto diverso que sería ajeno al requerimiento en cuestión³²⁸. En segundo lugar, indica que los argumentos tendientes a fundamentar la excepcionalidad de la apelación en el sistema procesal penal a fin de no duplicar en otra instancia el juicio oral se vinculan con “el tema de la impugnación de la sentencia definitiva”, siendo que ese no es el caso de autos³²⁹. Agrega que el carácter excepcional de la apelación en contra de las resoluciones dictadas por los jueces de garantía no aporta motivos que expliquen la diferencia entre los intervinientes contenida en el art. 277 del CPP³³⁰. Por lo demás, arguye que acoger el requerimiento no significaría que el TC estuviera creando un nuevo recurso. El

³²⁶ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 11°.

³²⁷ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 12°.

³²⁸ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 11°.

³²⁹ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 12°.

³³⁰ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 13°.

recurso existe en la ley, el problema planteado es “quién puede deducirlo”. Explica que “el hecho de inaplicar una exclusividad procesal restablece el equilibrio entre las partes, lo que claramente incumbe a esta Magistratura en resguardo de la Carta Fundamental”³³¹. En tercer lugar, y a diferencia de la sentencia de la causa rol 1502-2009, el voto se refiere al recurso de nulidad. Declara que este:

“... no puede sustituir la posibilidad de reclamar prontamente en alzada el susodicho auto de apertura del juicio oral, comoquiera que esta resolución determina el curso de lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean.”³³²

Como argumento adicional, señala que admitir la apelación del querellante no afectaría al sistema establecido en el CPP, pues este está constitucional y legalmente legitimado para actuar. Por lo tanto, el principio de economía procesal no puede mermar la facultad de conocer que asiste a los tribunales, por ser propia de la jurisdicción³³³.

En cuanto a las circunstancias fácticas que el voto por el rechazo del requerimiento invocó para no hacer aplicables los precedentes en la materia, puede extraerse que el voto en comento las rechaza. En primer lugar, señala

³³¹ Ídem.

³³² Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 14°.

³³³ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 15°.

expresamente que el hecho de que el Ministerio Público haya apelado el auto de apertura por la exclusión de pruebas, “no es óbice para que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública pueda hacer lo mismo”³³⁴. En segundo lugar, el voto no se refiere al hecho de que el querellante se haya limitado a adherirse a la prueba ofrecida por el Ministerio Público, pero puede deducirse que aquello, en su concepto, no representaría un obstáculo para que aquel pueda apelar. En tercer lugar, este voto destina todo un acápite a los deberes y atribuciones del Ministerio del Interior en cuanto querellante³³⁵. De este puede extraerse que para este grupo de Ministros el hecho de que el querellante del caso en cuestión no sea una víctima del delito no debería ser considerado una desventaja para aquel. Es más, dados sus poderes-deberes vinculados con el mantenimiento del orden público, el Ministerio del Interior debería ser considerado con especial deferencia por el ordenamiento procesal penal. A fin de cuentas, concluye que los razonamientos contenidos en las sentencias de las causas roles 1502-2009 y 1535-2009 deberían aplicarse plenamente al caso en cuestión, pues la discriminación arbitraria sería la misma en todos ellos: “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 y al otro no”³³⁶.

³³⁴ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 16°.

³³⁵ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerandos 7° al 9°.

³³⁶ Ibídem, Voto a Favor de Acoger el Requerimiento, considerando 17°.

Respecto al razonamiento de este voto en torno a la afectación del derecho a la igualdad que significaría el art. 277 del CPP para el querellante de autos, estimamos pertinente hacer los siguientes tres comentarios.

En primer lugar, no se refiere al tema fundamental de si el Ministerio del Interior es titular o no del derecho a la igualdad ante la ley. Los planteamientos expuestos en el voto solo tienen sentido si se estima que la respuesta es afirmativa, pero no se explicita cómo se llega a esa conclusión.

En segundo lugar, no aplica de manera satisfactoria el test que el mismo voto enuncia para determinar si las diferencias o estatutos especiales formuladas por el legislador son admisibles. Si bien es cierto que en esta sentencia, a diferencia de las dos que le preceden, los Ministros a favor del requerimiento evalúan y descartan los posibles fundamentos que podrían dotar de legitimidad a la distinción contenida en el artículo 277 del CPP, omiten los demás pasos de dicho examen. En efecto, al igual que en relación a las sentencias anteriores, debemos insistir en que para analizar los fundamentos de una diferencia establecida por la ley debe tenerse en cuenta cuáles son los posibles fines perseguidos por este y, luego, verificar si el medio elegido (la distinción) es adecuado, necesario y proporcional. No es posible evaluar la idoneidad de una medida sin antes atribuirle un fin y, sin un fin, tampoco es posible analizar y evaluar si el medio es necesario y proporcional.

En tercer lugar, la argumentación plasmada en este voto permite entender que los Ministros que la suscribieron se inclinan por una determinada interpretación del derecho al recurso. Dicha argumentación sostiene que la importancia del auto de apertura no admite sustituir el recurso de apelación por el de nulidad. Esto significa que, junto con la Comisión IDH, entienden que el derecho al recurso exige “la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes”³³⁷. Además, los Ministros entenderían que aquella “revisión legal” solo se produciría mediante un recurso de apelación dirigido directamente contra el auto de apertura. Más allá de lo discutible que sea la efectividad de que el derecho al recurso se refiere no solo a las sentencias, sino que a “todos los autos procesales importantes”, nosotros sostenemos que no es correcto que el recurso de apelación sea la única forma de salvaguardar este derecho. En otras palabras, el derecho al recurso no equivale a un derecho a apelar. Por lo demás, es razonable interpretar que no es necesario que pueda recurrirse directamente en contra de cada auto procesal importante, sino que lo fundamental es que estos puedan revisarse a través de algún medio. Como lo sería el recurso de nulidad. Dadas estas consideraciones, estimamos que el voto a favor de acoger el requerimiento yerra al descartar la relevancia de la alternativa subsistente para el resto de los intervinientes de interponer un recurso de nulidad invocando el art. 373, letra a), del CPP.

³³⁷ CIDH. Informe N° 55/97. Caso Juan Carlos Abella v. Argentina (fondo). Decisión de 18 de noviembre de 1997. párr. 262.

En relación al art. 19, número 3, de la CPR, el voto estima que efectivamente la aplicación de la norma objetada infringe el derecho asegurado en aquella norma. Hace referencia a las motivaciones expresadas en las sentencias anteriores, las cuales da por reproducidas. En vista de ello, se hacen plenamente aplicables los comentarios que fueron hechos en su momento respecto a aquellos razonamientos. Además, insistiremos en la idea de que el TC debió haberse detenido en el problema de la titularidad de derechos fundamentales por parte del Estado. Los precedentes de la causa en comento tenían por requirente a un querellante particular en el primero y a un imputado en el segundo, mientras que en la causa en comento, era el Estado quien ocupaba la posición de querellante. Por tanto, aplicar sin mayor explicación los razonamientos vertidos en aquellos fallos referidos al debido proceso o la tutela judicial efectiva a esta causa, ignora un elemento esencial de la argumentación.

Tres son los comentarios que, en síntesis, hicimos a este voto. En primer lugar, toma posición, de manera implícita, sobre la calidad del Ministerio del Interior de titular de derechos fundamentales sin fundamentar dicha posición. Es implícita pues no se refiere al punto, pero es claro que estima que el Ministerio del Interior tiene derechos constitucionales, de lo contrario malamente podría considerarse que la aplicación del precepto impugnado pudiese vulnerar derecho fundamental alguno. La complejidad del asunto hace inaceptable que se haya dado por supuesto. La falta de fundamentación sobre este punto es

una característica compartida con el voto por el rechazo del requerimiento de esta misma sentencia.

En segundo lugar, al igual que los votos en el mismo sentido de las sentencias de las causas de roles 1535-2009 y 1502-2009, no aplicó de manera satisfactoria el test que enunció para determinar si las diferencias o estatutos especiales formuladas por el legislador son admisibles. Ahora bien, debe reconocerse que en esta oportunidad los Ministros se refirieron a varios posibles fundamentos para la diferencia establecida. Sin embargo, volvieron a omitir cualquier referencia a los fines perseguidos por el legislador. Omisión que resulta esencial, pues no es posible evaluar la idoneidad de una medida sin antes atribuirle un fin y, sin un fin, tampoco es posible analizar y evaluar si el medio es necesario y proporcional.

En tercer lugar, no compartimos la interpretación del derecho al recurso que se encuentra implícita en los planteamientos del voto sobre la posibilidad que le queda al querellante de recurrir de nulidad una vez celebrado el juicio. Tal como se ha señalado respecto de las sentencias dictadas en las causas de roles 1535-2009 y 1502-2009, no es correcto que el recurso de apelación sea la única forma de salvaguardar este derecho. Estimamos que, en virtud de este derecho, no es necesario que pueda recurrirse directamente en contra de cada auto procesal importante, sino que lo fundamental es que estos puedan revisarse a través de algún medio. Como lo sería el recurso de nulidad.

4. Conclusiones

En general, estimamos que existen dos críticas generales a las sentencias analizadas. Por un lado, ninguna de ellas aplica de forma satisfactoria los estándares desarrollados en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para evaluar las diferencias de trato. Sea porque no se hace alusión alguna a dichos estándares, como en el caso de los votos a favor de rechazar los respectivos recursos; sea porque se enuncian ciertos criterios destinados a efectuar dicha evaluación, pero que no se aplican de forma coherente, como en el caso de los votos a favor de la inaplicabilidad del precepto en cuestión

Por otro lado, opinamos que habría sido útil que las sentencias analizadas hubiesen tratado en profundidad el tema de la titularidad del Estado, actuando a través del Ministerio Público o como querellante, de derechos fundamentales. Aquel punto es de gran relevancia para determinar la posibilidad real que tendría el Estado para interponer un recurso de nulidad invocando el art. 373, letra a), del CPP.

En cuanto a los votos a favor de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 277 del CPP, hay dos comentarios que atraviesan la generalidad de estos. Por un lado, tienden a aplicar de manera insuficiente los mismos criterios que enuncian para determinar si la diferencia establecida por el legislador es discriminatoria o no. Por otro, ninguno de los votos en cuestión se

hace cargo de manera satisfactoria de la posibilidad contemplada por el CPP de recurrir de nulidad ante la exclusión injustificada de pruebas, si es que esta llega a significar la vulneración de un derecho fundamental. En general, estimamos que puede apreciarse cierta evolución en la estructura de los argumentos esgrimidos, pero dicha evolución no alcanza a tornarlos convincentes.

En relación a los votos por el rechazo del recurso, estos tienden a centrarse en las razones que justificarían que el legislador haya otorgado al Ministerio Público la facultad contemplada en el art. 277 del CPP. Sin embargo, aquello no está en disputa, el punto en cuestión es si los demás intervinientes también deberían verse beneficiados por la misma excepción al carácter excepcional del recurso de apelación contemplado en el CPP. Cuando los votos en comento intentan referirse a las razones que explican que no se otorgue la misma facultad al imputado o al querellante fallan rotundamente. Respecto al imputado, los Ministros por el rechazo del requerimiento insisten una y otra vez en sostener equivocadamente que el único que tiene interés en recolectar y presentar medios de prueba es el acusador. En cuanto al querellante, el voto por el rechazo que efectivamente se refiere a este, simplemente trata de reducir la participación de este interviniente a la irrelevancia, siendo que nuestro ordenamiento jurídico permite sostener justamente lo contrario.

Por otro lado, los votos por el rechazo tienden a referirse adecuadamente a la posibilidad que tienen los demás intervinientes de recurrir de nulidad ante la exclusión injustificada de pruebas ofrecidas por ellos. Punto que invocan al referirse tanto a la supuesta vulneración del numeral segundo del art. 19 de la CPR como al numeral tercero del mismo artículo. Sin embargo, la sentencia que recae en un requerimiento interpuesto por el Ministerio del Interior en la posición de querellante no se hace cargo adecuadamente de las complejidades de aquel caso en particular.

De esta manera, luego de analizar cada una de las sentencias dictadas por el TC sobre la materia, estimamos que si bien los razonamientos presentes en ellas se corresponden en un nivel básico con lo elaborado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo es deficitario. En relación con lo anterior, opinamos que la incorporación de los estándares y argumentos desarrollados en esta disciplina pueden enriquecer la labor jurisprudencial del TC. Por otro lado, la explicitación de ciertos supuestos sobre los cuales discurren los argumentos esgrimidos en las sentencias analizadas también hubiese aportado a mejorar la calidad de los razonamientos plasmados en las mismas.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA CONFORMIDAD DEL ARTÍCULO 277 DEL CPP CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

Después de estudiar el modo en el que la jurisprudencia del TC ha resuelto los problemas constitucionales entorno al artículo 277 del CPP, las conclusiones que surgieron fueron poco alentadoras. Los argumentos presentados en cada una de las sentencias no logran fundamentar de manera adecuada las decisiones adoptadas tanto por los votos de mayoría como de minoría. Por ello, en el presente capítulo pretendemos volver sobre los mismos problemas que abordó el TC y dar una respuesta que pueda hacerse cargo de cada una de las críticas que hicimos en el capítulo anterior. Para ello, utilizaremos, cuando sea necesario, los estándares desarrollados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos expuestos en el capítulo II.

Para tal fin, dividiremos este capítulo en tres apartados. En el primero abordaremos tres problemas normativos relacionados con el objeto específico de esta memoria, que necesitan ser resueltos debido a que la respuesta que demos a cada uno de ellos influirá en el modo en cómo resolvamos la constitucionalidad de la disposición del artículo 277 del CPP.

En el segundo evaluaremos la constitucionalidad de la disposición en cuestión en base al derecho a la igualdad procesal. En este caso trataremos en forma conjunta los problemas constitucionales que genera la disposición en relación al derecho a la igualdad ante la ley y a la llamada igualdad de armas, puesto que consideramos que ambos en el fondo son el mismo problema. Tal como expusimos en el capítulo anterior, que sean el mismo problema se puede observar teniendo presente la distinción desarrollada en el DIDH entre ámbito subordinado y ámbito autónomo de aplicación del principio de igualdad. Finalmente, en el tercer apartado evaluaremos la disposición del artículo 277 sobre la base del derecho al recurso.

2. Cuestiones previas

Para hacernos cargo del problema constitucional que está en juego en el artículo 277 del CPP, es necesario adoptar una posición sobre tres asuntos normativos respecto de los cuales existe controversia, ya sea en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de los tribunales nacionales o la doctrina. Tales asuntos son: (1) ¿Pueden los jueces de garantía excluir prueba de descargo –presentada por el imputado– por la causal de ilicitud, es decir, en base a que esta se obtuvo con vulneración de derechos fundamentales?; (2) ¿el Estado, sea que actué a través del Ministerio Público u otra agencia pública (como el Ministerio del Interior) es titular del

derecho al debido proceso penal?; y (3) ¿es la víctima titular de derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal?

Estas cuestiones deben ser zanjadas antes de resolver el problema de fondo que es objeto de esta memoria, puesto que la postura que se adopte respecto de cada una de ellas influye en la respuesta que se dé a la pregunta sobre la constitucionalidad de la disposición del artículo 277 del CPP, o bien, en el fundamento que sirva de sustento a dicha respuesta. Es decir, necesariamente debemos dar respuesta a las preguntas expuestas arriba si queremos dilucidar el problema constitucional que supone el artículo en cuestión.

Como vimos en el capítulo III, el TC trata cada uno de estos problemas de manera distinta. Respecto del primero – ¿puede el juez de garantía excluir prueba de descargo por la causal de ilicitud?- asume, sin ofrecer argumentos, que el juez sí puede hacerlo. Suponemos que esto se debe, en parte, a que en uno de los casos el TC tuvo que resolver la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277 luego de que el juez de garantía había excluido prueba de descargo por la causal de ilicitud; es decir, el TC actuó sobre la base de la interpretación de los jueces de garantía, sin cuestionarla. Sobre el segundo - ¿es el Estado titular del derecho al debido proceso penal?-, el TC omite toda referencia, como si este problema no tuviese importancia. Tal omisión ya fue criticada en el capítulo anterior. Solo respecto del tercero -¿es la víctima titular

de derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal?-, el TC tematiza el problema y fundamenta su postura (aunque de modo deficitario).

Para evitar este tipo de problemas, en este apartado explicitaremos la posición que adoptaremos en estas materias en el desarrollo de este capítulo, explicando, en cada caso, las razones de nuestra decisión. Es importante aclarar que tales razones no serán de fondo, es decir, no resolverán la controversia apelando a argumentos sustantivos. Esto porque adjudicar tales disputas considerando todos los argumentos implicaría un trabajo de tal extensión que nos distraería del objetivo específico de esta memoria.

(1) Respecto de si es correcto que el juez de garantía pueda excluir prueba de descargo por la causal de ilicitud, asumiremos que sí puede hacerlo³³⁸. Pues, en primer lugar, solo en tal caso la disposición del artículo 277 afectaría al imputado y significaría un problema constitucional respecto de sus derechos. Es decir, si asumiéramos lo contrario, el conflicto constitucional en relación al imputado se desvanecería. En segundo lugar, porque los jueces de garantía han asumido en la práctica que la causal de exclusión de prueba regulada en el inciso tercero del artículo 276 del CPP también se aplica al imputado. En efecto, el TC ha resuelto la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277 en casos en que el juez de garantía ha excluido prueba de descargo por la causal de ilicitud.

³³⁸ Como vimos en el primer capítulo (apartado 2.2.), HERNÁNDEZ, LÓPEZ y HORVITZ sostienen que el juez de garantía no podría excluir prueba de descargo por la causal de ilicitud. LÓPEZ, J. y HORVITZ M., tomo II, op. cit. pp. 215-216. HERNÁNDEZ, H., op. cit. pp. 64-65.

(2) La segunda cuestión preliminar consiste en determinar si el Estado, cuando actúa a través del Ministerio Público u otra agencia estatal, es titular del derecho al debido proceso penal³³⁹. Esto es importante, ya que si la respuesta es positiva, entonces el Ministerio Público u otro órgano estatal, en la medida que actué en el proceso penal como querellante, podría interponer el recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 373 letra a) del CPP. Por el contrario, si la respuesta fuese negativa, tal posibilidad estaría vedada en ambos casos. Como veremos más adelante, esta diferencia influye en los argumentos que son pertinentes para determinar si la distinción contenida en el artículo 277 es razonable o no.

Desde la dictación del Código Procesal Penal, este problema ha dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia³⁴⁰. En efecto, la Corte Suprema ha fallado en ambos sentidos³⁴¹, aunque en sus últimas sentencias ha sostenido que el Ministerio Público, en tanto órgano estatal, no es titular del derecho al

³³⁹ Esta materia no fue analizada desde la perspectiva del DIDH porque en tal contexto la respuesta es obvia: solo las personas naturales son titulares de derechos humanos. En el contexto del derecho constitucional chileno tal respuesta, como señalamos, es controvertida. Por esa razón, los estándares internacionales no son relevantes en esta materia.

³⁴⁰ En lo que respecta a la doctrina, la posición mayoritaria es aquella que señala que el Ministerio Público no es titular de derechos fundamentales en el proceso penal. Por todos véase: MAIER, J. 1996. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. 2° reimposición, Buenos Aires, Editores del Puerto. pp. 543 y ss. ; HORVITZ, M. 2003. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario de dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia, N°3. p. 136-138.; LÓPEZ, J. y HORVITZ, M., op. cit, p. 404. Para la posición contraria -la cual sostiene que el Ministerio Público, en tanto parte de un proceso es titular de las garantías que componen el debido proceso- véase: TAVOLARI, R. 2005a., op. cit. pp.268-269.

³⁴¹ Por ejemplo sentencias que acogen recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en base al derecho al debido proceso: Corte Suprema. Rol N° 4969-02, sentencia de 31 de marzo de 2003. Rol N° 3666-05, septiembre de 2005. Para la tesis contraria, véase las siguientes sentencias: Corte Suprema. Rol N° 2538-02, sentencia de 30 de septiembre de 2002. Rol N° 4011-05, sentencia de 26 de octubre de 2005.

debido proceso penal y que, por consiguiente, no puede interponer el recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del CPP³⁴². Dado que este asunto ha generado tal controversia a nivel jurisprudencial, en el desarrollo de este capítulo asumiremos ambas posturas. Vale decir, responderemos a la pregunta sobre la constitucionalidad de la disposición del artículo 277 del CPP, situándonos tanto en la posición que atribuye al Estado (el Ministerio Público y otros órganos estatales) el derecho al debido proceso penal, como en la posición contraria.

(3) Por último, debemos resolver si la víctima es titular del derecho al debido proceso penal o, como dice el TC, del derecho a la tutela judicial efectiva. Como tuvimos oportunidad de ver en el capítulo II, tal asunto es controvertido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos: por un lado, la Corte IDH sostiene que sí, que la víctima es titular de las llamadas garantías judiciales en el proceso penal, mientras que el Comité de Derechos Humanos afirma lo contrario. Sin embargo, en el ámbito nacional, aunque la doctrina está dividida³⁴³, el TC y la Corte Suprema han sostenido en sus sentencias la posición que confiere derechos procesales a las víctimas de

³⁴² Esta interpretación se ha mantenido más estable a partir del 2012. Corte Suprema, sentencia de 10 de octubre de 2012, Rol N° 5654-2012; sentencia de 27 de diciembre de 2012, Rol N° 6831-2012. Sin embargo, en ambas sentencias existen votos de minoría (en la primera solo del ministro Dolmestch y en la segunda de los ministros Dolmestch y Cisternas) que le reconocen al Ministerio Público la titularidad del derecho al debido proceso.

³⁴³ Por un lado están quienes sostienen que el querellante particular es titular de derechos fundamentales en el proceso penal: MATURANA, C. 2012., op. cit .pp. 335-337. Por otro lado, están quienes afirman que el imputado es el único titular del derecho al debido proceso penal: LÓPEZ, J. y HORVITZ M., op. cit, pp. 404-405.

delitos³⁴⁴. Por ello, en esta memoria asumiremos que las víctimas son titulares del derecho al debido proceso penal, con todo lo que ello implica. Por otro lado, si asumiéramos lo contrario, el artículo 277 solo podría afectar el derecho a la igualdad general de la víctima (ámbito autónomo de aplicación) y no el derecho a la igualdad procesal (ámbito subordinado), ni alguna de las otras garantías que componen el debido proceso (como el derecho al recurso), pues no sería titular de derechos humanos de carácter procesal.

3. Derecho a la igualdad procesal

En primer lugar, evaluaremos la disposición del artículo 277 asumiendo que el Ministerio Público, en tanto órgano estatal, no es titular del derecho al debido proceso penal, sino únicamente destinatario de facultades en el marco del proceso penal. En este caso, el problema constitucional que presenta el artículo 277 se disuelve sin mayores dificultades.

Si el Ministerio Público no es titular del derechos al debido proceso, entonces este no podría interponer un recurso de nulidad por la causal regulada en el artículo 373 letra a), pues esta exige que en alguna etapa del proceso se

³⁴⁴ Para el Tribunal Constitucional, además de las sentencias analizadas en esta memoria, véase: Sentencia Rol N° 815-07, de 19 de agosto de 2008; sentencia Rol N° 1484-09, de 5 de octubre de 2010. Para la Corte Suprema véase: Corte Suprema, sentencia de 27 de enero de 2014, Rol N°16336-2013; sentencia de 12 de octubre de 2012, Rol N° 5922-2012; y sentencia de 4 de enero de 2012, Rol N° 10748-2011. En esta última se señala: SÉPTIMO: Que la exclusión anotada constituye una infracción a la garantía del debido proceso legal y, en particular, al derecho a defensa que le asiste a la víctima, tanto como al derecho que aquélla tiene de ser escuchada y de formular las alegaciones y producir las pruebas que sean del caso, de modo que, en la especie, se ha incurrido en la causal que describe el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por lo que tanto el juicio oral, como la sentencia recaída en aquél, habrán de ser anulados.

le hayan vulnerado garantías fundamentales a quien deduce el recurso. Como consecuencia, el Ministerio Público no tendría otro medio para impugnar la decisión de excluir alguna de sus pruebas que el recurso de apelación regulado en el artículo 277. Por el contrario, el querellante víctima y el imputado, al ser titulares de derechos fundamentales, sí podrían reclamar contra la decisión de excluir alguna de sus pruebas a través del recurso de nulidad. Es más, estos podrían reclamar no solo ante la exclusión basada en la causal de ilicitud, sino ante cualquier exclusión que afecte sus derechos a defensa, independiente de la causal que invoque el juez de garantía para su decisión.

Como se observa, en este caso la disposición del artículo 277 tiene como propósito restablecer el equilibrio entre las partes, en la medida que otorga una facultad al Ministerio Público que el sistema procesal reconoce a los otros intervinientes. Es decir, si se omitiera la disposición en cuestión el Ministerio Público quedaría en desventaja frente a los demás intervinientes, toda vez que no podría reclamar contra la decisión que excluye alguna de sus pruebas. En conclusión, la norma del artículo 277 estaría justificada –establecería una diferencia razonable y objetiva-, ya que el Ministerio Público en comparación con el querellante víctima y el imputado no está en la misma situación frente a la decisión de excluir prueba, en razón de que no es titular de derechos fundamentales.

En cuanto al querellante particular Estado -Ministerio del Interior, por ejemplo-, este no vería afectado su derecho a la igualdad procesal por la sencilla razón de que no es titular de dicho derecho. Si sostenemos como hipótesis que el Ministerio Público no es titular de derechos fundamentales en el proceso penal, en tanto órgano estatal, entonces ninguna otra agencia del Estado sería titular de dichos derechos, por lo cual no podría reclamar la inconstitucionalidad de una disposición como la del artículo 277 por la vulneración de un derecho.

El problema es más complejo si asumimos la hipótesis contraria, a saber, que el Ministerio Público sí es titular del derecho al debido proceso penal. Dada la complejidad que adquiere el problema bajo este supuesto, haremos uso del test para juzgar la legitimidad de las distinciones desarrollado en el contexto del DIDH, pues nos permitirá identificar y aislar los puntos conflictivos de la disposición del artículo 277 y juzgarlos en su mérito. Como señalamos en el capítulo II, dicho test está compuesto de dos pasos, uno de los cuales se descompone en tres: (1) el fin perseguido por la medida debe ser compatible con la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, el fin debe ser legítimo; y (2) la medida debe ser proporcional. Esto último significa que debe ser adecuada, necesaria y proporcional propiamente tal.

Fin legítimo

El fin de la medida no es difícil de vislumbrar, este consiste en proteger la persecución penal de los delitos y, al mismo tiempo, reducir los costos y la duración del proceso penal, es decir, realizar el principio de economía procesal. De acuerdo con nuestra Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos este fin es legítimo. En efecto, tanto la CADH como el PIDCP contemplan el orden público como un fin cuya protección puede justificar la restricción de derechos.

Adecuación

Una medida es adecuada cuando contribuye a realizar el fin propuesto. La medida, recordémoslo, consiste en conferirle al Ministerio Público la facultad de apelar la decisión de excluir prueba por la causal de ilicitud y negar dicha posibilidad a los demás intervinientes. En primer lugar, la medida contribuye a proteger la persecución penal –fin perseguido. Si el Ministerio Público no pudiese apelar vería afectada su posibilidad de contar con medios de prueba suficientes para acreditar el delito ante el tribunal del juicio oral en lo penal. Y en segundo lugar, la medida evita que se extienda más de lo necesario el proceso penal y reduce sus costos. Si el imputado y el querellante particular pudiesen apelar, al igual que el Ministerio Público, se incrementaría el riesgo de que el proceso penal se alargue y aumente el gasto de recursos jurisdiccionales.

Necesidad

En esta sede el asunto consiste en averiguar si existe alguna otra medida que logre, al menos, de igual manera el fin sin perjudicar al querellante particular y al imputado. Para realizar esta evaluación necesariamente debemos considerar medidas alternativas. Y en este caso, las alternativas más evidentes son dos: (1) si el MP es titular del derecho al debido proceso penal ¿por qué no postergar hasta la sentencia definitiva la oportunidad del Ministerio Público de recurrir contra la decisión de excluir prueba?; y (2) ¿por qué no otorgar el derecho de apelar al imputado y al querellante particular la decisión de excluir prueba luego del auto de apertura del juicio oral?

La primera pregunta se responde teniendo en cuenta el rol que le corresponde al acusador, en general, y al Ministerio Público, en particular. Como se sabe, en el ámbito penal, el acusador tiene la responsabilidad de desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al imputado, acreditando, más allá de toda duda razonable, que a este le cabe una participación punible en el delito que se investiga. Esto supone que las pruebas de las que se sirve la acusación son indispensables para que el juicio penal tenga sentido, pues, un juicio penal sin pruebas o con pruebas claramente insuficientes, está de antemano resuelto por la regla que se desprende de la presunción de inocencia. Como consecuencia, no tiene sentido esperar hasta el juicio para ver el impacto de la exclusión de prueba, ya que este impacto se conoce: sin pruebas el acusador perderá el juicio.

Esta interpretación se ve confirmada por el último inciso del artículo 277. Este señala que “si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto.” El sentido de esta disposición está gobernado por la idea que expusimos en el párrafo anterior. Si el Ministerio Público no cuenta con pruebas que considera esenciales para sustentar la acusación, no tiene sentido ir a un juicio penal pues este ya estaría resuelto por el principio de presunción de inocencia.

Por esta razón, otorgar al Ministerio Público la facultad de apelar la exclusión de prueba por la causal de ilicitud luego que se dicte el auto de apertura del juicio oral resguarda de manera eficaz la persecución penal, mientras que esperar hasta la sentencia definitiva afectaría negativamente dicha finalidad.

En cuanto a la segunda pregunta -¿por qué no otorgar el derecho de apelar al imputado y al querellante particular la decisión de excluir prueba luego del auto de apertura del juicio oral?- debemos distinguir en su respuesta entre el imputado y el querellante particular. Respecto del imputado, la respuesta también está envuelta en el principio de presunción de inocencia. En su caso, aun en la circunstancia en que se le excluyan pruebas que considera esenciales para su defensa, el juicio posterior siempre va a tener sentido en virtud de que

este no estará prejuzgado por el hecho de carecer de pruebas. La regla de la carga de la prueba que deriva de la presunción de inocencia, a lo que se suma el alto estándar de prueba en sede penal (más allá de toda duda razonable), trae como consecuencia que la declaración de culpabilidad sea siempre eventual, incierta, aun en el caso en el que el imputado no cuente con medios de prueba. Esto se muestra en el hecho que siempre el imputado podrá basar su defensa en una estrategia negativa, en la simple negación de alguno de los presupuestos facticos de la configuración del delito. Es decir, podrá simplemente negar lo que la parte acusadora deberá acreditar a través de la prueba.

Esto trae como consecuencia que en el caso del imputado es posible postergar el momento de la impugnación de la decisión que excluye su prueba hasta la dictación de la sentencia definitiva, sin que esto signifique una afectación a su derecho de defensa, ni que implique una medida absurda – como podría ser en el caso del Ministerio Público, por la razón indicada arriba. Así, esperar hasta que el imputado pueda interponer un recurso de nulidad no produce indefensión, ni genera un desequilibrio entre este y el Ministerio Público.

Ahora evaluemos el problema desde el punto de vista del querellante particular. Este caso es más complejo, pues el querellante particular actúa como acusador, por lo cual también comparte la carga de desvirtuar la

presunción de inocencia de la que goza el imputado. Es decir, en tanto acusador, la prueba le es esencial, en el sentido de que sin ella no podría sostener su teoría del caso, cualquiera que esta sea.

Sin embargo, podemos vislumbrar dos razones, conectadas entre sí, para no otorgar al querellante particular la facultad de apelar la decisión de excluir prueba luego del auto de apertura del juicio oral. En primer lugar, como sostuvimos anteriormente, un propósito de la disposición del artículo 277 que otorga la facultad de apelar al Ministerio Público, es resguardar el sentido del juicio posterior, pues si el Ministerio Público no cuenta con pruebas suficientes el juicio se vuelve inútil. Esta manera de proteger la persecución penal es suficiente, en la medida que resguarda la hipótesis acusadora del Ministerio Público en vista al juicio posterior. Si el querellante particular estima que se le perjudica ilegítimamente mediante la exclusión de alguna de sus pruebas, podrá luego del juicio interponer un recurso de nulidad, al igual que el imputado. En segundo lugar, otorgarle el recurso de apelación en tal instancia al querellante particular, además de al Ministerio Público, implicaría una desventaja para el imputado. Esto porque el querellante también contaría con el recurso de nulidad luego de la sentencia definitiva, es decir, contaría con dos mecanismos para atacar la decisión de excluir prueba, mientras que el imputado solo con uno –el recurso de nulidad-, lo cual vulnera el principio de igualdad de armas.

Por último, podría argumentarse que la opción legislativa descrita merece críticas de distinto orden. Desde una perspectiva económica, es posible sostener, por ejemplo, que la probabilidad de que se anule un juicio, con los enormes costos que ello conlleva, se disminuirían si se permitiera que imputados y querellantes pudiesen apelar ante la exclusión de las pruebas ofrecidas por ellos al momento de preparar el juicio. Políticamente, habrá quienes hubiesen preferido favorecer la persecución penal permitiendo que el Ministerio Público apele ante la exclusión de prueba por cualquier causal o, en cambio, favorecer al imputado facultándolo para apelar ante la admisión de pruebas que estime ilícitas. Más allá de su valor, las posibles críticas a la solución legislativa adoptada son múltiples. Sin embargo, la crítica que esta memoria tiene por objeto analizar es su posible inconstitucionalidad por ser contraria a los derechos fundamentales contenidos en la CPR y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile. Cabe destacar, que esta última crítica es la única que haría necesaria una modificación legal más allá de los méritos económicos o políticos del diseño vigente.

Proporcionalidad

Finalmente, el último requisito que debe cumplir la medida para ser legítima es el de la proporcionalidad propiamente tal. Este exige que el beneficio o ventaja que se obtiene con la medida compense los sacrificios que

esta supone. En el caso, para saber qué sacrificio implica la medida debemos preguntarnos por la capacidad del recurso de nulidad para resguardar los derechos procesales del imputado y el querellante particular, y averiguar en qué medida el Ministerio Público también puede hacer uso de esa herramienta para impugnar la decisión de excluir prueba.

Respecto a lo primero, la respuesta ya la hemos insinuado tanto este capítulo como en el anterior. El recurso de nulidad es un medio de impugnación adecuado para cautelar los derechos fundamentales del imputado y el querellante particular. En primer lugar, esto es así en virtud del diseño normativo de dicho recurso. El artículo 373 letra a) del CPP establece como causal del recurso de nulidad el hecho que “en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Es decir, si en cualquier etapa del procedimiento penal se vulneran derechos fundamentales, y tal vulneración no fue subsanada, entonces procederá que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia.

Por otra parte, como sostuvimos en el capítulo II, el derecho a la prueba está consagrado en más de un tratado internacional vigente ratificado por

chile³⁴⁵, y se encuentra implícito en nuestra Constitución³⁴⁶. Un aspecto del tal derecho consiste en la obligación de los tribunales de admitir los medios de prueba propuestos adecuadamente por las partes, en la medida que estos sean útiles, pertinentes y lícitos. Por lo tanto, si el juez de garantía excluye un medio de prueba del imputado o el querellante particular, propuesto debidamente y que cumple con tales características, estos podrán recurrir de nulidad y esta deberá ser declarada por el tribunal correspondiente.

Como señalamos en el capítulo anterior, aunque el Tribunal Constitucional haya declarado otra cosa en algunas de sus sentencias sobre la constitucionalidad de la aplicación del artículo 277, la Corte Suprema ha sostenido esta tesis explícitamente en más de una fallo; por lo cual no solo el diseño normativo permite cautelar los derechos del imputado y el querellante particular, sino que también la jurisprudencia ha sostenido una interpretación acorde con ese fin. De esto se sigue que, al menos con respecto a las eventuales vulneraciones a ciertas garantías procesales que puede causar la decisión de excluir prueba, el recurso de nulidad sí es un instrumento eficaz para su protección.

³⁴⁵ Nos referimos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase capítulo II, apartado 3.1.1.

³⁴⁶ En el artículo 19 N° 3, cuando se establece que el legislador deberá establecer las reglas de una investigación y procedimiento justo y racional. El Tribunal Constitucional así lo estableció al sostener que “esta Magistratura ha señalado que nuestra Constitución, en vez de indicar cuáles son los elementos que caracterizan el proceso debido en esas condiciones, confió su desarrollo al legislador. Sin desmedro de indicar que entre ellos se encuentra naturalmente -para lo que aquí interesa- la aportación o presentación de pruebas; aunque sus formas de producción y recepción, requisitos, oportunidades, valor demostrativo y demás aspectos procesales, toca al legislador modularlos por mandato de esa misma regla constitucional.” Tribunal Constitucional. Rol N° 2292-12, sentencia de 24 de enero de 2013, considerando 6°.

Ahora, en cuanto a la posibilidad que tendría el Ministerio Público de impugnar la decisión de excluir prueba mediante el recurso de nulidad, el asunto no es claro. Primero, debemos precisar por qué esto podría implicar un sacrificio o un perjuicio para los demás intervinientes, en particular, para el imputado. Si partimos de la premisa que el Ministerio Público es titular del derecho al debido proceso penal, entonces este podría interponer un recurso de nulidad por la causal regulada en el artículo 373 letra a). Esto implicaría que además de la posibilidad de impugnar la exclusión de prueba mediante la apelación del auto de apertura del juicio oral, podría hacerlo a través del recurso de nulidad. Tal situación causa un perjuicio en el principio de igualdad de armas, en la medida que genera un desequilibrio entre el Ministerio Público y el imputado en cuanto a las posibilidades de impugnar una decisión que los afecta.

Este perjuicio se podría evitar si se negara al Ministerio Público la posibilidad de impugnar la decisión de excluir prueba mediante el recurso de nulidad. En este caso no se produciría la afectación mencionada al principio de igualdad de armas, toda vez que el Ministerio Público no contaría con mayores posibilidades de impugnación en comparación con el imputado. Sin embargo, las normas del CPP no avalan una interpretación como aquella, el artículo 373 letra a) no contempla ninguna distinción como la que acabamos de enunciar. Esto lo más probable es que se deba a que el legislador no estableció la causal del artículo 373 letra a) pensando en el Ministerio Público, pues este, de

acuerdo a la interpretación mayoritaria de la doctrina, no es titular de derechos fundamentales.

Sin embargo, como señalamos al principio de este capítulo, algunos fallos de la Corte Suprema han entendido que el Ministerio Público es titular del derecho al debido proceso penal y, consecuentemente, le han reconocido legitimidad para interponer un recurso de nulidad en base a la causal del artículo 373 letra a). Como dijimos, es debido a este hecho que hemos desarrollado esta hipótesis.

Suponiendo que tal jurisprudencia es correcta, solo quedarían dos alternativas: o bien, aceptamos como un sacrificio menor la desigualdad de armas entre el Ministerio Público y el imputado que genera la doble oportunidad con la que contaría el primero para impugnar la decisión de excluir prueba, o bien, interpretamos las normas del CPP de modo tal que impidan al Ministerio Público recurrir de nulidad en base a la decisión de excluir prueba. Aunque consideramos que ambas opciones son constitucionales, la segunda cumple mejor con los fines del proceso sin generar un perjuicio en ningún interviniente, razón por la cual debiera ser la adoptada.

Conclusión

Como corolario de la aplicación del test podemos señalar que la disposición del artículo 277 del CPP no vulnera el derecho del imputado y el querellante particular a la igualdad en el ámbito jurisdiccional.

4. Derecho al recurso

Una crítica posible a la disposición del artículo 277 desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que fue sostenida por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias, afirma que esta vulnera el derecho al recurso del imputado y el querellante particular (suponiendo que este es titular de derechos fundamentales en el proceso penal). Tal crítica sostiene que las resoluciones importantes, distintas de la sentencia definitiva, deben ser recurribles. En efecto, esta crítica podría ampararse en una interpretación del estándar elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos visto en el capítulo II, según el cual todos los autos procesales importantes – entendiéndose por tales los que causan indefensión o un daño irreparable- se les aplica la norma del artículo 8.2 letra h) de la CADH.

Es importante notar que esta crítica es independiente de la analizada en el apartado anterior. De acuerdo con esta, la decisión de excluir prueba propuesta debidamente por las partes debe ser recurrible, sin importar si esta es impugnada por uno o más partes y no por otras. Es decir, esta crítica no apunta a la desigualdad producida por el hecho de que un interviniente cuente con una herramienta procesales de la que carecen los demás, sino a la afectación directa que se genera en el derecho de defensa del imputado o querellante particular por no contar con un recurso que permita que una

decisión capaz de causar indefensión o daño irreparable sea revisable por un tribunal superior.

A pesar de lo sostenido por el TC en algunas de sus sentencias, esta crítica no es correcta. El derecho al recurso bien interpretado no exige que todo auto procesal importante deba ser en sí mismo impugnabile, sino que toda decisión jurisdiccional que pueda causar indefensión o un daño irreparable deba ser impugnabile mediante un recurso, con independencia de si tal recurso ataca el auto procesal que contiene la decisión en cuestión u otra resolución posterior –por regla general, la sentencia definitiva- que se sostiene sobre aquella decisión. Por esta razón, si el recurso de nulidad permite al imputado y al querellante particular impugnar la decisión de excluir prueba -cuestión que como ya hemos visto es así- entonces no se vulnera el derecho al recurso, aun si estos no están facultados por recurrir contra la resolución que contiene dicha decisión.

En conclusión, la disposición del artículo 277 del CPP tampoco vulnera el derecho al recurso, considerado con independencia a la igualdad procesal.

CONCLUSIONES

El primer capítulo de esta memoria estuvo destinado a dar luces sobre el modo en que el inciso segundo del art. 277 del CPP se concatena con el resto del diseño institucional instaurado por el legislador para controlar la decisión del juez de garantía de excluir pruebas durante la audiencia de preparación del juicio. Para ello, fue necesario referirnos a los principios que informan al sistema procesal penal; los roles que corresponden a cada uno de los intervinientes; la mecánica general del procedimiento ordinario; el régimen de recursos contemplado por el CPP; y la historia fidedigna de la disposición en análisis.

Todo lo anterior nos permitió concluir que el CPP contiene un sistema coherente internamente para controlar la decisión del juez de garantía de excluir prueba. El Ministerio Público, en vista de su particular rol en el procedimiento, requiere mecanismos que permitan impugnar la exclusión de pruebas ofrecidas por el mismo antes del juicio oral. En cambio, el imputado se ve beneficiado por la presunción de inocencia, por lo que incluso si se excluyera toda la prueba de descargo ofrecida por él, aún podría obtener una sentencia absolutoria y, en caso contrario, tendría la posibilidad de interponer un recurso de nulidad basado en la infracción de su derecho a la prueba como parte integrante del debido proceso. Por su parte, el querellante también podría interponer idéntico recurso en caso de haber sufrido agravio por la exclusión de determinadas pruebas

ofrecidas y, por lo demás, podrá beneficiarse de toda la prueba que ofrecerá e incorporará el fiscal, sin perjuicio de que los intereses del querellante puedan ser distintos que los del acusador público.

Si bien aquel sistema puede ser criticado desde varias aristas, el objeto de esta memoria es establecer si es legítimo desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos. Los siguientes tres capítulos tratan de responder esta interrogante.

Habiendo determinado la disposición a analizar y el contexto normativo de esta, el segundo capítulo tuvo por objeto exponer y analizar los estándares desarrollados en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a los derechos fundamentales que consideramos pertinentes: igualdad y debido proceso.

En cuanto al primero, nos enfocamos en los requisitos que ha desarrollado el DIDH para diferenciar las distinciones legítimas de las discriminaciones arbitrarias. Pues, su correcta aplicación sería de gran utilidad para responder a la pregunta que se plantea esta memoria. Respecto al debido proceso, articulamos la exposición en dos apartados. El primero trató del derecho a defensa. En este pudimos apreciar que el DIDH ha desarrollado un conjunto de garantías que le dan contenido y fijan su alcance. Para nosotros eran de especial importancia tres: el derecho a la prueba, el principio de igualdad de armas y el derecho al recurso. En cada una de estas encontramos

argumentos y estándares que enriquecen el marco normativo que se desprende del derecho nacional. El segundo se refirió a la titularidad de la víctima del derecho a defensa penal. En relación a este punto, observamos que existen miradas divergentes dentro del DIDH: por un lado la Corte IDH considera que las víctimas son titulares al derecho a defensa penal, mientras que por otro, el Comité de Derechos Humanos sostiene lo contrario. De esto podemos desprender dos ideas importantes. Primero, que el DIDH no es unidad normativa coherente, lo cual se debe a que en el seno del DIDH conviven sistemas normativos autónomos, que en su despliegue pueden desarrollar estándares contradictorios. Y segundo, en parte derivado de lo anterior, que su incorporación al derecho nacional debe realizarse de manera crítica.

De esta manera, este capítulo intentó sintetizar el acervo normativo que el DIDH ha desarrollado a través de sus tratados y la jurisprudencia de los órganos de control sobre las materias que estimamos relevantes para el tema de esta memoria. Dicho acervo será la base desde la cual los capítulos tercero y cuarto evaluarán las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia y la legitimidad de la disposición en análisis, respectivamente.

El capítulo tercero fue destinado a exponer y criticar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional al fallar sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 277 del CPP. Del análisis de las sentencias de aquel tribunal se desprenden dos ideas importantes. En primer

lugar, que si bien los razonamientos presentes en tales sentencias se corresponden en un nivel básico con lo elaborado por el DIDH, su desarrollo es deficitario. Por regla general, aunque las sentencias enuncian los elementos que componen el test de discriminación, su aplicación al caso concreto no desarrolla a cabalidad cada uno de sus aspectos. Similares deficiencias pudimos apreciar en el tratamiento del derecho al recurso. En segundo lugar, derivado de lo anterior, que la incorporación de los estándares y argumentos desarrollados en el DIDH pueden enriquecer la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

En el cuarto capítulo esbozamos nuestra respuesta al problema planteado. En esta consideramos los argumentos del Tribunal Constitucional, pero hicimos hincapié en la aplicación de los estándares y argumentos desarrollados en el seno del DIDH. En este ejercicio, tuvimos primero que tomar una decisión sobre algunos asuntos, no sobre la base del DIDH, ya que, o bien el este no daba una respuesta unívoca sobre el asunto (derecho a defensa de las víctimas de delitos), o bien la respuesta que daba no era del todo coherente a la que podría desprenderse del derecho nacional, de acuerdo con nuestra jurisprudencia y doctrina (Estado como titular del derecho al debido proceso). Por ello, la posición que asumimos sobre dichas materias se basó en razones no substantivas. Si bien esto impactó en la estructura argumentativa de nuestra respuesta, de todas formas consideramos que esta logró un mejor desarrollo argumentativo que las respuestas ofrecidas en las sentencias del TC.

De esta manera, podemos concluir que el art. 277 del CPP, considerado como parte del sistema contemplado en el CPP, no vulnera el derecho a la igualdad ni al debido proceso. En otras palabras, el diseño institucional instaurado por el legislador para controlar la decisión del juez de garantía de excluir pruebas, del cual el art. 277 forma parte, es una opción legislativa legítima desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Sin embargo, esto obsta a las críticas políticas o económicas que podrían hacerse en contra de la disposición en cuestión, las cuales son ajenas al propósito de esta memoria.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ARANGUENA, C. 2009. Exigencias en relación con la prueba testifical contenidas en el artículo 6.3 d) del CEDH. En: GARCIA, F. y SANTOLAYA, P (coord.). La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BACIGALUPO, E. 2005. El Debido Proceso Penal. Buenos Aires, Hamurabi.

BARRIENTOS, I. 2012. Comentario a sentencia caso bombas. Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales 2(1).

BAYEFSKY, A. 1990. The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law. Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990. [Versión traducida por el Centro de Derechos Humanos].

BERNAL, C. 2003. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____. 2011. El Principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad. En: CLÉRICO, L. y BEADE, G. (Eds). Desafíos a la Ponderación. Colombia, Universidad de Externado.

BINDER, A. 2000. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Buenos Aires, Ad-Hoc.

BOFILL, J. 2000. Preparación del juicio oral y juicio oral. En: Seminario Las reformas del proceso penal, organizado por el Colegio de Abogados de Chile y realizado el 11 y 12 de octubre del 2000. Santiago de Chile.

BOVINO, A. 2003. La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Argentina, ediciones del puerto.

CAFFERATA, J. 2005. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva. En: Proceso penal y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto.

CAROCCA, A. 1998. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Barcelona, Bosch Editor.

_____. 2000. Recursos en el nuevo sistema procesal penal. En: CAROCCA, A. "et al". Nuevo proceso penal. Santiago, Editorial Conosur.

_____. 2002. "La Defensa en el nuevo proceso penal". Revista Chilena de Derecho, vol. 20 (2).

_____. 2003. Manual de derecho procesal los procesos declarativos. Santiago, Lexis Nexis.

DEL RÍO, C. 2012. Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. Estudios Constitucionales, Santiago, vol. 10 (1).

DÍAZ, E. y PEREL, M. 2011. El principio de “igualdad de armas” y su vinculación con el derecho al recurso como garantía constitucional del imputado. En: Jornadas Preparatorias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, Argentina.

DULITZKY, A. 2007. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, N° 3.

DWOKIN, R. 1987. Los Derechos en Serio. 2ª edición. Barcelona, Ariel.

ESPEJO, N. 2000. La interpretación amplia de la no discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público. En: Foro contra la discriminación en el Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales. Santiago, Universidad Diego Portales.

FUENTES, C. 2009. Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios. Revista CEJIL, N° 5.

GARCIA, S. 2006. Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, año 12, t. II.

GOLDSCHMIDT, J. 1961. Principios generales del proceso. Buenos Aires, Ejea.

GONZÁLES, H. 2005. El recurso de apelación del código procesal penal: ley, doctrina, jurisprudencia. Santiago, Lexisnexis.

HERNÁNDEZ, J. 2012 Notas sobre el Derecho al Proceso Equitativo y la Actividad Interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia Madrid.

HERNÁNDEZ, H. 2002. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Colección Investigaciones Jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado.

HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. 2002. Derecho procesal penal chileno. Santiago, Editorial jurídica de Chile.

HORVITZ, M. 2003. Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario de dos fallos de la Corte Suprema. Revista de Estudios de la Justicia (3).

HOYOS, M. 2005. Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal. Santiago, Revista de Derecho Procesal (20).

JUGO, G. 2002 El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En: GARCIA, L. (ed.). Los derechos humanos en el proceso penal: función en el derecho interno,

detención, prisión preventiva, recurso contra la sentencia de condena. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma.

LEIVA, A. 2011. Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso. *Actualidad jurídica* 12(24).

MAIER, J. 1997. El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal? En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

MAIER, J. 2002. *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. 2º reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto.

MATURANA, C. 2003. *Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordancias*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

MATURANA, C. y MONTERO R. 2012. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing.

MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2012. *Los recursos procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

MEDINA, C. 2003. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Centro de Derechos Humanos.

_____. 2009. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, N° 5.

_____. 2011. Ley antiterrorista y el derecho internacional de los derechos humanos. Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública, Departamento de Estudios.

MORALES, R. 2010. Excma. Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público en caso PGE V Región por falta al debido proceso al no permitir incorporar sentencia de procedimiento abreviado ni testigos como prueba nueva. Revista jurídica del Ministerio Público (44).

MUJICA, I. y MORALES, S. 2011. Derecho de acceso a la justicia de la víctima y proceso penal: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

NASH, C. 2009. La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes. En: NASH, C. y MUJICA, I. (Eds.). Derechos Humanos y Juicio Justo. Lima, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas –COLAM, Organización Interamericana Universitaria.

_____. 2012. Recepción y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Centro de Derechos Humanos.

NOGUEIRA, H. 2004. Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales 2(1)

O'DONNELL, D. 2012 Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2º edición.

PALACIOS, P. 2007. La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Santiago, LOM.

PASTOR, D. 2011. La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado? En: AMBOS, K. MALARINO, E. y ELSNER, G. (Eds.). Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Uruguay, Fundación Konrad Adenauer.

PICO I JUNOY, J. 1996. El derecho a la prueba en el proceso civil. Madrid, JM Bosch Editor.

_____. 2008. El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. En: FERRER, E y ZALDVAR, A (coord.). La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. X, Tutela judicial y derecho procesal. México, UNAM.

PIEDRABUENA, Guillermo. 2000. Introducción a la Reforma Procesal Penal. Santiago, Fallos del Mes.

PINO, O. 2011. Nuevo proceso penal. Corte Suprema violación. Gaceta Jurídica (377).

RIEGO, C. 2000. Informe de Chile. En: MAIER, J., AMBOS, K. y WOISCHINK, J. Las Reformas Procesales Penales de América Latina. Buenos Aires, Ad-Hoc.

ROXIN, C. 2003. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editorial del Puerto.

RUIZ, L. 2009 El derecho a la prueba como un derecho fundamental. Estudios de Derechos, vol. 63, n° 143.

SABA, R. 2011. (Des)Igualdad estructural. Derecho y Humanidades, N° 11.

_____. 2012. Pobreza, Derecho y Desigualdad Estructural. En: Colección Equidad de género y democracia. México, SCJN-TEPJF-IEDF.

TARUFFO, M. 2002. La prueba de los hechos .Madrid, Trotta.

TAVOLARI, R. 2005a. Instituciones del Nuevo Proceso Penal: Cuestiones y Casos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

_____. 2005b. De los Recursos en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Derecho Procesal (20).

_____. 2005c. La audiencia de preparación del juicio oral. Revista de Derecho Procesal (20).

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal EDH. Caso Neumeister v. Austria. Sentencia de 27 de junio 1968.

Tribunal EDH. Caso relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (fondo). Sentencia de 23 de Julio de 1968.

Tribunal EDH. Caso Bonisch v. Austria. Sentencia de 6 de mayo 1985.

Tribunal EDH. Caso Papageorgiou v. Grecia. Sentencia de 9 de mayo de 2003.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

Corte IDH. Caso Castillo Páez vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161.

Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196.

Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Corte IDH. Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C no. 226.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.

Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrad en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 2/82, de 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2

Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Corte IDH. Sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18.

INFORMES COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CIDH. Informe N° 55/97. Caso Juan Carlos Abella v. Argentina (fondo). Decisión de 18 de noviembre de 1997.

CIDH. Informe N° 66/12. Caso Rubén Luis Godoy v. Argentina (Fondo). Decisión de 29 de marzo de 2012.

RESOLUCIONES COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Comité de Derechos Humanos. Caso Morael v. Francia. Decisión de 28 de julio de 1989.

Comité de Derechos Humanos. José Vicente y Otros v. Colombia. Decisión de 19 de agosto de 1997.

Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 27 de julio de 2007.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE SUPREMA

Corte Suprema. Sentencia de 30 de septiembre de 2002. Rol N° 2538-2002.

Corte Suprema. Sentencia de 31 de marzo de 2003. Rol N° 4969-2002.

Corte Suprema. Sentencia de 20 de septiembre de 2005. Rol N° 3666-2005.

Corte Suprema. Sentencia de 26 de octubre de 2005. Rol N° 4011-2005.

Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Rol N° 1741-2010.

Corte Suprema. Sentencia de 24 de junio de 2010. Rol N° 2333-2010.

Corte Suprema. Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Rol N° 8637-2011.

Corte Suprema. Sentencia de 4 de enero de 2012. Rol N° 10748-2011.

Corte Suprema. Sentencia de 10 de octubre de 2012. Rol N° 5654-2012.

Corte Suprema. Sentencia de 12 de octubre de 2012. Rol N° 5922-2012.

Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2012. Rol N° 6831-2012.

Corte Suprema. Sentencia de 11 de junio de 2013. Rol N° 2170-2013.

Corte Suprema. Sentencia de 27 de enero de 2014. Rol N° 16336-2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de enero de 2008. Rol N° 986-07.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de agosto de 2008. Rol N° 815-07.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de enero de 2010. Rol N° 1535-09.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de septiembre de 2010. Rol N° 1502-09.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 5 de octubre de 2010. Rol N° 1484-09.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 24 de enero de 2013. Rol N° 2292-12.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de enero de 2013. Rol N° 2330-12.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N° 2323-12.

Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de enero de 2014. Rol N° 2354-12.

CORTES DE APELACIONES

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 2 de octubre de 2012.

Rol N° 2551-2012.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 18 de febrero de 2013.
Rol N° 259-2013.

OTROS

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia de la Ley N° 19.696
[en línea] <[http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos
legales/10221.3/643/1/HL19696.pdf](http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos legales/10221.3/643/1/HL19696.pdf)> [consulta: 28 de septiembre de 2013].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2005. Historia de la ley N° 20.074
[en línea] <[http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos
legales/10221.3/480/1/HL20074.pdf](http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos legales/10221.3/480/1/HL20074.pdf)> [consulta: 28 de junio de 2014].

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO
DEL SENADO. 1997. Primer Informe Recaído En El Proyecto De Reforma
Constitucional, En Primer Trámite Constitucional, Que Crea El Ministerio
Público, Boletín 1943-07 [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/
index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=2495&tipodoc=info](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=2495&tipodoc=info) >
[consulta: 10 de enero de 2014].

