



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina de la carrera de Derecho

¿Es constitucional el artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal?

Autores: Juan Pablo Navarro
Ana Karina Reyes

Profesor Guía: Felipe Gorigoitia.

Fecha de Entrega: diciembre 2014.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| TABLA DE ABREVIATURAS..... | 4 |
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| | |
| CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES..... | 7 |
| 1) Importancia del auto de apertura..... | 7 |
| 1.1) Determinación del objeto del juicio oral..... | 8 |
| 1.2) Determinación de las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral..... | 8 |
| 2) Recursos..... | 9 |
| 3) Historia de la ley..... | 10 |
| 4) Intento de reforma al artículo 277..... | 11 |
| 5) Análisis de las causales de exclusión de prueba..... | 13 |
| 5.1) Causales de exclusión de prueba..... | 13 |
| 5.1.1) Impertinencia..... | 13 |
| 5.1.2) Hechos públicos o notorios..... | 15 |
| 5.1.3) Prueba documental y testimonial con fines puramente dilatorios..... | 16 |
| 5.1.4) Prueba ilícita..... | 16 |
| 5.1.4.1) Actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas..... | 16 |
| 5.1.4.2) Inobservancia de garantías fundamentales..... | 17 |
| 5.1.4.2.1) Fundamento..... | 18 |
| 5.1.4.2.2) Alcances de la exclusión en la prueba ofrecida por los distintos intervinientes en el proceso penal..... | 18 |
| 5.1.4.2.2.1) Exclusión de prueba ilícita en el caso de la defensa..... | 18 |
| 5.1.4.2.2.2) Exclusión de prueba en el caso del querellante y el Ministerio Público..... | 19 |
| 5.2) Exclusión de prueba y apelación del auto de apertura..... | 20 |
| | |
| CAPÍTULO SEGUNDO: ARGUMENTOS ESGRIMIDOS A FAVOR Y EN CONTRA DE QUE SOLO EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDA APELAR AL AUTO DE APERTURA..... | 21 |
| 1) Fundamentos a favor de que solo el Ministerio Público sea legitimado para recurrir al auto de apertura..... | 21 |
| 1.1) Primer argumento: el Ministerio Público es quien tiene a cargo la investigación..... | 21 |
| 1.1.1) El derecho de defensa del imputado y la igualdad con el acusador..... | 22 |
| 1.1.2) La actividad probatoria del querellante y su igualdad con el Ministerio Público..... | 23 |
| 1.1.3) Ministerio Público y producción de prueba ilícita..... | 24 |
| 1.2) Segundo argumento: el riesgo de paralización del sistema..... | 25 |

| | |
|---|-----------|
| 1.3) Tercer argumento: la afectación de los principios de inmediación y contradicción | 27 |
| 2) Argumentos esgrimidos para señalar que el Ministerio Público no debe ser el único legitimado para recurrir el auto de apertura..... | 28 |
| 2.1) Primer argumento: afectación al debido proceso | 28 |
| 2.2) Segundo argumento: constituiría una discriminación arbitraria entre los intervinientes, que afecta el derecho a la igualdad ante la ley..... | 30 |
| 2.3) Tercer argumento: infracción al derecho al recurso..... | 33 |
| 2.3.1) Características del derecho al recurso..... | 34 |
| 2.3.2) Relación del derecho al recurso y el auto de apertura..... | 37 |
| 2.4) Cuarto argumento: ineficacia del recurso de nulidad | 37 |
| 2.4.1) Requisito de esta causal del artículo 373 letra a)..... | 38 |
| 2.4.1.1) Infracción sustancial..... | 38 |
| 2.4.3.1) Exclusión de prueba que no debió proceder..... | 40 |
| 2.4.3.2) Exclusión de prueba del recurrente | 44 |
| 2.4.4) Síntesis | 45 |
| 2.5) Jurisprudencia del TC acerca de la inconstitucionalidad del artículo 277 inciso 2° CPP. | 46 |
| 2.5.1) Sentencias que niegan lugar a la tramitación del requerimiento..... | 47 |
| 2.5.1) Sentencias que declaran la inaplicabilidad del precepto..... | 48 |
| 2.5.1.1) Vulneración al debido proceso | 48 |
| 2.5.1.2) Vulneración a la igualdad ante la ley | 49 |
| 2.5.2) Sentencias que niegan lugar al requerimiento..... | 50 |
| 2.5.3) Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... | 51 |
| CONCLUSIONES | 53 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 55 |

TABLA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| CADH: | Convención Americana de Derechos Humanos. |
| CP: | Código Penal. |
| CPP: | Código Procesal Penal. |
| CPR: | Constitución Política de la República. |
| LOC: | Ley Orgánica Constitucional |
| PIDCP: | Pacto Interamericano de Derecho Civiles y Político. |
| SCS: | Sentencia Corte Suprema. |
| STC: | Sentencia Tribunal Constitucional. |
| SCIDH: | Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. |
| TC: | Tribunal Constitucional. |

Resumen

El presente trabajo pretende demostrar que la limitación establecida por el legislador en el artículo 277 inciso 2° CPP, en cuanto a restringir la apelación del auto de apertura del juicio oral solo al Ministerio Público, por exclusión de prueba ilícita, vulnera los derechos fundamentales de los demás intervinientes del proceso, toda vez que establece una diferencia entre las posibilidades que tiene el órgano persecutor y el resto de los intervinientes.

Para ello analizaremos los argumentos que se han esgrimido para justificar la limitación de esta norma, demostrando la insuficiencia de estos y la ineficacia del recurso de nulidad, herramienta entregada por el legislador frente a la exclusión de prueba, para resolver el problema.

Palabras claves

Auto de apertura, artículo 277 inciso 2° CPP, derecho al recurso, recurso de nulidad, apelación.

INTRODUCCIÓN

A través del mensaje N°110-331, de fecha 9 de junio de 1995, se dio origen a la tramitación de la reforma procesal penal, proyecto que fue promulgado el 29 de septiembre de 2000 y publicado el 12 de octubre del mismo año. En el artículo 359 de este proyecto se regulaba el contenido del auto de apertura del juicio oral, norma que en los trámites posteriores pasó a ser el actual artículo 277 CPP.

Esta resolución es dictada por el juez de garantía, al término de la audiencia de preparación del juicio oral y tiene como objeto principal establecer los hechos sobre los que debe recaer el juicio, junto a los medios de prueba que deberán incorporarse en este.

Al regular los recursos que proceden contra esta resolución, el legislador ha sido bastante restrictivo en la procedencia de la apelación, estableciendo en el inciso 2° del artículo 277 CPP, que el auto de apertura del juicio oral, solo será susceptible de apelación cuando lo interponga el ministerio público. Esto lleva a preguntarse si dicha norma establece o no una discriminación arbitraria al impedir que los demás intervinientes puedan apelar a esta resolución, reservándoles solo la posibilidad de recurrir a través del recurso de nulidad, lo que ha llevado a que nuestro TC ha señalado, en algunas ocasiones, que la frase “solo cuando lo interpusiera el ministerio público” es inaplicable por inconstitucional.

Este problema que plantea el artículo 277 CPP es el que se tratara el presente trabajo. Para ello explicaremos previamente en qué consiste el auto de apertura del juicio oral y cuál es la importancia que tiene dentro del sistema procesal penal. Luego analizaremos las causales de exclusión de prueba contempladas en el artículo 276 CPP, con el objeto de demostrar que la apelación del auto de apertura debiera proceder también respecto de ellas. Revisaremos los argumentos que se han planteado para justificar la actual limitación, demostrando que ellos no resultan persuasivos. Finalmente pasaremos a exponer los argumentos esgrimidos para señalar que el Ministerio Público no debe ser el único legitimado para recurrir al auto de apertura, porque la norma atenta contra el debido proceso, la igualdad ante la ley, siendo además el recurso de nulidad, un método no eficaz para resolver el problema.

CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES

1) Importancia del auto de apertura

El auto de apertura del juicio oral es una resolución judicial dictada por el juez de garantía, en la etapa intermedia del proceso penal, como fruto de la discusión que se lleva a cabo en la audiencia preparatoria del juicio oral.

En cuanto al contenido de esta resolución, según lo dispuesto por el artículo 277 del CPP se deberá hacer mención a:

- a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;
- b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;
- c) La demanda civil;
- d) Los hechos que se dieran por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275;
- e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior; y
- f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.

De lo anteriormente dicho se puede desprender claramente que el fin de esta resolución, es “delimitar 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 y sobre los que recaerá la sentencia”¹. Es precisamente aquí donde radica su importancia “al ser el denominado auto de apertura del juicio oral que pronuncia el juez de garantía el único antecedente que debe remitirse, dentro de las 48 horas, al tribunal de juicio oral en lo penal”². Lo que se desprende del artículo 281 inciso 1 CPP. El propósito de lo anterior, es evitar que el tribunal oral tome

¹ HORVITZ LENNON, María Inés, (2004), “*Derecho Procesal Penal Chileno*”, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 56.

² MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ Raúl (2012), *Derecho Procesal penal*, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 766.

conocimiento de pruebas que no puedan ser utilizadas, formándose con ello un prejuicio, especialmente de la prueba obtenida por medios ilícitos.

1.1) Determinación del objeto del juicio oral

Una de las principales funciones del auto de apertura del juicio oral, es la determinación del objeto de este, lo que consiste en “establecer los hechos que deberán ser materia del juicio oral, es decir aquellos que son enjuiciados y respecto de los cuales se deberá pronunciar la sentencia definitiva, de absolución o condena, que, por otra parte, son los únicos sobre los que podrá recaer la prueba”³. En consecuencia “el pronunciamiento que se pide al tribunal que dictará la sentencia en el proceso penal versa única y exclusivamente sobre estos hechos”⁴.

El rol del juez de garantía en este punto se encuentra establecido en la letra b), del artículo 277 CPP. Esta letra señala que el auto de apertura deberá contener “la o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas”, lo que equivale a decir que deberá rechazar aquellas acusaciones que no cumplan con las exigencias legales, tales como, las que se refieren o fundamentan en hechos que no han sido objeto de la formalización⁵.

En conclusión, se puede sostener que “de la lectura del auto de apertura debe quedar claro cuál será el contenido del juicio oral, el que no podrá ser en ningún caso sobrepasado por la sentencia definitiva que se pronuncie como resultado del mismo (art 341 CPP)”⁶.

1.2) Determinación de las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral

La determinación de la prueba que debe rendirse en el juicio oral es otro de los puntos que debe fijar el auto de apertura. Para estos efectos, “el juez de garantía debe depurar las pruebas que detalladamente se ofrecen por las partes en sus respectivos escritos o actos de acusación,

³ CAROCCA PÉREZ, Alex (2005), “Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal”, Editorial LexisNexis, tercera edición, Santiago, p. 216-217.

⁴ CAROCCA (2005), p. 217.

⁵ CAROCCA (2005), p. 218.

⁶ CAROCCA (2005), p. 218.

demanda civil, adhesión a la acusación y contestación de unas y otras”⁷. Es aquí donde operan las causales de exclusión, para conocer finalmente cuál será la prueba que se rendirá en juicio.

Se puede concluir que “se trata de una resolución esencial, de cuya adecuada adopción dependerá el éxito del propio juicio oral”⁸. Es por eso que el contenido de esta resolución se encuentra establecido con detalle en el propio CPP.

El TC se ha pronunciado sobre la importancia de esta resolución, señalando que esta “...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”⁹.

Así, la exclusión de prueba puede dejar a cualquiera de los intervinientes en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan su teoría del caso, o bien en una eventual situación de indefensión por parte del imputado.

2) Recursos

El auto de apertura es una sentencia interlocutoria de segundo grado, puesto que en los términos del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, se pronuncia “sobre un trámite que debe servir de base para la dictación de la sentencia definitiva”. El CPP se encarga de establecer expresamente los recursos que se pueden interponer contra de dicha resolución en el artículo 277 inciso 2º, el que señala que: “El auto de apertura del juicio oral solo 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”.

De lo anterior se desprende que, en principio, el auto de apertura, no será susceptible de recurso de apelación, salvo que este sea interpuesto por el Ministerio Público por la causal de exclusión de prueba por ilicitud.

Lo anterior nos vuelve a recalcar la importancia de esta resolución, debido a que la exclusión de prueba por cualquiera de las causales del artículo 276 CPP puede dejar al

⁷ CAROCCA (2005), p. 218.

⁸ CAROCCA (2005), p. 216.

⁹ STC, 9 de septiembre, N°1502-2010, considerando décimo.

imputado en una clara situación de indefensión, pues no podrá interponer recurso de apelación ante el auto de apertura y solo resguardará sus derechos el eventual recurso de nulidad que se pueda interponer al final del proceso.

En cuanto al querellante, al reconocérsele la calidad de interviniente en el proceso penal, tiene derecho a presentar prueba que sustente una teoría del caso diferente a la del Ministerio Público, aunque ambos busquen demostrar la culpabilidad del imputado, no siendo menor el hecho de que la exclusión de todo o parte de su prueba, lo deje en la imposibilidad de demostrar su teoría del caso.

Por otro lado, al Ministerio Público, además de concedérsele la posibilidad de interponer el recurso de apelación, se le permite en el inciso 3 del 277 CPP la posibilidad de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, en caso de que se le excluya prueba esencial de cargo de este, por resolución firme.

3) Historia de la ley

Establecido cuál es la importancia de esta resolución y los recursos que se pueden interponer en contra de ella, pasaremos a analizar los argumentos que se han esgrimido en la historia del establecimiento del CPP para la restricción de la apelación del auto de apertura.

Con fecha 9 de junio de 1995, mediante mensaje presidencial N°110-331, se dio inicio a la tramitación legislativa de la reforma procesal penal. En este proyecto, el artículo 359 (norma que posteriormente pasó a ser el actual artículo 277 CPP) establecía en su inciso primero el contenido del auto de apertura y en el inciso segundo, que dicha resolución no sería susceptible de recurso alguno¹⁰. Esta situación se mantuvo en los trámites posteriores, pero en la revisión del proyecto en el Senado, “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 lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que puedan estimarse dilatorias, porque quedara entregado al criterio del juez de garantía sin revisión posterior...”

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.676, Mensaje Presidencial obtenido del sitio web <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>. p. 143.

“...Entendió [la comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...”

“...Por ello, se acordó establecer un recurso a favor solo 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...”

“...Se 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...”¹¹.

Del informe anterior se concluye que al legislador le causó preocupación, la inexistencia de un recurso para impugnar esta resolución, pero, por otro lado, entendió que conceder la apelación a los demás intervinientes y por cualquier causal es una situación riesgosa, debido a que un sistema demasiado amplio de recursos, podría provocar la paralización del procedimiento, lo que atentaría contra los principios que rigen el nuevo proceso penal. Por ello, decidió conceder excepcionalmente el recurso de apelación al Ministerio Público, en caso de exclusión de prueba ilícita.

4) Intento de reforma al artículo 277

El 22 de enero de 2004 por mensaje N°440-350, el ejecutivo propuso la modificación de una serie de artículos del CPP y CP. En la discusión de este proyecto, un senador de la república

¹¹ Historia de la ley 19.696, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín 1630-07, de fecha 20 de junio del 2000, obtenido del sitio web <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf> p. 1451-1452.

propuso una modificación al artículo 277 del CPP, la cual finalmente no prosperó. Resulta interesante el estudio de este intento de reforma, pues en él se vuelve a discutir nuevamente el problema, esta vez ya no como algo teórico, sino en base a casos que efectivamente se habían verificado en la instauración progresiva de la reforma procesal penal.

En aquella ocasión, el Senador señor Viera-Gallo propuso intercalar un inciso nuevo al artículo 277 CPP, con el fin de establecer que la defensa también pudiera interponer el recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral. No obstante, el planteamiento del parlamentario no encontró acogida en los representantes del Gobierno, quienes afirmaron que “...de aceptarse la modificación planteada, siempre que haya exclusión de prueba por cualquier causa las partes van a apelar y, como la exclusión de prueba es una cuestión común, la apelación en ambos efectos que se plantea se va a transformar en un problema, pues paralizará rápidamente el sistema. Por otro lado, el artículo 276 especifica con claridad y profundidad qué se entiende por prueba impertinente, por tanto no es una situación que queda al arbitrio del juez”¹².

El Senador Espina sostuvo que debía estudiarse detenidamente la disposición, debido a que se corre el riesgo de instalarse nuevamente una doble instancia.

Por su parte, el profesor Tavolari señaló que la propuesta era razonable, ya que puede existir prueba ilícita en favor de la defensa.

El entonces Fiscal Nacional señor Guillermo Piedrabuena sostuvo que la *ratio legis* de la disposición se basa en la preocupación cuando se excluye prueba al Ministerio Público, pero que de igual modo sería útil que los demás intervinientes pudieran apelar por cualquier causal.

Por último, el Defensor Nacional de la época, don Rodrigo Quintana, se manifestó conforme también con la modificación, debido a que ella busca equilibrar a la defensa en materia de impugnación de exclusión de pruebas. Finalmente la comisión se inclinó por esta disposición, extendiendo la apelación para la defensa¹³.

Sin embargo al discutirse el proyecto en la cámara baja, los representantes del Ministerio Público se opusieron a la modificación, señalando que difícilmente la defensoría podría sufrir exclusión de prueba por ilicitud. En reemplazo de esto, propusieron agregar un inciso tercero para permitir a la Fiscalía desistirse de preservar en la investigación cuando se rechacen las pruebas por haberse obtenido ilegalmente.

¹² Historia de la ley 20.074, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N°3.465-07, de 25 de agosto del 2004, indicación N° 34, Obtenido del sitio web <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/480/1/HL2074.pdf>, p. 149.

¹³ Historia de la ley 20.074, Segundo Informe..., p. 149-150.

La comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento finalmente acogió por unanimidad la propuesta del Ministerio Público de no conceder la apelación a la defensa del imputado, rechazando de esta manera la propuesta del Senado¹⁴.

5) Análisis de las causales de exclusión de prueba

El artículo 295 CPP consagra la libertad de prueba en nuestro sistema procesal penal, pero este derecho no es absoluto, porque hay ciertos límites que están presentes “tanto en el curso de la investigación, como en el desarrollo del juicio oral, pues existen numerosos aspectos rigurosamente regulados, tanto en lo concerniente a las formas en que se puede válidamente acceder a los medios de prueba, como a la manera en que éstos han de ser incorporados al juicio”¹⁵. Lo anterior no es contradictorio a lo que señala el artículo 295, ya que “todos los hechos o circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por *cualquier medio*, la norma agrega, *producidos e incorporados en conformidad a la ley*”¹⁶.

Algunos de los límites a la libertad probatoria son los que plantea el artículo 296 CPP, al establecer las causales de exclusión de prueba que son: la prueba impertinente, dilatoria, hechos públicos o notorios y prueba ilícita, los que pasaremos a exponer.

5.1) Causales de exclusión de prueba

5.1.1) Impertinencia

La causal de exclusión de prueba por impertinencia se encuentra regulada en el inciso 1° del artículo 276 CPP. Se puede entender por pertinencia, en palabras de María Inés Horvitz, aquellos medios de prueba “que buscan acreditar o excluyen la concurrencia de los elementos del delito, la participación punible del acusado y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal incluidas en la acusación”¹⁷. En iguales términos, Hernández Basualto

¹⁴ Historia de la Ley 20.074, Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, Boletín N°3465, de 5 de abril de 2005, Indicación N°28, Obtenido del sitio web <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/480/1/HL2074.pdf>, p 363.

¹⁵ ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004), “*La Prueba Ilícita*”, LexisNexis, Santiago 2004, p. 19.

¹⁶ ZAPATA (2004), p. 21.

¹⁷ HORVITZ LENNON, María Inés (2003) “*Derecho procesal penal*”, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.46.

señala que la relevancia se establece “conforme a un criterio eminentemente técnico (lógico) de utilidad, que atiende a si el material probatorio en cuestión permite o no fundar una conclusión sobre la veracidad del enunciado fáctico a probar”¹⁸. Por ende, una prueba es impertinente cuando “no existe relación, lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba ofrecido”¹⁹. Este autor sigue su razonamiento haciendo una distinción de la pertinencia con la admisibilidad. Esta última dice relación con “razones institucionales (jurídicas antes que lógicas) sobre la legitimidad o la conveniencia de contar con un material probatorio cuya relevancia no se discute, como ocurre, por ejemplo, con la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales o en razón de secreto de Estado”²⁰.

La distinción que propone Hernández Basualto tiene como fin preguntarse si la prueba indiciaria o indirecta, relacionada con conductas previas, ciertas o supuestas del acusado, analizada a la luz de los testigos de contexto, pueden causar un prejuicio a éste que se traduzca en “un sesgo o predisposición grave contra el mismo que puede debilitar de un modo significativo la racionalidad de la decisión, favoreciendo una condena injustificada”²¹.

Estas pruebas, junto con no estar relacionadas directamente con el objeto del juicio, traen consigo factores emocionales y culturales asociados, que llevan injustamente a su sobrevaloración, afectando así la racionalidad del juicio²², y estos, a su vez, repercuten en la imparcialidad del juez, lo que no es compatible con las garantías propias del procedimiento.

Incluso el perjuicio puede llegar a invertir la carga de la prueba, pues el problema consistiría en cómo poder atacar el prejuicio producido, y esto se lograría solo desacreditando la “credibilidad de la información entregada, y ahí se produce la alteración a la carga de la prueba”²³.

Nuestro ordenamiento jurídico plantea una causal específica de exclusión de prueba por ilicitud, pero, como se expondrá más adelante, ella opera cuando la vulneración de derechos fundamentales se produce en la obtención de prueba y no como es el caso en cuestión, en donde esta vulneración se produce en la incorporación de esta al juicio. Cabe preguntarse si es dable poder excluir este tipo de prueba a falta de un precepto que lo permita, si como hemos señalado, este no es un problema de pertinencia, sino de admisibilidad.

¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2010), “Pertinencia como garantía”, Editorial Albeledo Perrot, Santiago, p. 23.

¹⁹ OBANDO HERRERA, Sandra (2012), “*Alcance de la exclusión de prueba por manifiesta impertinencia en el proceso penal chileno*”, tesis para optar al grado de magister en derecho, Universidad de Valparaíso, 2012, p. 26.

²⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO (2010), p. 23.

²¹ HERNÁNDEZ BASUALTO (2010), p. 21.

²² HERNÁNDEZ BASUALTO (2010), p. 24.

²³ OBANDO (2012), p. 50.

La cuestión se soluciona con el reconocimiento de reglas no escritas de exclusión de pruebas, como se ha hecho en Estados Unidos y Alemania²⁴. Lo que habría que sostener, es que se provoca una vulneración de garantías fundamentales. Sin embargo, como Hernández Basualto constata, nuestra jurisprudencia es poco dada a realizar declaraciones de principios en base a reglas no escritas. Por ello, concluye que del propio artículo 276 inciso 1° se puede desprender la solución, sosteniendo que “la pertinencia a que se refiere el precepto puede entenderse no solo como relevancia en el sentido epistemológico -para lo cual probablemente la norma sea, además, superflua- sino también como garantía, en el sentido de encerrar el mandato de ponderación propio de la prevención de perjuicios injustificados”²⁵.

5.1.2) Hechos públicos o notorios

Esta causal de exclusión de prueba se encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 276 CPP. Los hechos notorios son aquellos “cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión”²⁶.

El fundamento de esta limitación a la prueba es doble, “por un lado radica en el principio de economía procesal, toda vez que el sistema busca evitar que los actores incorporen pruebas innecesarias al proceso, dilatando consecuentemente el proceso. En segundo lugar el legislador busca evitar que se contradiga aquello que todo el mundo sabe”²⁷.

El problema de estos hechos, es la discrecionalidad judicial que se pudiera ocasionar, si el juez resuelve la declaración de un hecho como público o notorio, basándose en sus propios conocimientos, no cumpliendo en consecuencia con el doble fundamento de esta institución²⁸. De ahí que cobra importancia la existencia de un control vertical que pueda ejercerse en contra de la resolución que consigna la exclusión de prueba, es decir, el auto de apertura del juicio oral.

²⁴ Ver en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2002), “*La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*”, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, p. 9-41.

²⁵ OBANDO (2012), p. 43.

²⁶ CALAMANDREI, Piero (1996), “*La definición del hecho notorio. Estudios sobre el proceso civil*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 91.

²⁷ HERNÁNDEZ TORRES, Arturo, (2004), “*Estudios Jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez*”, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, p. 127.

²⁸ Un ejemplo dado por Couture, es el de una tribuna inglés que, “en la ejecución de una letra de cambio datada de Hamburgo, la admitió en juicio como datada de la parroquia de Santa María de Le Bow, en Londres. ‘Porque dice el tribunal, si bien es exacto que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado que sea así’” (COUTURE, Eduardo (1985), “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*” Tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 206).

5.1.3) Prueba documental y testimonial con fines puramente dilatorios

También puede ser objeto de exclusión conforme al artículo 276 inciso 2º CPP, aquella prueba documental y testimonial que se presente con fines puramente dilatorios. Según Maturana y Montero, constituye prueba inútil o con fines dilatorios “aquel medio de prueba que no resulta adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, es decir, cuando el medio de prueba no es adecuado para el fin que persigue y cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, ya sea porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, o bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes”²⁹.

En cuanto al fundamento de esta limitación, “no parece razonable ni convincente que deba recibirse toda la prueba ofrecida que se halle en esta hipótesis, si su rendición pudiera prolongar excesivamente el juicio y no aporta elementos nuevos al tribunal para formar su convicción”³⁰.

5.1.4) Prueba ilícita

La causal de exclusión de prueba por ilicitud considera dos hipótesis: las actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y las que hubiere sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, ambas consagradas en el inciso 3º del artículo 276 CPP, las que pasaremos a analizar a continuación.

5.1.4.1) Actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas

Esta hipótesis de prueba ilícita depende de la declaración de nulidad del acto base. “La declaración de la nulidad procesal es un mecanismo establecido para remediar un defecto de procedimiento que ocasione perjuicio”³¹, entendiéndose que “existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, según lo dispone el artículo 159 CPP, pero para obtener la declaración de nulidad el perjuicio solo debe ser reparado por esta vía.

²⁹ MATURANA MIQUEL (2012), vol. 2, p. 921.

³⁰ HORVITZ (2004), vol. 2, p. 48.

³¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, (2002) p. 44.

Debe tenerse en claro que esta hipótesis de obtención de prueba ilícita “no es una subespecie de la segunda causal que establece la ilicitud por vulneración de garantías fundamentales, toda vez que se pasaría por alto que las reglas sobre nulidad procesal no son tan exigentes, y que es perfectamente posible una declaración de nulidad aun cuando no se esté en presencia de una garantía fundamental amagada”³².

Lo anterior, como sostiene Hernández Basualto, hace que esta hipótesis sea bastante excepcional, toda vez que “lo habitual será que la ilicitud en la obtención de prueba sea más bien predicable de actuaciones de la policía –v.gr. detenciones o allanamientos ilegales- o incluso el Ministerio Público, pero no de los jueces, a quienes la nueva distribución de competencias del proceso penal impide desplegar actividades de investigación y, consecuentemente, recabar material probatorio”³³.

Junto a lo anterior, el problema central en este punto viene dado por “el necesario margen de ponderación y relativa discrecionalidad que debe acordarse a los jueces de garantía en estas materias, obligada por el carácter esencialmente opinable de las decisiones”³⁴.

5.1.4.2) Inobservancia de garantías fundamentales

La obtención de prueba por vulneración de garantías fundamentales, desde un punto de vista formal, es predicable no solo en este caso de las actuaciones judiciales, como era en la hipótesis anterior de ilicitud. Esta es aplicable además a los actos administrativos de los órganos del Estado, y de los particulares, pero desde un punto de vista material, “resulta forzoso concluir que la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma”³⁵, entendiéndose a lo menos las garantías consagradas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

La prueba ilícita presenta variados problemas. Entre ellos podemos mencionar los efectos remotos o reflejos de su exclusión, llamados en doctrina “los frutos del árbol

³² HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 44.

³³ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 45.

³⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 47-48.

³⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 51-52.

envenenado”; la legitimación activa para reclamar de la ilicitud, radicando el cuestionamiento en sí ¿solo el titular de la garantía amagada posee tal legitimación o puede reclamar un tercero?; la excepción de buena fe; si esta puede o no operar de oficio y finalmente si la exclusión alcanza tanto a la defensa, al querellante o al Ministerio Público. De las problemáticas nombradas, solo trataremos la última de ellas, por su relación con el presente trabajo, junto con analizar cuál es el fundamento de esta.

5.1.4.2.1) Fundamento

Héctor Hernández Basualto señala que el “fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal es uno esencialmente ético, antes que utilitario, y está referido a la legitimidad de la acción estatal. El ejercicio del poder punitivo del Estado solo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos; en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación”³⁶, así como expresa María Francisca Zapata, “la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio”³⁷.

Si fundamos, por ende, esta causal en el ejercicio del poder punitivo del Estado o “ius puniendi”, cabe preguntarse si la exclusión puede alcanzar la prueba de descargo de la defensa, como también la prueba ofrecida por el querellante.

5.1.4.2.2) Alcances de la exclusión en la prueba ofrecida por los distintos intervinientes en el proceso penal

5.1.4.2.2.1) Exclusión de prueba ilícita en el caso de la defensa

Héctor Hernández Basualto responde a esta interrogante sosteniendo que “no es conceptualmente necesario que ésta alcance a las actuaciones ilegítimas favorables a la defensa. Tal es la situación en el derecho comparado y viene también sugerida nítidamente en la ley chilena por el artículo 277 inciso final, que, cuando estableció la apelación al auto de apertura del

³⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, (2002), p. 60-61.

³⁷ ZAPATA (2004), p. 18.

juicio oral, solo consideró la exclusión de prueba ilícita, facultando solo al Ministerio Público a interponer el recurso, “lo que permite colegir –a menos que se admita una discriminación carente de antecedentes en la historia de la ley fidedigna y de casi imposible fundamentación- que a juicio del legislador solo la persecución penal podría verse afectada por dicha exclusión³⁸”.

El fin de esta interpretación radica en que la obtención de prueba de descargo con infracción de garantías fundamentales no hay afectación al *ius puniendi*. Estamos de acuerdo que dicha práctica se debe limitar, pero nadie va a ser condenado con fundamento en la vulneración de sus garantías fundamentales; más bien al contrario, dicha vulneración puede impedir que alguien sea indebidamente condenado.³⁹ Esta interpretación no vulnera el principio de igualdad de armas en el proceso penal, toda vez que quien afirmar lo contrario sería “sencillamente no comprender el sentido de la delicada función pública encargada a los órganos de persecución penal⁴⁰”.

5.1.4.2.2) Exclusión de prueba en el caso del querellante y el Ministerio Público

Tratándose de actuaciones del Ministerio Público, como ya se ha señalado no hay razones para no permitir la exclusión de prueba, toda vez que este está encargado del ejercicio del *ius puniendi* y con ello del respeto a las garantías fundamentales, pero además no podría usarse como “fundamento de la eventual condena el resultado de una vulneración constitucional⁴¹”, por el mismo Estado.

Lo anterior también se extiende a cualquier otro particular, porque en la “medida que el ejercicio del *ius puniendi* pasa a compartirse con los particulares, no puede sino extenderse a ellos la sanción de exclusión por sus actuaciones ilegales⁴²”, pero hay que tener en claro que esta equiparación entre ambos no puede ser absoluta, pues “debe recordarse que muchas de las actuaciones típicas de investigación que pueden conducir a la obtención de material probatorio suponen afectaciones relativas de derechos fundamentales y que los únicos mecanismos formales para legitimar están disponibles solo para los órganos del estatales de persecución penal, no para los particulares⁴³”.

³⁸ ZAPATA (2004), p. 65.

³⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 60-61.

⁴⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 65.

⁴¹ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 66.

⁴² HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 67.

⁴³ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 67.

Lo anterior ratifica que el peso de la investigación está a cargo del Ministerio Público, no obstante que se le permita realizar pequeñas pesquisas a los particulares con el fin de poder defender sus intereses, pero hay también ciertas situaciones excepcionales, en que su actuar representa un acto de defensa más que un reaccionar ante un hecho cometido, pudiendo consistir así en actos de “*legítima defensa o inexigibilidad de otra conducta* que también pueda tener efecto procesal en materia de exclusión de prueba”⁴⁴.

5.2) Exclusión de prueba y apelación del auto de apertura

De lo anteriormente expuesto queda de manifiesto que el campo de apelación que estableció el legislador para el auto de apertura del juicio es bastante limitado, toda vez que la ilicitud constituye solo dos hipótesis del artículo 276.

Por otro lado, de lo expuesto también se aprecia que en cada una de las causales se presentan problemas propios, pues se trata de conceptos cuyo contenido se encuentra en constante elaboración por la doctrina y la jurisprudencia, existiendo controversia en varios puntos. En consecuencia, no resulta conveniente dejar solamente al control horizontal la procedencia de la exclusión de prueba y se haga necesaria su revisión por parte de un tribunal de segunda instancia, que venga a corregir los errores que se puedan ver cometidos. A lo anterior, hay que agregar que por ser conceptos indeterminados, puede darse lugar a la arbitrariedad por parte del juez de garantía, de allí que la apelación pueda concebirse también como un sistema de control para evitarla.

⁴⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO (2002), p. 67.

CAPÍTULO SEGUNDO: ARGUMENTOS ESGRIMIDOS A FAVOR Y EN CONTRA
DE QUE SOLO EL MINISTERIO PÚBLICO PUEDA APELAR AL AUTO DE
APERTURA

1) Fundamentos a favor de que solo el Ministerio Público sea legitimado para recurrir al auto de apertura

Para justificar la limitación del artículo 277 inciso 2° CPP se han sostenido distintos argumentos. En primer lugar, se menciona que el Ministerio Público es quien tener a cargo la investigación; en segundo lugar, se ha aludido al riesgo de paralización del sistema que provocaría la apelación del auto de apertura; y, finalmente, la afectación a los principios de contradicción e inmediatez.

1.1) Primer argumento: el Ministerio Público es quien tiene a cargo la investigación

Este es el principal argumento sostenido para avalar la redacción actual del artículo 277 inciso 2°. Se dice que el Ministerio Público es quien dirige la investigación y, en definitiva, quien acusa, por lo tanto este órgano tiene la carga de la prueba, debiendo acreditar más allá de toda duda razonable el acaecimiento de los hechos, su carácter delictual, y la participación del imputado en ellos, a través de su prueba de cargo, siendo en consecuencia el único afectado con la exclusión de esta, lo que ha sido sostenido por el TC en ciertos casos, para rechazar requerimientos de inaplicabilidad en contra de la norma⁴⁵.

Este argumento se baja, en cuanto al imputado, en el principio de inocencia, para negarle la posibilidad de apelar a esta resolución; en relación al querellante, en el beneficio que a este le otorgaría la propia apelación del Ministerio Público, no teniendo sentido que este recurra en forma independiente, además al ser el ente persecutor quien tiene la carga de la prueba, sería el único que en la práctica podría producir prueba ilícita y no el resto de los intervinientes.

⁴⁵ STC, 29 de enero 2013, Rol 2330-2012, considerando decimoséptimo.

1.1.1) El derecho de defensa del imputado y la igualdad con el acusador

Esta idea se apoya en el principio de inocencia, que en nuestro país tiene rango constitucional conforme al artículo 5 inciso 2º en relación con los artículos 8.2 de la CADH y 14.2 PIDCP, ambos tratados internacionales vigentes ratificados por Chile. Además este principio adquiere consagración legal en el artículo 4 de nuestro CPP.

El principio de inocencia parte de la base de que la inocencia es una condición humana natural que se traslada al proceso penal cubierta bajo la presunción de su existencia, lo que significa que el imputado no puede ser considerado culpable ni ser tratado como tal⁴⁶.

Se afirma que, debido a este principio, el imputado no está obligado a probar su inocencia, por lo que “el peso de la prueba en el procedimiento recae sobre el acusador, quien deberá demostrar la existencia de delito y la participación culpable que en él tiene el imputado”⁴⁷.

Lo anterior se materializa en el deber de impedir “la inversión de la carga de la prueba o establecimiento de prueba de hechos negativo; en otras palabras, no existe nunca como carga del imputado probar su inocencia o la ausencia de participación en los hechos”, conducta que dependerá siempre de la libre decisión que adopte su defensa, derecho que debe ser siempre preservado o restablecido en su caso⁴⁸.

Este argumento olvida que, si bien el imputado no tiene la necesidad de probar en el proceso, como veremos a continuación, sí tiene derecho a presentar prueba. Del mismo modo, la ley reconoce expresamente al querellante el derecho de presentar prueba, en el artículo 261 letra c) CPP, por lo tanto este argumento se ve fuertemente debilitado.

Como señalamos, si bien es cierto que el imputado se encuentra amparado por el principio de presunción de inocencia, no hay que olvidar que también lo está por el derecho de defensa, el cual tiene consagración legal en el artículo 8 CPP y constitucional en el artículo 19 n° 3 de la CPR.

María Inés Horvitz, siguiendo a Gimeno, señala que derecho de defensa "es un derecho fundamental, que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la

⁴⁶ CASTRO JOFRÉ, Javier (2006) *“Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno”*, Editorial LexisNexis, Santiago, p. 196-197.

⁴⁷CASTRO JOFRÉ, Javier (2006), p. 197.

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) *“Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia”*, Revista Ius Et Praxis, vol. 11 n°1, p. 30.

imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente⁴⁹.

Lo anterior se sintetiza en la facultad que tiene el imputado de ser oído, de controlar la prueba que se formule en su contra, y sobre todo de *probar* los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la responsabilidad penal. De esta manera, tanto imputado como Ministerio Público deben tener posibilidades parejas en el proceso⁵⁰.

El hecho de que la defensa tenga las mismas posibilidades que el Ministerio Público en materia probatoria, debe significar lo mismo en caso de que esta sea excluida. Así, si el Ministerio Público tiene un recurso de apelación para impugnar la exclusión de prueba, la defensa también debería tenerlo. Lo contrario puede dejar al imputado en una posible situación de indefensión antes de comenzar el juicio oral si su prueba es excluida por el juez de garantía.

1.1.2) La actividad probatoria del querellante y su igualdad con el Ministerio Público

En razón de que el Ministerio Público sea quien tiene la carga de la investigación, se ha señalado que el querellante tendría la misma posición jurídica que este, en el sentido de probar la culpabilidad del imputado, no teniendo sentido por ende concederle el recurso de apelación al querellante, ya que se vería beneficiado por la actividad que esta entidad realiza.

Para rebatir este argumento se debe partir de la base que la ley concede al querellante en el artículo 261 letra c) CPP el derecho a presentar prueba, lo que parece razonable toda vez que conforme al artículo 12 CPP, es uno de los intervinientes del proceso y además es titular de la acción penal. El querellante, conforme al artículo 109 letra b) del CPP es la propia víctima y otras personas expresamente autorizadas de acuerdo al delito, sin perjuicio de que en aquellos casos en que el delito tenga como consecuencia la muerte del ofendido o este no pudiera ejercer los derechos.

El querellante es un actor que existía en el antiguo proceso penal, pero en la redacción original del proyecto de la ley 19.519 (LOC del Ministerio Público) en su artículo 80 bis

⁴⁹ HORVITZ (2003), vol. 1, p. 76.

⁵⁰ MAIER, Julio B.J. (2004) “*Derecho Procesal Penal Argentino*”, vol. I, Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, 2º edición, p.578.

reformaba la CPR y establecía que la titularidad de la acción penal correspondería en forma exclusiva al Ministerio Público, excluyendo al querellante⁵¹. Esta situación causó preocupación en el Senado y se modificó la normativa, siendo la principal motivación que “el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal”⁵²

53 .

De lo expuesto, se concluye entonces que el querellante en el proceso penal ejerce una función de control de los actos del Ministerio Público, pudiendo discrepar de este, presentando una teoría del caso distinta. Es por eso que el artículo 261 CPP consagra expresamente el derecho que tiene el querellante a “ofrecer la prueba necesaria para sustentar su acusación”.

Por lo tanto, al tener el querellante derecho a ofrecer prueba, también debe tener los mismos derechos en materia de impugnación de la exclusión de esta, cuando ello suceda.

1.1.3) Ministerio Público y producción de prueba ilícita.

Se señala que el imputado, al estar favorecido por el principio de inocencia y no estar obligado a realizar prueba de descargo, es muy poco probable que en la práctica la prueba que ofrece pueda ser declarada ilícita⁵⁴.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, la obtención de prueba no es una actividad que exclusiva del Ministerio Público, porque tanto el imputado, como el querellante tienen derecho a ofrecer todos los medios de prueba necesarios para sustentar sus teorías del

⁵¹ Historia de la LOC 19.519 Mensaje del ejecutivo N° 98-334, obtenido desde <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/600/1/HL19519.pdf> , p. 11.

⁵² Historia de la LOC 19.519, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 1.943-07 de 08 de abril de 1997, obtenida del sitio web <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/600/1/HL19519.pdf>, p. 34.

⁵³ Durante la comisión se estableció que “*la consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental*” (Primer informe Comisión de Constitución de la Cámara de diputados HL 19.519, paginas 258. No obstante lo anterior se cuestiona puesto que ¿existe un interés penal de la víctima por cautelar? Ver más sobre este tema en La Acción de la Víctima en el Derecho Chileno, Andrés Bordalí Salamanca, Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso 2° septiembre de 2011.

⁵⁴ Ver opinión del entonces Fiscal Nacional don Guillermo Piedra Buena, en historia de la ley 20.074 (2004) p. 149.

caso. En la obtención de estos medios de prueba existe un grado de probabilidad de que incurran en una situación de ilicitud o de violación de derechos fundamentales. Precisamente el profesor Raúl Tavolari advirtió esta posibilidad respecto de la defensa en la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado durante la tramitación del proyecto de la ley 20.704⁵⁵.

Los casos de prueba ilícita en favor de la defensa o del querellante pueden ser varios. Por ejemplo, piénsese en el imputado que quiere acreditar que la acusación por malversación de caudales públicos es infundada y que para ello registra sin autorización judicial alguna el correo electrónico de otro funcionario público, encontrando en este, documentos que detallan los últimos movimientos bancarios, y lo ofrece como prueba para afirmar que no tuvo participación alguna en el ilícito. O bien, piénsese en el querellante que solicita una diligencia al Ministerio Público y este no la acoge, por lo que decide ingresar ilegalmente al domicilio de otra persona para obtener de allí un documento que resulta fundamental para probar su teoría del caso.

1.2) Segundo argumento: el riesgo de paralización del sistema

Durante la tramitación del proyecto de reforma procesal penal, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado entendió que un sistema de recursos demasiado amplio podría generar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima⁵⁶.

Posteriormente, durante la tramitación de la reforma de la ley 20.704, este argumento se repite. En aquella ocasión los representantes del Gobierno señalaron al Senado que la apelación del auto de apertura por parte de los demás intervinientes del proceso y por cualquier causal, puede llevar fácilmente a la paralización del sistema, ya que es común que se excluya prueba y por ello la apelación se transformaría en un problema⁵⁷. En esta misma línea, durante la tramitación de dicho proyecto, el profesor Jorge Bofill Genzsch señaló a la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados que extender el recurso de apelación a los demás

⁵⁵ Historia de la ley 20.074, Segundo Informe..., p. 149.

⁵⁶ Historia de la ley 19.696 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 1630-07, de 20 de junio de 2000, obtenida del sitio web <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf> , p. 1452

⁵⁷ Historia de la ley 20.074, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín N° 3.465-07, de 25 de agosto de 2004, indicación N° 34, obtenida del sitio web <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/480/1/HL2074.pdf>, p. 149

intervinientes y a más causales daría lugar a que los abogados busquen dilatar el juicio oral presentando apelación por cualquier causal, atochando de esta manera las Cortes de Apelaciones y postergando juicios orales⁵⁸.

No resulta admisible este argumento, pues si efectivamente el legislador hubiese querido evitar la dilatación innecesaria del procedimiento, simplemente hubiera dejado sin recurso alguno el auto de apertura de juicio oral, lo que no fue así. En efecto, la impugnación del auto de apertura vía apelación por el Ministerio Público supone desde ya la paralización del proceso, debido a que dicho recurso se concede en ambos efectos y la Corte tardará algún tiempo en conocer el recurso, postergándose de esta manera el juicio oral.

En todo caso tenerse presente que el tiempo de resolución de un recurso de apelación en materia penal es corto, ya que las causas penales en general gozan de preferencia en su vista y no se requieren la comparecencia de las partes en segunda instancia. En las causas en que el Ministerio Público apela por exclusión de prueba, las Cortes tardan en fallar en promedio entre 15 y 20 días, lo que resulta ser un plazo razonable⁵⁹.

Por último, aun cuando la paralización del proceso durara un tiempo mayor, debe tenerse en cuenta que la apelación del auto de apertura ante las exclusiones de prueba resulta fundamental, puesto que no estamos ante cualquier resolución, esta tiene por objeto fijar los

⁵⁸ Historia de la ley 20.074, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Cámara de Diputados, Boletín N° 3465-07, de fecha 05 de abril de 2005, obtenido del sitio web <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/480/1/HL2074.pdf>, p. 312.

⁵⁹ Para llegar a esta conclusión se revisó una serie de casos de recursos de apelación en esta materia, de distintas Cortes de Apelaciones del país:

- Causa rol n° 155 – 2014 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: El Ministerio Público apeló el auto de apertura del juicio oral por exclusión de prueba. El recurso ingresó al tribunal de alzada el 4 de febrero de 2014 y este resolvió el 20 de febrero del mismo año, demorándose 16 días en fallar.

- Causa rol n° 450 – 2014 de la Corte de Apelaciones de Concepción: Los autos ingresaron a la Corte el día 23 de julio de 2014, fallándose el recurso el 8 de agosto del mismo año, tardando 16 días en fallar.

- Causa rol n° 14 – 2014 de la Corte de Apelaciones de Iquique: Los autos ingresaron a la Corte el día 28 de enero de 2014 y el recurso fue fallado el 06 de febrero del mismo año, es decir, 9 días después de que ingresó.

- Causa rol n° 382 – 2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco: El recurso ingresó el 29 de abril de 2014 y fue fallado el 16 de mayo del mismo año, demorándose en resolver 17 días.

- Causa rol n° 84 – 2014 de la Corte de Apelaciones de Talca: El recurso ingresó a la Corte el 20 de febrero de 2014 y fue fallado el 14 de marzo del mismo año, a los 22 días de ingresado.

- Causa rol n° 506-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco: El recurso ingresó el 27 de agosto de 2014 y fue fallado el 16 de septiembre del mismo año, demorándose en resolver 20 días.

- Causa rol n° 1013 – 2014 de la Corte de Apelaciones de San Miguel: El recurso ingresó el 02 de julio de 2014, fallándose el día 14 del mismo mes y año, tardando en resolver 12 días.

(Información disponible en Consulta Unificada de causas de Cortes de Apelaciones, del Poder Judicial, <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>. Última consulta: 24 de noviembre de 2014)

hechos y los medios probatorios que se incorporarán para acreditarlos, incidiendo su contenido en el resultado de la sentencia definitiva. Por lo tanto, resultaría razonable que el legislador concediera el recurso de apelación aun cuando su interposición retardará por algún tiempo el procedimiento.

1.3) Tercer argumento: la afectación de los principios de inmediación y contradicción

Entre los principios que integran la audiencia de preparación del juicio oral encontramos los principios de inmediación y contradicción.

El principio de inmediación se encuentra consagrado en el artículo 266 CPP que reza: “La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía”. Este principio, siguiendo a Javier Castro Jofré, implica que “los integrantes del órgano judicial deben presenciar íntegramente las audiencias en que intervienen”⁶⁰. Como señala María Inés Horvitz, “se trata de un principio que no está reconocido autónomamente como garantía, pero que opera como tal en cuanto aparece asociado al derecho a un juicio oral, impidiendo que dicho derecho se burle por la vía de reconocer valor, en la sentencia, a prueba que no haya sido producida durante el juicio. Dicho de otro modo, de nada serviría garantizar el derecho a un juicio oral si, al momento de la sentencia, se permitiera al tribunal fallar sobre la base de prueba que ha sido rendida directamente ante él”⁶¹.

Por otro lado, el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia “implica que los hechos del procedimiento, especialmente los que constituyen materia del juicio oral deben discutirse entre acusador y acusado”⁶². Este principio consiste, en consecuencia, en que “una vez que se ha abierto la audiencia de preparación del juicio oral, cada parte podrá formular todas las solicitudes, observaciones y planteamientos que considere oportunos, respecto de las pruebas ofrecidas por cada una de ellas”⁶³. Lo anterior se encuentra consagrado en el CPP en el artículo 272.

Este argumento se basa por ende en la mayor intensidad del control horizontal que se realiza en la misma audiencia preparatoria de juicio oral, debido a que el auto de apertura es fruto de la discusión e intervención de las partes en la misma audiencia, por el principio de

⁶⁰ CASTRO (2006), p. 60.

⁶¹ HORVITZ (2003), vol. 1, p. 97.

⁶² CASTRO (2006), p. 60.

⁶³ CAROCCA (2005), p. 214.

contradicción y bilateralidad de la audiencia. A lo que se agrega que permitir que los intervinientes apelen el auto de apertura violaría el principio de inmediación que se consagra con la presencia permanente del juez de garantía en la audiencia preparatoria de juicio oral, ya que se permitiría que un tribunal superior que no formó parte del debate decida.

Además, el artículo 363 CPP establece la posibilidad de impugnar el auto de apertura a través del recurso de reposición, en la misma audiencia de preparación de juicio oral, tan pronto se dicta la resolución, siendo admisible cuando esta no haya sido precedida de debate.

El control horizontal y el control vertical son controles distintos, puesto que tienen finalidades diversas. El control horizontal es preventivo, tiene por objeto evitar el error judicial. Éste, es reforzado por el control vertical, que opera represivamente, es decir, cuando el error judicial ya se ha producido. En consecuencia, resulta adecuado para garantizar un debido proceso, la existencia de un control horizontal para resoluciones de importancia como el auto de apertura del juicio oral. De ahí que no resulte del todo admisible este argumento.

En cuanto a la inmediación, esta no se ve vulnerada, ya que el juez de garantía debe establecer en el auto de apertura los medios de prueba que se presentarán en el juicio oral, en consecuencia, ante él no se rendirá prueba que sirva de base para la sentencia definitiva. Además si se señala que se afectara este principio, al ser una persona distinta la que resolverá el eventual recurso de apelación que se interponga y no el juez de garantía, que estuvo presente en la audiencia preparatoria de juicio oral, igualmente se podría señalar esto en relación a la actual redacción del artículo 277 inciso 2° CPP, al permitirle recurrir a uno de los intervinientes, pues esto ya produciría una vulneración a este principio.

2) Argumentos esgrimidos para señalar que el Ministerio Público no debe ser el único legitimado para recurrir el auto de apertura

Se ha señalado que la norma es inconstitucional toda vez que violaría los derechos al debido proceso, la igualdad ante la ley y derecho al recurso.

2.1) Primer argumento: afectación al debido proceso

Uno de los derechos fundamentales que se vería fuertemente menoscabado con la limitación establecida por el legislador en el artículo 277 inciso segundo, será el derecho a un

proceso racional y justo. Como veremos, existen distintas sentencias del TC que han arribado a esta conclusión.

El debido proceso abarca el “conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la debida defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social”⁶⁴.

Este principio se encuentra recogido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero con la noción de garantías judiciales, en su artículo 8, el que abarcaría: “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Por su parte, el PIDCP en su artículo 14, también consagran el debido proceso, pero no con esta noción, sino que efectúa una enumeración de garantías mínimas.

Además se encuentra consagrado en el artículo 19 n° 3 incisos 6° CPR, el que señala que: “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un racional y justo procedimiento” Si bien la CPR no es explícita en este punto, no cabe duda de que el debido proceso tiene rango constitucional, por el artículo 5 n° 2 o el artículo 19 n° 3 inciso 6.

Este principio debe abarcar el “conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un estado de derecho y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de este”⁶⁵.

Así entendido “el derecho al proceso debido constituye sin lugar a dudas uno de los derechos básicos en cualquier estado democrático, el que, junto a otros, constituyen aquellos que pueden denominarse como ‘derechos fundamentales’”⁶⁶.

La vulneración a esta garantía se desprende, al no otorgársele a todos los intervinientes la posibilidad de recurrir a un tribunal superior para poder impugnar esta resolución, pues se

⁶⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl (2012), *“Derecho Procesal Penal”*, Vol. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 29.

⁶⁵ MATURANA (2012), vol. 1, p. 29.

⁶⁶ MATURANA (2012), vol. 1, p. 32.

puede dejar en muchas ocasiones al imputado en una situación de indefensión, toda vez que puede verse imposibilitado de rendir prueba en el juicio oral, debido a su exclusión por el juez de garantía. Además, como ya hemos señalado, el imputado tiene derecho a defensa, lo que trae consigo la posibilidad de rendir prueba que excluyan o atenúen su responsabilidad penal y de ello se derivaría su derecho a recurrir, si dicha prueba es excluida.

Así se remarca la importancia de esta resolución que tiene incidencia en todo el juicio oral,

A su vez, el querellante, al reconocérsele calidad de interviniente en el proceso penal, tiene derecho a sustentar una teoría del caso totalmente distinta a la sostenida por el Ministerio Público, quedando imposibilitado de demostrarla, por la exclusión de prueba.

2.2) Segundo argumento: constituiría una discriminación arbitraria entre los intervinientes, que afecta el derecho a la igualdad ante la ley

La norma violaría el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 n°2 de la CPR y en distintos tratados internacionales ratificados por Chile. Dicha transgresión se produciría al establecer una discriminación arbitraria entre los derechos que puede ejercer el Ministerio Público por un lado, y los demás intervinientes del proceso por otro.

El derecho a la igualdad se proyecta siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley⁶⁷. La igualdad en la ley es un imperativo al órgano legislativo, por el cual se le impide a este que en sus actos establezca diferenciaciones de tipo arbitrarias. De esta manera “un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”⁶⁸.

En el proceso, el derecho a la igualdad recibe el nombre de “principio de igualdad procesal” o “principio de igualdad de armas”, y consiste en que las partes deben contar con medios parejos de ataque y defensa, evitando la existencia de un desequilibrio entre ellas. Para conseguir este fin, el legislador debe establecer las mismas posibilidades y cargas de alegación,

⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas año”, en Anuario da Facultad de Derecho da Universidad de Coruña, 2006, obtenido desde <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf>, p.4.

⁶⁸ STCE N° 49 de 1982, obtenida desde <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1982/49>. Considerando segundo.

prueba e impugnación⁶⁹. De esta manera la ley procesal no puede establecer excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias⁷⁰.

Este principio resulta fundamental en los sistemas penales de tendencia acusatoria toda vez que, dada su estructura, los actores del proceso se enfrentan a un juez imparcial en un debate en que ambos deben intervenir con herramientas similares de ataque y protección⁷¹.

Es evidente que el otorgamiento por parte del legislador de un privilegio a uno de los actores, como es la posibilidad de recurrir una resolución, resulta a priori discriminatorio, ya que se trataría de modo distinto a personas que se encuentran en la misma situación. Pero no toda discriminación resulta arbitraria. La exigencia del principio de igualdad no consiste en prohibir que establezcan diferencias, sino que en prohibir aquellas diferencias que tienen su fundamento en meros caprichos o arbitrariedades del legislador o de la autoridad⁷².

Para determinar la arbitrariedad de la norma, la doctrina y jurisprudencia han elaborado los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Conforme a estos criterios, para que la discriminación sea constitucionalmente admisible es necesario que ésta se funde en supuestos de hecho distintos, con sustento en un fin determinado, y que sea razonable, lo que incluye la proporcionalidad. Esto significa que debe tratarse de situaciones de hecho que por ser diferentes, requieren un trato diferente. En segundo lugar, esta diferenciación debe estar orientada a una finalidad concreta que la justifique, la cual debe ser en sí mismo razonable. Por último, la relación existente entre el medio y el fin perseguido debe ser proporcional⁷³.

En el caso de la restricción de la apelación del auto de apertura del juicio oral, la exclusión de prueba es una situación que puede afectar a todos los intervinientes del proceso penal y no solamente al Ministerio Público. Es cierto que la carga de la prueba la tiene este órgano, pero como señalamos precedentemente tanto la defensa como el querellante tienen el derecho a ofrecer prueba, por lo tanto también se les puede excluir prueba. Con esto queda claro que la

⁶⁹ VALLESPÍN PÉREZ, David (1989), “*Garantías en el Proceso Penal Español*”, obtenido desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/29.pdf>, p. 22.

⁷⁰ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso (2010) “*Principio de Igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*”, obtenido desde <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/396/536>, p. 9.

⁷¹ DAZA GONZÁLEZ (2010), p. 8.

⁷² MARTÍNEZ, José y ZUÑIGA, Francisco (2011), “*El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 210.

⁷³ MARTÍNEZ y ZUÑIGA (2011) p. 211.

situación fáctica es la misma, pero el legislador, frente a la misma situación ha conferido distintos derechos a los actores. De ahí que no se cumpla con el primer requisito de razonabilidad.

En cuanto al segundo requisito, se debe determinar cuál es el fin por el cual el legislador establece esta restricción, el que no sé aprecia en ninguno de los argumentos esgrimidos para permitirle solo al Ministerio Público apelar. En relación al primer argumento, que hace alusión a que solo el ente persecutor debe estar legitimado para apelar, al ser el quién tiene la carga de la prueba, no hay motivo que justifique reconocerle la calidad de interviniente en el proceso penal al querellante, si este no podría sostener una teoría del caso distinta del Ministerio Público, pues quedaría imposibilitado de demostrarla si se le excluye prueba. En el caso del imputado, aunque este protegido por la presunción de inocencia y no esté obligado a demostrar su inocencia, ello no le priva de su derecho a poder presentar prueba de descargo, produciéndose una vulneración a la igualdad ante la ley al darle un trato distinto y no permitirle recurrir.

En cuanto al segundo argumento, que sostiene el riesgo que provocaría la paralización del sistema el que todos los intervinientes apelaran, otorgarle el recurso de apelación al Ministerio Público ya produciría una paralización del sistema al ser concedido en ambos efectos. Por tanto, el objetivo propuesto por el legislador no se cumple desde el momento en que este otorga el recurso de apelación al órgano persecutor. Si hubiera querido evitar la paralización del sistema, simplemente no hubiera otorgado recurso alguno.

Finalmente, si se afirma que los principios de inmediación y contradicción se verían vulnerados al permitirle apelar a los intervinientes ante el auto de apertura, no hay razón que justifique recurrir solo al Ministerio Público, ya que la afectación a estos principios se produciría igualmente.

Respecto a la relación entre el medio empleado y el fin conseguido, el legislador coloca en una situación de desventaja a los demás intervinientes del proceso estableciendo la posibilidad de revisar por el tribunal de alzada la exclusión de prueba ilícita. Esta situación no se ajusta a la proporcionalidad exigida en la relación entre el medio y el fin perseguido, porque la norma propone conseguir un fin colocando al resto de los intervinientes en una situación de desventaja frente al órgano persecutor.

La jurisprudencia del TC en los casos en que ha acogido el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha fallado en este mismo sentido. En sentencia rol n°1502 – 2009, el TC señaló que “no se divisa razón ni proporción en otorgar el recurso de apelación en forma privativa a uno de los intervinientes, como es el ministerio público, mas no

al imputado, lo que hiere injustificadamente su derecho a participar con igualdad de oportunidad ante los órganos jurisdiccionales”⁷⁴. Posteriormente en sentencia rol n1535 – 2010 dijo “que la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 277 CPP en cuanto solo le otorga la apelación al Ministerio Público por exclusión de prueba importa en el caso concreto una discriminación carente de razonabilidad u justificación constitucional”⁷⁵.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la limitación que establece el artículo 277 al conceder el recurso de apelación al Ministerio Público constituye una discriminación arbitraria, contraría a lo establecido por el artículo 19 n°2 de la CPR.

2.3) Tercer argumento: infracción al derecho al recurso

El derecho al recurso puede ser definido como “el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravan, a través de un recurso que permite la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto”⁷⁶, así este derecho 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 el juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”⁷⁷ como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este derecho se encuentra consagrado en el PIDCP y la CADH o Pacto de San José de Costa Rica (artículos 14 y 8.2 h respectivamente), los que forman parte de nuestro derecho a través del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, por la noción de debido proceso. Hay que tener presente que de los textos internacionales citados se desprende que este es un derecho establecido a favor del imputado para recurrir en contra de la sentencias de término, no del Ministerio Público o del querellante particular⁷⁸.

⁷⁴ STC Rol 1502 – 2009, considerando Decimosegundo.

⁷⁵ STC N° 1535 - 2010, de 28 de enero del 2010, considerando trigesimonoveno.

⁷⁶ DEL RÍO FERRETTI, Carlos, (2012) “*Estudios Sobre el Derecho al Recurso en el Proceso Penal*”, en Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 258.

⁷⁷ SCIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, obtenida del sitio web http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf, apartado 158.

⁷⁸ Tanto la CADH y el PIDCP consagran el derecho al recurso únicamente a favor del imputado, y no de los demás intervinientes en el proceso penal, ello se desprende del tenor literal de los 8.2 h y 14.5. El primero de ellos señala que: “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: h) derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”. Por su parte el artículo 14.5

2.3.1) Características del derecho al recurso

a) Derecho de configuración legal: el debido proceso es un derecho de configuración legal, en consecuencia, “corresponderá al legislador establecer las garantías de un proceso racional y justo”, la CPR, no determina su contenido, sino lo remite al legislador, y es este quien viene a materializarlo.

Así en cada caso la ley podrá establecer diversos requisitos procesales, pero esto “no importa infracción al derecho a recurrir y, por lo tanto, es perfectamente posible que el legislador establezca unas limitaciones, condiciones y formas de hacer valer los recursos por los intervinientes procesales, lo cual en sí mismo no se insinuaría contrario al acceso a los recursos”⁷⁹.

b) Una resolución judicial puede no ser susceptible de recurso mientras se respete el debido proceso: del requisito anterior se desprende, que no es necesario que todas las resoluciones de un juicio sean susceptibles de recurso, deben serlo las sentencias las sentencias de término, pero solo las que ponen fin al primer grado jurisdiccional. En cuanto a las demás resoluciones judiciales, puede que no exista recurso respecto de ellas, mientras se respete el debido proceso.

c) Recurso al alcance de toda persona condenada ante un tribunal superior: la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria”⁸⁰.

Enrique Letelier, agrega a lo anterior que “el recurso debe necesariamente consistir en un medio de impugnación devolutivo, pues su interposición ha de atribuir competencia funcional al Tribunal superior para conocer del “fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto” al recurrente”⁸¹.

PIDCP garantiza que: “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se ha impuesto sea sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

⁷⁹ DEL RÍO FERRETTI, (2012), p. 259.

⁸⁰ SCIDH, Norín Catrriamán v/s Chile, 29 de mayo de 2014, obtenida de sitio web [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen279 es.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen279_es.pdf), apartado 270.

⁸¹ LETELIER LOYOLA, Enrique, “*El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*”, Atelier, Barcelona, 2013, p. 169.

d) No deben establecerse restricciones al acceso al derecho al recurso ni realizarse interpretaciones formalistas de este: si el legislador establece un recurso, este debe respetar la igualdad de partes y más aún no se deben introducir “formalismos enervantes dispuestos para la exclusión de la oportunidad recursiva o su gravosa o compleja utilización”⁸². Siendo aquí donde encontramos en consecuencia el límite de la remisión que realiza la Constitución, ya que siempre se debe respetar el núcleo de este derecho, “un proceso racional y justo”, debiendo tener los distintos requisitos procesales que se establezcan “un sentido o función que se justifique en el contexto procesal en que se aplica y no importe una limitación especial que reduzca a su mínima expresión el acceso al recurso o que infrinja principios esenciales del proceso”⁸³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades, que tornen ilusorio este derecho”⁸⁴. Agregando además que “si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular ejercicio de ese recurso, ni pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”⁸⁵.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en sentencia *Norín Catrámán v/s Chile*, que “su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”⁸⁶.

⁸² DEL RIO FERRETTI, (2013), p. 259.

⁸³ DEL RIO FERRETTI, (2013), p. 259.

⁸⁴ SCIDH, *Catrámán v/s Chile*, apartado 164.

⁸⁵ SCIDH, *Catrámán v/s Chile*, apartado 161.

⁸⁶ SCIDH, *Catrámán v/s Chile*, apartado 270.

e) Revisión integral del fallo: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”⁸⁷.

En nuestro Derecho se ha señalado que el recurso de nulidad no permitiría conocer los hechos, excepto el caso de la letra e) del artículo 374, según lo expresado por este tribunal. A raíz de este problema, algunos autores como Enrique Letelier Loyola han tratado de fijar el núcleo irreductible de, derecho al recurso, así no basta a la luz de los textos internacionales que se le reconozca un recurso al imputado de carácter devolutivo ante un tribunal superior del que conoció el juicio, sino se debe otorgar “suficiente competencia funcional para el conocimiento de la decisión de condena, la pena impuesta y los fundamentos de la sentencia”⁸⁸.

f) Recurso eficaz: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea”⁸⁹.

g) Recurso que respete las garantías procesales mínimas: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral”⁹⁰.

⁸⁷ SCIDH, Catriamán v/s Chile, apartado 270.

⁸⁸ LETELIER (2013), p. 170.

⁸⁹ SCIDH, Catriamán v/s Chile, apartado 270.

⁹⁰ SCIDH, Catriamán v/s Chile, apartado 270.

h) Recurso ordinario: la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que “el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.

2.3.2) Relación del derecho al recurso y el auto de apertura

A raíz de las características, aunque se afirma que el artículo 277 establece una discriminación arbitraria al no permitir que los demás intervinientes apelen a esta resolución, no se puede deducir de ello que hay una vulneración al derecho al recurso, pues no se puede olvidar, como se mencionó anteriormente, que este derecho está establecido a favor del imputado en cuanto a las sentencias que ponen término al primer grado jurisdiccional, no para cualquier resolución judicial, por ende la distinción que realiza el artículo 277 al permitir que solo uno de los intervinientes pueda apelar al auto de apertura, no constituye un problema al derecho al recurso, ya que claro está que no nos encontramos ante una sentencia que ponga término al primer grado jurisdiccional, ni tampoco una sentencia equivalente a esta, algo distinto es poder cuestionar la constitucionalidad de este artículo en cuanto a la vulneración del debido proceso y la igualdad ante la ley.

2.4) Cuarto argumento: ineficacia del recurso de nulidad

Como ya señalamos, cuando se discutía en el Senado el proyecto de reforma procesal penal, causó preocupación entre los senadores la inexistencia de recurso para impugnar el auto de apertura del juicio oral, por lo que se estableció la apelación, pero *solo* por el Ministerio Público y por la causal de exclusión de prueba por ilicitud. Dada esta doble limitación, cabe preguntarse qué mecanismos pueden utilizar los intervinientes para impugnar la exclusión de prueba. Uno de ellos lo entrega el propio artículo 277 inciso final al señalar: “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 recurso de nulidad es un “medio de impugnación de carácter extraordinario cuya finalidad es la invalidación del juicio y la sentencia o solamente esta última, cuando dicha

sentencia hubiese incidido en un procedimiento viciado o cuando en su pronunciamiento hubiera existido infracción sustancial de derechos o garantías o una errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo de la misma”⁹¹.

Nuestro CPP regula las causales por las que procede este recurso en los artículos 373 y 374. El artículo 374 establece una serie de causales que constituyen motivos absolutos de nulidad, pero en ninguna de ellas aparece mencionada la exclusión de prueba, debiendo acudir al artículo anterior. De las dos causales que regula el artículo 373, no resulta aplicable la letra b), que alude a la errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, porque aun cuando, la exclusión de prueba sea por un error de derecho, esta errónea aplicación no se realiza en la sentencia definitiva, sino en una resolución que sirve de base a esta.

Por lo señalado anteriormente y atendida la violación de derechos fundamentales que produce la exclusión de prueba, especialmente al derecho a la igualdad ante la ley y al debido proceso, la causal más adecuada para recurrir de nulidad es la contenida en la letra a) del mismo artículo 373. Según lo dispuesto en esta letra, procederá de la declaración de nulidad “Cuando, 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”.

2.4.1) Requisito de esta causal del artículo 373 letra a)

2.4.1.1) Infracción sustancial

La infracción debe ser sustancial. En palabras de María Inés Horvitz “no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia. El carácter *sustancial* de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad”⁹². A lo anterior añade que para que la “infracción sustancial de derechos o garantías pueda servir, así, de fundamento suficiente a un recurso de nulidad, debe haber “ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad”, que

⁹¹ CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2006) “El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia” LexisNexis, Santiago, p. 35-36.

⁹² HORVITZ (2004), vol. 2, p. 415.

existirá "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" conforme a lo previsto por el art. 159 CPP"⁹³.

No obstante lo anterior, no debemos confundir, la presunción de derecho de perjuicio que se regula en materia de incidentes de nulidad del artículo 160 CPP, porque el concepto de "pleno ejercicio de los derechos" que se usa en esa materia, es más exigente que el de "infracción sustancial" ocupado a propósito del recurso de nulidad. Por lo anterior, dicha disposición no resulta aplicable.

2.4.1.2) Que la infracción afecte derechos o garantías asegurados por la Constitución o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

Esta causal podrá ser invocada cuando "el tribunal haya aplicado el derecho a un caso concreto de modo incompatible con los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o bien cuando se haya dejado de aplicar un precepto que debió haber sido aplicado"⁹⁴.

2.4.2) Limitación del artículo 373 CPP y posterior reforma

Uno de los problemas que generaba el artículo 373 letra a), era que el vicio impugnado debía producirse durante la tramitación del juicio, pudiendo concluirse, por ende, que este recurso no era apto para solucionar problemas suscitados en etapas anteriores a éste, como la exclusión de prueba.

Esta situación fue advertida por los representantes de la Defensoría Penal Pública durante la tramitación de la ley 20.074, precisamente a propósito de la apelación del auto de apertura del juicio oral. Señalaron que la Corte Suprema había entendido que el recurso de nulidad solamente decía relación con la vulneración de garantías en el juicio oral o en la sentencia, mas no en la etapa de investigación, pero que esta situación podría salvarse modificando la letra

⁹³ HORVITZ (2004), vol. 2, p. 416.

⁹⁴ CORTEZ (2006) p. 146.

a) del artículo 373, reemplazando la expresión “tramitación del juicio” por la frase “cualquier etapa del procedimiento”⁹⁵.

Esta propuesta finalmente fue confirmada por la Comisión Mixta, quedando definitivamente la norma con la redacción actual, permitiendo anular etapas anteriores a la audiencia de juicio oral.

Ello no significa que “una inobservancia formal ocurrida durante la etapa de investigación o la etapa intermedia no puedan dar lugar a la invocación de esta causal, ya que lo normal será que la infracción sustancial de derecho o garantía que afecte el acto en esas etapa vicie también de nulidad el acto de recepción de la prueba así obtenida y que se rinde luego durante el desarrollo del juicio oral”⁹⁶.

2.4.3) Jurisprudencia: ineficacia del recurso de nulidad ante la exclusión de prueba

Habiendo señalado que el recurso de nulidad es una herramienta que permite anular la audiencia de preparatoria en relación a la causal del artículo 373 letra a) del CPP, para subsanar con ello la prueba que debió ser excluida del juicio o a la inversa, prueba que no debió ser excluida, cabe preguntarse si este es un mecanismo eficaz para la satisfacción de este problema.

2.4.3.1) Exclusión de prueba que no debió proceder

El recurso de nulidad se ha utilizado para impugnar sentencias cuando se ha valorado prueba que debió ser excluida en la audiencia de preparación de juicio oral, por la causal del artículo 373 letra a) CPP, invocando la infracción sustancial de derechos y garantías que se encuentran aseguradas tanto por la CPR o por tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigentes.

La hipótesis principal consiste en que el Ministerio Público ha obtenido prueba violando garantías fundamentales o que de esta se derive prueba que tenga este carácter.

La CS ha rechazado el recurso de nulidad interpuesto por esta causal, señalando que no existe una relación causal entre la ilegalidad de un acto y la prueba que ha sido recabada en razón de este o simplemente porque dichas actuaciones no revisten el carácter de ilegal. Como ejemplo

⁹⁵ Historia de la ley 20.074, Primer Informe..., p. 362.

⁹⁶ HORVITZ (2004), vol. 2, p. 406.

de lo anterior, se puede mencionar la causa rol n° 3912 - 2011, donde la CS rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado, condenado como autor del delito de tráfico de estupefacientes.

Funda el recurso en la causal de la letra a) del artículo 373 CPP denunciado violaciones al artículo 19 n°5 de la CPR (Derecho a la inviolabilidad de toda comunicación privada) y al artículo 19 n°3 de la CPR (debido proceso)⁹⁷. Lo anterior se produjo porque el Tribunal de Juicio Oral valoró prueba obtenida a partir de una intervención ilegal del teléfono del imputado, mediante la cual se obtuvo la información relevante y necesaria para encontrar la droga y lograr su detención. Por ello, toda la prueba recabada con posterioridad resultaría ilícita, pues proviene de una actuación que tiene este carácter⁹⁸.

Lo anterior se alegó, en la audiencia de preparación del juicio oral, solicitando al juez de garantía la exclusión de parte importante de la prueba testimonial, pericial y material ofrecida por el Ministerio Público, pero el juez estimó que ella no revestía el carácter de ilícita, toda vez que no violaba derechos fundamentales, además se contaba con otros antecedentes investigativos que permitían arribar a la misma conclusión⁹⁹.

La CS rechaza el recurso por dos motivos más. En primer lugar por falta de vínculo causal entre el actuar ilegal y la prueba. En efecto, para que exista ilicitud de prueba “debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y además, debe valorarse la calidad de esa relación”¹⁰⁰. Agrega que “conforme con lo señalado, no puede estimarse, en el caso sublite, que existe una necesaria relación causal entre la llamada del 4 de agosto de 2010, que como ya se dijo no fue incorporada como medio de prueba, y el hallazgo posterior de la droga (...) pues tal como se indica en la sentencia en análisis, al reseñar la prueba de cargo, ello es fruto de la labor de investigación iniciada por la Brigada Antinarcóticos de Punta Arenas y seguida por la Brigada de Investigación Criminal de Puerto Natales, en la que se facultó la interceptación, y los datos proporcionados por la persona que al salir del domicilio portaba cannabis sativa, la cual reconoció que la había adquirido de Millapel, y señaló, además, el lugar exacto en que éste guardaba la droga en el

⁹⁷ También invoca en subsidio la causal del artículo 374 letra e) en relación al 342 letra c) y 297 CPP por falta de valoración de prueba, la que de igual manera es rechazada por la Corte.

⁹⁸ SCS 19 de julio de 2011, rol n° 3912 – 2011, considerando primero.

⁹⁹ SCS rol n° 3912 – 2011, considerando sexto.

¹⁰⁰ SCS rol n° 3912 – 2011, considerando octavo.

inmueble, facultándose la entrada y registro del mismo, encontrándose la sustancia en el lugar indicado”¹⁰¹.

El segundo motivo por el que se rechaza el recurso, es la falta de trascendencia de la infracción. Se indica que “no debe olvidarse, además, que tal como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de este Tribunal, la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, precisa una transgresión sustancial de los derechos o garantías fundamentales que se invocan, porque se trata de una exigencia propia de toda nulidad, en aras del principio de trascendencia, que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, que requiere un perjuicio solo reparable con la invalidación del acto, lo que solo procede cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, por ello concluye que “tal exigencia no concurre en este caso, pues aún en el evento que se aceptara la posición de la defensa y se considerara que la llamada interceptada se encontraba fuera del lapso autorizado judicialmente, ello no sería esencial pues, tal como se señaló precedentemente, no fue incluida como medio de prueba”¹⁰².

En causa rol n°3828-2014 de 16 de abril de 2014, la cuestión discutida también es el vínculo causal entre actuación ilícita y prueba obtenida a partir de esta. En este caso se condenó a un imputado como autor de homicidio simple tras realizar disparos al aire. La defensa impugna la sentencia vía recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a), por violación al debido proceso y al derecho de defensa. Menciona que el juzgado de garantía declaró ilegal la detención, lo que fue confirmado luego por la Corte de Apelación de Temuco. Posteriormente, en la audiencia de preparación de juicio oral solicitó la exclusión de la declaración de los funcionarios aprehensores y de las pericias realizadas al arma y a las municiones, pero el tribunal solo accedió a excluir la declaración de los funcionarios, mas no las pericias al arma y a las municiones por considerar que dichos elementos se derivan de una fuente independiente y no del actuar ilegal¹⁰³.

La Corte al resolver indica que “el tribunal oral decide desestimar la alegación de la defensa tendiente a privar de valor probatorio al arma y las municiones encontradas en el domicilio del imputado y consecuentemente excluir los peritajes, que respecto de los mismos se realizaron, no incurre en infracción al debido proceso o al derecho a la defensa, toda vez que dichos medios probatorios hubiesen sido –inevitadamente- obtenidos en el curso normal de la

¹⁰¹ SCS rol n° 3912 – 2011, considerando noveno.

¹⁰² SCS, 19 de julio de 2011, rol n° 3912 – 2011, considerando decimo.

¹⁰³ SCS, 16 de abril de 2014, rol n° 3828 – 2014, considerando primero.

investigación, a consecuencia de otros medios probatorios, como lo son los dichos del testigo Sánchez, quien fue preciso en señalar que vio al imputado disparar un arma de fuego, particularmente un revólver, y que éste lo hizo en la vía pública.”¹⁰⁴.

En Sentencia de causa rol n° 6250 - 2014, de fecha 7 de mayo de 2014 la discusión se centra en determinar si existió o no un actuar ilegal que vicie la prueba. El caso versa sobre un imputado condenado como autor del delito de tenencia de ilegal arma hechiza, el que habría hecho disparos al aire, por lo que se alertó a personal de la Policía de Investigaciones. Cuando la patrulla llegó al lugar, una mujer les informó a los policías que el individuo había ingresado a una casa habitación por lo que dos efectivos ingresaron al inmueble, encontrando al imputado junto a un arma hechiza en el patio de la casa.

En la audiencia de control de detención, la defensa solicitó la declaración de ilegalidad de la detención, la que fue acogida por el juez de garantía. Posteriormente en la audiencia de preparación del juicio se pidió la exclusión de parte de la prueba y el juez de garantía también accedió, pero esta decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de San Miguel. En el juicio, nuevamente la defensa volvió a alegar la ilegalidad de la detención, pero el Tribunal de Juicio Oral estimó que la entrada estuvo conforme a derecho, por corresponder a la hipótesis del artículo 205 inciso primero CPP. Ante esto, la defensa recurre de nulidad ante la Corte Suprema por la causal del artículo 373 letra a) del CPP señalando que se violó el derecho a un debido proceso y la inviolabilidad del hogar¹⁰⁵.

La Corte resolvió que “resulta suficiente para estimar que la actuación policial se llevó a cabo obrando signos evidentes de que en el recinto se estaba cometiendo un delito. En efecto, no cabe dudas de que el hecho de portar o mantener un arma de fuego, efectuando o no disparos, constituye el tipo penal investigado en la causa. Por otro lado, los signos evidentes, esto es, ciertos, claros, patentes, de dicho quebrantamiento vienen dados por la presencia de una denuncia anónima que contiene datos precisos, como el lugar exacto en que ocurre el hecho, las vestimentas del hechor y la característica de tratarse de un arma hechiza; sumada a la confirmación a través del relato de una mujer presente en el lugar, quien en forma inmediata del suceso indagado indica hacia un lugar donde se esconde el sujeto denunciado, dando la dirección exacta”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ SCS, rol n° 3828 – 2014, considerando duodécimo.

¹⁰⁵ SCS, 7 de mayo de 2014, rol n° 6250 - 2014, considerando primero.

¹⁰⁶ SCS, rol n° 6250 - 2014, considerando quinto.

Concluye que “los antecedentes antes referidos, como se adelantó, tienen la entidad y seriedad suficiente para ser estimados como signos evidentes de la comisión de un ilícito en el recinto, porte de un arma de fuego hechiza, por lo que es claro que en el caso concreto se presentaron las circunstancias previstas por el artículo 206 del Código Procesal Penal para proceder a la entrada y registro, aún sin consentimiento ni autorización. De esta suerte, la garantía constitucional de inviolabilidad del hogar no ha sido infringida por el obrar de la Policía, a resultas de lo cual la prueba obtenida en dicha ocasión pudo ser valorada positivamente, como efectivamente se hizo, y servir de fundamento a la decisión de condena, sin transgredir con ello el derecho al debido proceso”¹⁰⁷.

En un sentido similar a estas sentencias, se pronuncia la Corte Suprema en causas roles n° 3657-2010 del 23 de agosto de 2010, 3973-2011 del 20 de julio de 2011 y 11482-2013 del 31 de diciembre de 2013.

2.4.3.2) Exclusión de prueba del recurrente

La otra situación, que puede darse es la exclusión de prueba que no debió excluirse. La jurisprudencia en este punto es bastante escasa, ya que en la práctica casi no existen casos en los que se haya recurrido por vía de nulidad.

Uno de los pocos casos en que ha ocurrido, es la sentencia rol n° 5847-2007. En este caso a la defensa se le excluyó por la causal de impertinencia, prueba pericial destinada a acreditar que el homicidio se produjo por una causal ajena al imputado. Una vez conocida la condena, se impugnó la sentencia por vía de recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) aludiendo a una violación del derecho de defensa toda vez que, con esta exclusión, se le menoscaba su derecho a rendir prueba y el derecho a la igualdad procesal. La Corte resolvió que dicha exclusión no tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, y que por ello no dio lugar al recurso.¹⁰⁸

Además del caso analizado, existe jurisprudencia en relación al juicio simplificado. Por ejemplo, en sentencia causa rol n° 10595 – 2014, la defensa de un imputado recurre de nulidad alegando que en la audiencia de preparación se le excluyó la declaración de dos testigos, pero el juez de garantía excluyó dicha prueba por manifiesta impertinencia, debido que no se habrían mencionado los puntos sobre los que declararían en el juicio oral.

¹⁰⁷ SCS, rol n° 6250 - 2014, considerando quinto.

¹⁰⁸ SCS rol n° 5847-2007, de 15 de enero de 2008, considerando vigésimo.

La Corte señala que los fundamentos del recurso difieren de lo que sucedió realmente, pues la exclusión de prueba no solo afectó a la defensa sino que al Ministerio Público, luego, ambos intervinientes fueron sometidos a las mismas reglas. Por ello, la Corte rechaza el recurso¹⁰⁹.

2.4.4) Síntesis

El recurso de nulidad prácticamente no ha tenido aplicación frente a la exclusión indebida de prueba y en los pocos casos que se ha utilizado, la CS lo ha rechazado. Se puede concluir por ende la poca operatividad que ha tenido este recurso, siendo prueba suficiente de que no resulta ser un mecanismo idóneo para enfrentar el problema.

A diferencia de lo que sucede con el recurso de nulidad frente a la exclusión indebida de prueba, este recurso ha sido utilizado en bastantes ocasiones como una herramienta de impugnación de sentencias que valoran prueba que debió excluirse en la audiencia de preparación de juicio oral, lo que permitiría concluir que es una herramienta que aparentemente funcionaría, con algunas restricciones. El problema es que en todos los casos la Corte rechaza el recurso por considerar que no existe un vínculo causal entre el acto ilegal y la prueba aparentemente ilícita o bien que el acto que dio origen a la prueba no es ilegal, por lo que esta no resulta ilícita.

Aun si fuera un medio eficiente, debemos preguntarnos si este recurso es una solución oportuna al problema de exclusión de prueba. Para responder a esta interrogante deben tenerse en cuenta las exigencias del principio de economía procesal. Es de la esencia de este principio “la agilización de los trámites, la prontitud de las decisiones, el ahorro de tiempo y dinero, no permitiendo hasta donde sea posible, que las partes desgasten el proceso con demandas huérfanas de los requisitos formales, peticiones inocuas, recursos temerarios, excepciones o incidentes sin fundamento alguno”¹¹⁰.

Creemos que en atención a este principio no resulta razonable en los casos de exclusión de prueba esperar la tramitación del juicio oral y la obtención de una sentencia, para poder recién enfrentar el problema. No tiene sentido llevar a cabo un juicio, sabiendo de antemano que podría anularse. Además el recurso de nulidad debe operar como *ultima ratio*, es decir, solo cuando los demás medios de impugnación han fracasado. Precisamente, en el artículo 377 CPP el legislador recoge este carácter, exigiendo que el recurso debe prepararse previamente, mediante la oportuna

¹⁰⁹ SCS rol n° 10595 – 2014, de 7 de julio de 2014, considerando tercero.

¹¹⁰ PEÑA PEÑA, Rogelio, (2004) “*Teoría General del Proceso*”, ECOE Ediciones, Bogotá, p. 105.

impugnación de los actos en los que se produce el vicio, con excepción de los casos establecidos en la ley. En efecto, la nulidad debería operar solamente cuando la apelación fracasase, mas no como el único recurso existente.

Además, existe otro problema que complica la procedencia del recurso de nulidad en este caso y es la dificultad para anular las actuaciones previas al juicio oral. Como señalamos precedentemente, el artículo 373 CPP se reformó justamente para permitir la anulación de actuaciones previas, pero en la practica la operatividad que ha tenido se ha traducido solo a la hipótesis de falso abogado. Aquí podemos encontrar la sentencia de la CS rol n° 6068-2013, en la que la corte señaló que “el efecto propio de toda nulidad es la invalidación del acto que ha provocado el perjuicio y de todos aquéllos que sean consecuencia necesaria de aquél. En este sentido, la sola anulación de la sentencia y del juicio oral no son suficientes para sanear el grave defecto que se aprecia en la causa, razón por la cual ha de extenderse el efecto requerido hasta el momento en que efectivamente se da inicio a la afectación esencial de los derechos del inculpado”¹¹¹. En igual sentido se pronuncian las sentencias roles n° 4060 – 2012, y n° 6131 – 2013. Es más, el pleno de la propia CS señaló recientemente, a propósito de una reforma al CPP que pretende ampliar la apelación por otras causales, que la referencia del artículo 277 inciso. 2° del CPP “crea dificultades de interpretación en cuanto al estado en que debe quedar anulado el procedimiento, cuando el vicio es anterior al juicio mismo”¹¹²

2.5) Jurisprudencia del TC acerca de la inconstitucionalidad del artículo 277 inciso 2° CPP.

El TC se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la constitucionalidad de la frase “cuando lo interpusiera el ministerio público” contenida en el inciso 2 del artículo 277. Dentro de esta jurisprudencia es posible encontrar tres tipos de sentencias: las que inadmiten a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad, las que lo acogen el requerimiento y las que niegan lugar a este.

¹¹¹ SCS rol n° 6068 – 2013, de 14 de octubre de 2013, considerando décimo.

¹¹² Corte Suprema, Oficio n°36-2013, Informe Proyecto de Ley a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, párrafo 27, disponible en <http://www.senado.cl>.

2.5.1) Sentencias que niegan lugar a la tramitación del requerimiento

En la mayoría de los casos se ha negado lugar a la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, porque lo que impugnan los requirentes es la exclusión de prueba por causales distinta a la de vulneración de garantías fundamentales (impertinencia o prueba confines dilatorios)- Frente a estos casos el TC ha señalado que solo es posible requerir la inaplicabilidad del artículo cuando la exclusión hubiese sido decretada efectivamente por ilicitud de prueba, esto porque conforme a lo dispuesto en el artículo 84 n° 5 de la LOCTC, un requisito de la inadmisibilidad es la impugnación de preceptos que no tengan aplicación al caso ni que resulten decisivos para el asunto. Además el TC ha dicho que en estos casos el requerimiento carece de “fundamento razonable”, causal de inadmisibilidad contemplada en el n°6 del artículo 84 de la LOCTC.

También el TC ha invocado el artículo 84 n° 5 en aquellos casos en que el auto de apertura se encuentra firme y ejecutoriado a la fecha de interposición del requerimiento.

Ambos argumentos se pueden apreciar en las sentencias roles n° 2504-2013 y 2676-2014.

Por otra parte, en sentencia rol n° 2158-2012, la defensa pretendió que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucional del precepto legal, pero porque el tribunal de garantía no dio a lugar la exclusión de prueba ofrecida por el Ministerio Público que fue obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, requerimiento que también fue declarado inadmisibile, también en base a que no se cumplía con los requisitos del artículo 84 numerales 5 y 6 de la Ley orgánica Constitucional del TC. En relación al numeral 5, sostiene que la defensa ya interpuso el recurso de apelación que fue declarado inadmisibile y posteriormente el recurso de hecho que fue rechazado, por ende precluyó la facultad de interponer el recurso ya que el auto de apertura se encuentra firme y ejecutoriado, sin que pueda configurarse una nueva instancia jurisdiccional cuyo objeto sea resolver sobre la apelación misma. En cuanto al numeral 6, agrega que no se ha fundamentado razonablemente el recurso, toda vez que se alega una vulneración al derecho al debido proceso, pero que la intención del recurrente es hacer una crítica al sistema recursivo, mas no explica en qué medida será decisivo en el asunto.

Por otro lado las sentencias roles n°1535-2010, 1502-2010 y 2330-2013, han admitido el recurso a tramitación, donde la última de estas ha rechazado el recurso y las dos primeras han declarado la inconstitucionalidad del precepto legal, las cuales pasaremos a analizar a continuación.

2.5.1) Sentencias que declaran la inaplicabilidad del precepto

En este grupo podemos encontrar las sentencias rol n°1535-2010 y 1502-2010 las que declaran la inaplicabilidad del precepto frente a la exclusión de prueba del querellante y de la defensa respectivamente.

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol n°1535-2010, fue presentado por María Rocío Zamorano Pérez en calidad de hija de la víctima, quien se querelló contra su madre, Pilar Pérez López, en el proceso RUC N° 080100636-9, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Por su parte la sentencia Rol N° 1505-2010 fue interpuesto por la defensa de Nelson Arnaldo Pino en relación con la causa RUC N° 0800510604-5, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso. En ambos casos, se reclamó la vulneración al debido proceso e igualdad ante la ley. A continuación revisaremos los fundamentos de estas sentencias.

2.5.1.1) Vulneración al debido proceso

La sentencia rol n° 1535-2010 comienza su argumentación en base al artículo 83 CPR, que consagra el derecho a la víctima como interviniente, pudiendo está en consecuencia ejercer el derecho de acción penal a través de la querrela, entre otras actuaciones en el proceso, para obtener así tutela efectiva de sus derechos, lo que se encuentra consagrado en el artículo 19 numeral 3, inciso 1 CPR. Esto comprende en este medio la igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, y que establece en sus incisos siguientes la legalidad del tribunal y el procedimiento con sus parámetro mínimos. Sostiene además que lo anterior se ve reafirmado con la ley N° 19.519, que en un principio solo concede el ejercicio de la acción al Ministerio público y que fue objeto de indicaciones para dejar a salvo los derechos de la víctima.

La vulneración se produciría en consecuencia, porque se le reconoce la calidad de interviniente en el proceso, lo que trae consigo el derecho de rendir prueba, lo que debería considerar el hecho de poder apelar a la exclusión de prueba.

Finaliza dicha argumentación el TC, en base a la violación del derecho al debido proceso, haciendo una relación con el principio de igualdad, señalando: “...queda claro que el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio

de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a solo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar”¹¹³. Igual pronunciamiento ha realizado el TC en la sentencia rol n°1502, en base al artículo 12 CPP que alude a quienes poseen la calidad de intervinientes en el Procesal Penal.

Igual razonamiento en relación a la vulneración del debido proceso, llega el TC en la sentencia causa rol n° 1502-2010, afirmando que “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 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”¹¹⁴.

2.5.1.2) Vulneración a la igualdad ante la ley

En relación a la igualdad ante la ley, el TC sostuvo que se vulneró dicha garantía en ambas sentencias, sosteniendo primero en la relación a la sentencia rol n°1535 en su considerando trigésimo octavo, en relación al querellante particular que si existen dos sujetos activos de un mismo proceso penal, en la misma posición, esto es, acreditar la participación del imputado en el proceso penal y solo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, no parece adecuado al fin que se persigue el legislador. Más aún si, como en el caso de autos, se trata de una misma testimonial, cuya exclusión queda entregada a la revisión del tribunal superior jerárquico solo en el evento que el Ministerio Público –actuando con entera discrecionalidad- decida o no apelar¹¹⁵.

Por su parte la sentencia rol n°1502 sostiene en su considerando decimoprimer que las desigualdades deben ser consideradas en base a “presupuestos objetivos, pertinentes y razonables cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria”¹¹⁶, prosiguiendo en su considerando vigesimosegundo “que, en estas condiciones, no se divisa razón ni proporción en otorgar el recurso de apelación en forma privativa a uno de los intervinientes, como es el ministerio público, mas no al imputado, lo que hiere injustificadamente

¹¹³ STC, rol n°1535-2010, considerando vigesimooctavo.

¹¹⁴ STC, rol n°1502-2010, considerando décimo.

¹¹⁵ STC, rol n°1535-2010, considerando trigésimo octavo.

¹¹⁶ STC, rol n°1502-2010, considerando décimo primero

su derecho a participar con igualdad de oportunidad ante los órganos jurisdiccionales. 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 igualdad de posibilidades procesales- una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos”¹¹⁷.

2.5.2) Sentencias que niegan lugar al requerimiento

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol n°2330-2013, de fecha 9 de enero de 2014, es presentado por el querellante, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por proceso seguido ante el 13° juzgado de garantía de Santiago. Este requerimiento obtuvo 5 votos a favor y 5 en contra, y en consecuencia como no se produjo la mayoría exigida por la constitución fue rechazado, considerándose que no hay una igualdad ante la ley ni del debido proceso en la exclusión de prueba del querellante.

En cuanto a la igualdad ante la ley, el tribunal fundamenta la restricción de la apelación en el rol que tiene el Ministerio Público por cuanto a este le corresponde investigar los hechos y probar y como tiene esta labor, puede incurrir en la causal de ilicitud de la prueba, lo que contrasta con los deberes del querellante¹¹⁸. Agrega además que “no se trata, por otra parte, de una medida desproporcionada porque es un juez el que declara la exclusión de la prueba, después de una audiencia en que hay oportunidad de debatir y controvertir. No hay un acto unilateral, sino que un tercero imparcial es el que decidió”¹¹⁹.

Sobre el debido proceso, señala que “no hubo vulneración a este derecho por cuanto en este caso el querellante no queda indefenso porque tiene la opción del recurso de nulidad contra la sentencia definitiva”¹²⁰. Agrega que un cuestionamiento a la sentencia definitiva puede ser más eficaz, porque ahí se mide con claridad el impacto que pudo haber tenido en sus derechos la exclusión de prueba. Más todavía si, en el presente caso, el Ministerio Público apeló sobre la misma exclusión que reclama el Ministerio del Interior; por lo mismo, de prosperar dicha apelación, el daño puede no existir”¹²¹. Finaliza señalando que “No está envuelto en la garantía

¹¹⁷ STC, rol n°1502-2010, considerando vigésimo segundo.

¹¹⁸ STC rol n° 2330 – 2012, considerando vigésimo quinto.

¹¹⁹ STC rol n° 2330 – 2012, considerando vigésimo séptimo.

¹²⁰ STC rol n° 2330 – 2012, considerando vigésimo octavo.

¹²¹ STC rol n° 2330 – 2012, considerando vigésimo noveno.

del debido proceso un derecho a un recurso específico. De haberlo querido involucrar, lo tendría que haber señalado expresamente. Por tanto, al existir otros recursos, no se afecta el derecho a recurrir¹²².

Este fallo es criticable por varios motivos. Desde luego porque pone énfasis en el rol activo que tiene el Ministerio Público en el proceso penal, señalando que los demás intervinientes tienen un rol pasivo, lo que como vimos, no es así. Tampoco resulta admisible argumento de que no se trata de una medida desproporcionada por cuanto ha existido un debate previo ya que el control horizontal no siempre resulta ser un control eficaz.

Es criticable también el argumento de la eficacia del recurso de nulidad. Como señalamos anteriormente, el recurso de nulidad no resulta ser el medio idóneo para enmendar la exclusión de prueba y además es un recurso que aparece como opción una vez que se ha dictado sentencia.

2.5.3) Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El TC en ciertos casos ha considerado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados tanto por defensores como por querellantes, en vista de que carecen de “razonable fundamento”. En los casos en que se ha pronunciado acerca de la violación de derechos fundamentales, lo ha hecho en ambos sentidos, tanto acogiendo como negando lugar a la inaplicabilidad. Cuando ha acogido los requerimientos, ha señalado que la norma es atentatoria de los derechos de igualdad ante la ley y debido proceso por el hecho de establecerse una discriminación carente de fundamento. Pero cuando ha señalado que no existe violación a derechos fundamentales, ha justificado la redacción del artículo 277 del CPP en la labor que ejerce el Ministerio Público en el proceso penal, la cual consiste en investigar los hechos, acusar y probar sus alegaciones en el juicio oral. Lamentablemente por esta línea se inclina la jurisprudencia más reciente de este tribunal en esta materia.

Nos ahorramos la crítica a los argumentos esgrimidos para negar lugar a los requerimientos ya que fueron revisados anteriormente, pero sí criticamos el actuar dispar que tiene este tribunal frente a casos similares.

Debe tenerse presente que el hecho de que el TC no haya dado lugar a todos los requerimientos, no significa que la norma sea constitucional, debido a que el requerimiento de

¹²² STC rol n° 2330 – 2012, considerando trigésimo.

inaplicabilidad es un control concreto, es decir, que no solo tiene en consideración la norma sino que también las circunstancias en que ella recibe aplicación, y además la existencia de una gestión pendiente.

CONCLUSIONES

La limitación que establece el artículo 277 inciso 2° CPP trae consigo una desigualdad de armas procesales, debido a que frente a la misma situación, el Ministerio Público goza de un recurso procesal, mientras que el resto de los intervinientes, y sobretodo el imputado, que debiera ser el más favorecido de acuerdo a la lógica del procedimiento penal, no están legitimados para interponerlo. Se han esgrimido una serie de argumentos para justificar esta limitación, pero ninguno de ellos resulta persuasivo.

Además, la diferenciación no se encuentra conforme a los cánones de racionalidad y proporcionalidad que debe tener toda discriminación para que no resulte arbitraria, en primer lugar porque la situación fáctica a la que se ven enfrentados los intervinientes es similar para todos ellos. En segundo porque no está orientada al fin de evitar la dilatación del sistema. Por último, esta no satisface el criterio de proporcionalidad al poner al resto de los actores en una situación de desventaja frente a las posibilidades que tiene el Ministerio Público.

Por lo tanto, nos encontramos frente a una discriminación arbitraria en la ley que viola el derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile y el derecho a un debido proceso, consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 6° de la carta fundamental y en tratados internacionales ratificados por Chile.

El TC en ciertos casos ha declarado inaplicable por inconstitucional este artículo, específicamente la parte que reza “solo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público”. Pero lamentablemente esta jurisprudencia no ha sido uniforme, puesto que frente a casos similares este tribunal ha fallado en sentido contrario. Lo que si resulta relevante es que cuando el TC no ha acogido el recurso, en la mayoría lo que se alega es la imposibilidad de apelar ante esta resolución por el imputado o querellante por exclusión de prueba sobre hechos públicos o notorios, impertinente o con fines puramente dilatorias, más no por ilicitud, sosteniéndose por el tribunal que no habría una vulneración a la igualdad ante la ley ni al debido proceso, debido a que se niega en este caso la procedencia del recurso de apelación a todos los intervinientes del proceso penal cuando la causal no es la ilicitud de la prueba.

La solución frente a estos problemas podría ser el recurso de nulidad, ya que el propio artículo 277 incisos 2° señala la procedencia de este, pero en la práctica no existen casos en los que se haya anulado la audiencia de preparación del juicio oral, esto por el excesivo formalismo

impuesto por la Corte Suprema y por la interpretación restrictiva que ha hecho respecto de la anulación de etapas anteriores al juicio oral. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando pudiere ser efectivo, en términos de economía procesal no resulta conveniente, pues implica subsanar el defecto no cuando se produce, sino que después de haber realizado el juicio oral.

La única solución a estos problemas es una reforma al artículo 277 CPP que amplíe el campo de apelación a los otros actores del proceso penal distintos del Ministerio Público y por el resto de las causales que contempla la ley. Actualmente existe un proyecto de ley por el cual se busca “perfeccionar el sistema de justicia penal”, el que introduce una serie de modificaciones al CPP y uno de los cambios que establece es la extensión del recurso de apelación para las demás causales, pero mantiene al Ministerio Público como único legitimado para recurrir¹²³.

No obstante, el pleno de la Corte Suprema informó recientemente a la Comisión de Legislación del Senado que “parece de justicia, dentro de la igualdad de armas, que el mismo recurso se le otorgue a todos los intervinientes que se sientan agraviados con la resolución de apertura del juicio oral, en lo que mira a la elección de las pruebas, eliminando la referencia del recurso de nulidad, para aquellos que no tienen derecho a la apelación. La referencia al recurso de nulidad crea dificultades de interpretación en cuanto al estado en que debe quedar anulado el procedimiento, cuando el vicio es anterior al juicio mismo”¹²⁴.

¹²³ El artículo primero numeral 27 del proyecto dispone “Elimínese en el inciso segundo del artículo 277 la expresión “de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente.”. De esta manera la redacción del artículo 277 inciso segundo del CPP quedaría: “El auto de apertura del juicio oral solo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía” (Boletín n° 8810-07, disponible en <http://www.senado.cl>).

¹²⁴ Corte Suprema, Oficio n°36-2013, Informe Proyecto de Ley a Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, párrafo 27, disponible en <http://www.senado.cl>

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, (2010) “*Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*”, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010.
- AYLLACH DIAZ, Hiam, (2011), “*Igualdad ante la Ley y el Debido Proceso*”, Revista de Derechos Fundamentales UVM. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=17889>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, (2011), “*La Acción de la Víctima en el Derecho Chileno*”, en revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2º, Valparaíso.
- CALAMANDREI, Piero (1996), “*La definición del hecho notorio. Estudios sobre el proceso civil*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, Manual (2005), “*El Nuevo Sistema Procesal Penal*”, Editorial LexisNexis, Santiago.
- CASTRO JOFRÉ, Javier (2006), “*Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*”, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “*El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*” Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.
- COUTURE, Eduardo (1985), “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*” Tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso, (2010) “*Principio de Igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*”, en revista Principia Iuris, disponible en <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/396/536>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012) *“Estudio Sobre el Derecho al Recurso en el Proceso Penal”*, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2002), *“La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago.

- HORVITZ LENNON, María Inés (2003) *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- HORVITZ LENNON, María Inés (2010) *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- HERNÁNDEZ TORRES, Arturo (2004) *“Estudios jurídicos en homenaje al maestro Antonio Torres Gómez”* Universidad de Guanajuato, Guanajuato.

- LETELIER LOYOLA, Enrique (2013), *“El derecho fundamental al recurso en el proceso penal”*, Editorial Atelier, Barcelona.

- MAIER, B.J, Julio, (2004) *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, vol. 1, Editores del Puerto S.R.L – 2ª edición, Buenos Aires.

- MARTÍNEZ José, ZÚÑIGA, Francisco, (2011) *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* en Revista de Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

- MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl (2012), *“Derecho Procesal penal”*, vol. 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, (2012) *“Derecho Procesal penal”*, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

- MUÑOZ CONDE, Francisco (2007) “*Búsqueda de la verdad en el Proceso Penal*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) “*Consideraciones sobre el Derecho Fundamental A la Presunción de Inocencia*”, Revista Ius et Praxis, vol. 11, número 1, 205 p 221 -24, año 2005. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/197/197111108.pdf>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006) “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas año*”, Anuario da Facultad de Derecho da la Universidad de Coruña, 2006. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

- OBANDO HERRERA, Sandra (2012), Tesis para optar al grado me magister en derecho, “*Alcances de la exclusión de prueba por manifiesta impertinencia en el proceso penal chileno*”, Valparaíso.

- PEÑA PEÑA, Rogelio, (2007), “*Teoría General del Proceso*”, Editorial ECOE Ediciones, Santiago.

- Sistema de consultas de causas de Cortes de Apelaciones, Poder judicial, en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> Fecha de última consulta: 24 de noviembre de 2014.

- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2005) “*Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- VALLESPÍN PÉREZ, David, (1989) “*Garantías en el Proceso Penal Español*”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/29.pdf>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

- ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004), “*La Prueba Ilícita*”, Editorial LexisNexis, Santiago.

Documentos Oficiales.

- Historia de la ley 19.696, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/643/1/HL19696.pdf>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

- Historia de la ley 20.074, Biblioteca del Congreso Nacional, Disponible en <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/480/1/HL20074.pdf>. Fecha de última consulta 17 de agosto 2014.

- Historia de la ley 19.519, Biblioteca del Congreso Nacional, Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/600/1/HL19519.pdf>. Fecha de última consulta: 17 de agosto de 2014.

Sentencias

- STCE, 14 de julio 1982, N° 49 – 1982.

- SCIDH, 2 de julio 2004, Herrera Ulloa vs. Costa Rica del 2 de julio 2004.

- SCS, 15 de enero 2008, Rol N° 5847 – 2007.

- STC, 28 de enero 2010, Rol N°1535 – 2010.

- SCS, 23 de agosto 2010, Rol N° 3657 – 2010.

- STC, 9 de septiembre 2010, Rol N°1502 – 2010.

- SCS, 19 de octubre 2010, Rol N° 6296 – 2010.

- SCS, 19 de julio 2011, Rol N° 3912 – 2011.

- SCS 20 de julio 2011, Rol N° 3973 – 2011.

- STC, 17 de enero 2012, Rol N°2158 – 2012.

- STC, 29 de enero 2013, Rol N°2330 – 2012.

- STC, 31 de julio 2012, Rol N° 2239 – 2012.

- SCA de Santiago, 15 de enero de 2014, Rol N° 3659 – 2013.

- STC, 8 de agosto 2013, Rol N°2504 – 2013.

- SCS, 4 de octubre 2013, Rol N°6068-2013.

- STC, 13 de noviembre 2013, Rol N°2331- 2013.

- SCS, 31 de diciembre 2013, Rol N° 11482 – 2013.

- SCA de Valparaíso, 20 de febrero de 2014, Rol n° 155 – 2014.

- SCS, 16 de abril 2014, Rol N° 3828 – 2014.

- SCS, 7 de mayo 2014, Rol N° 6250-2014.

- SCIDH, 29 de mayo 2014, Norín Catriamán vs. Chile.

- SCS, 7 de julio 2014, Rol N°10595 – 2014.

- STC, 17 de julio 2014, Rol N°2676 – 2014.

- SCA de Concepción, 8 de agosto de 2014, Rol n° 450 – 2014.