

IGUALDAD ANTE LA LEY Y DEBIDO PROCESO

COMENTARIO A LA STC 1.535-09, RECAÍDA EN EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 277 INC. 2º DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

HIAM AYLLACH DÍAZ¹

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del nuevo sistema procesal penal, junto con la elaboración de un cuerpo normativo que regulara sus distintas instituciones, se modificó la Constitución Política para dar creación al Ministerio Público. Este organismo autónomo cumplirá la función no jurisdiccional de dirigir la investigación, siendo el principal titular en el ejercicio de la acción penal pública. El artículo 83 de la Constitución señala, además, a la víctima como interviniente en el proceso penal, y en tal calidad se le reconoce la legitimidad procesal para ejercer la acción penal pública a través de la querrela. Como consecuencia de lo antes señalado, la querrela, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso penal, han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia. Para que el legislador regule o limite el ejercicio de este derecho, debe buscar un fin legítimo y, de llegar a establecer un trato desigual entre las partes, debe ser una medida necesaria para la obtención de dicho fin.

El requerimiento de inaplicabilidad se presenta en el marco del proceso seguido ante el 8º Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por delito de parricidio y homicidio calificado; en este proceso se han hecho parte, como sujeto activo de la acción penal, el Ministerio Público y el querellante particular. Encontrándose el proceso en la etapa de preparación del juicio oral, la defensa solicitó la exclusión de prueba testimonial y documental entregada por su contraparte, basándose

¹ Ayudante de Derecho Procesal en la Universidad Viña del Mar.

en las causales del artículo 276 incisos primero y tercero de Código Procesal Penal, por constituir prueba ilícita. Dichos medios de prueba fueron excluidos por el juez de garantía en uso de sus atribuciones.

De la exclusión de las pruebas presentadas en la audiencia de preparación de juicio oral solo puede apelar el Ministerio Público y no el querellante. Ante la imposibilidad de apelar, la parte querellante presentó un requerimiento de inaplicabilidad contra la oración “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, por contravenir el artículo 19 N^{os} 2 y 3 incisos primero y quinto de la Constitución.

El Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley puede privar del recurso de apelación a uno de los intervinientes en el proceso penal, específicamente si el desequilibrio en el ejercicio de los derechos de los intervinientes legitimados constituye una discriminación arbitraria que atenta contra la igualdad ante la ley. En el caso concreto, si la aplicación del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal genera o no un efecto inconstitucional en el caso concreto. El precepto legal señala lo siguiente: “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”.

II. SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

a. El nuevo sistema procesal penal opta por un régimen restrictivo de los recursos de apelación. El requirente sostiene que la justificación de esta opción se encuentra en el principio de inmediación. Este principio impone que el sentenciador solo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba. Se trata de un principio que no está reconocido autónomamente como garantía, pero que opera como tal asociado al derecho a un juicio oral; este principio impide que la sentencia valore la prueba que no fue producida durante el juicio. 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 no ha sido rendida directamente ante él².

Sostiene el requirente que la opción restrictiva del legislador se fundamenta en la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Principio que se define como un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aun-

² HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. 1, p. 96.

que instrumental del derecho a la tutela; asimismo, se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad³. Un sistema amplio de apelación, en el cual todas las resoluciones son apelables por los intervinientes, retardaría gravemente la tramitación de las causas.

Esta lógica argumentativa rompe con lo dispuesto por el artículo 277 del Código Procesal Penal. El principio de inmediación no se ve afectado con la ampliación del sistema de recursos, en especial, al conceder el recurso de apelación al actor querellante del proceso penal, ya que en la audiencia de preparación del juicio oral no se rinde prueba propiamente tal, sino que se debate sobre su procedencia en la etapa de juicio oral. En cuanto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, este no puede ser violado por un sistema amplio de recursos, si se considera que se le otorga a una de las partes, el Ministerio Público, el derecho a recurrir de la resolución que excluye prueba por ser considerada ilícita por el juez de garantía.

A juicio del requirente, no existe una justificación razonable para que solo el Ministerio Público pueda apelar de la exclusión de prueba, en desmedro de los otros intervinientes del proceso. Ello constituiría una discriminación arbitraria por parte del Legislador. Según la jurisprudencia constitucional comparada, para que el Legislador establezca un trato diferenciado que no constituya discriminación arbitraria, debe existir una relación justificada entre la legitimidad del fin que se busca conseguir con la medida y la necesidad de la misma respecto del fin. Es decir, un juicio de proporcionalidad entre el fin perseguido y la discriminación establecida por el Legislador, que evite calificarla como arbitraria.

Aun cuando el Ministerio Público sea el encargado de dirigir la investigación y, por lo tanto, se encuentre más expuesto a proceder en su actuar con inobservancia de las garantías constitucionales, existen otros intereses presentes que puedan verse afectados con la regulación legal en comento. Así, por ejemplo, sucede con el querellante particular en tanto representante de los intereses de la víctima. Al no existir una razón suficiente que permita justificar la diferencia que establece la ley en materia de apelaciones, el requirente afirma que se trata de una discriminación arbitraria que favorece la posición del Ministerio Público en desmedro de los intereses del querellante particular. Este tipo de discriminaciones, continúa el requirente, atentan contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. Sostiene, por tanto, que existe un trato discriminatorio prohibido por la Constitución en el artículo 19 N° 2.

³ HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. 1, p. 72.

Finalmente, sostiene que el artículo 277 del Código Procesal Penal atentaría contra el derecho a un debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto, de la Constitución, al otorgar un medio procesal a una de las partes dejándola en posición de privilegio respecto de la otra. La Constitución es fuente primaria de realización del derecho y a ella deben ajustarse, sin distinción, todas las normas procesales penales.

b. Por su parte, la Defensoría Penal Pública sostiene que el actor impugna las razones técnicas o de mérito valoradas por el legislador, juicio que se encuentra fuera del ámbito competencial del Tribunal Constitucional. El legislador debe buscar las fórmulas normativas necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común. En esta labor no debe infringir la Constitución, debiendo el Tribunal controlar que las decisiones legislativas se enmarquen dentro de los límites que impone la Carta Fundamental. A juicio de la Defensoría, un sistema restringido de recursos no se funda en el principio de inmediación ni en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Por el contrario, el sistema persigue una mayor efectividad del denominado control horizontal, que busca la intervención de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial. Que solo el Ministerio Público pueda apelar por las causales de exclusión señaladas en la ley, forma parte de la lógica del actual sistema de recursos. La exclusión de prueba se resuelve como consecuencia de un debate previo, en el que rige plenamente la bilateralidad de la audiencia. Para dar valor y peso a la decisión del juez, parece razonable que no sea sometida a un control vertical que pueda ser activado por todos los intervinientes y ante cualquier causal de exclusión.

Parece razonable, sostiene la Defensoría Penal Pública, que como el Ministerio Público dirige la investigación de manera exclusiva, encontrándose más expuesto a vulnerar garantías constitucionales, solo este tenga la posibilidad de apelar de la exclusión de prueba. Más aún cuando el inciso segundo del artículo 277 (en concordancia con el artículo 373 a.) permite a los intervinientes impugnar exclusiones de pruebas defectuosas a través del recurso de nulidad. En consecuencia, de configurarse una infracción a las garantías constitucionales con motivo de la exclusión de prueba, la Corte Suprema puede retrotraer el procedimiento a la etapa de la audiencia de preparación de juicio oral, para subsanar el vicio o defecto o anular el juicio y la sentencia. Esta fórmula adoptada por el legislador, destinada a proteger los intereses de todos los intervinientes en el proceso penal, permite concluir que el sistema de recursos en su conjunto no vulnera la igualdad ante la ley ni el debido proceso.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE LA INTERPRETACIÓN DEL TC

El Tribunal Constitucional estructura su decisión a partir del examen de dos derechos fundamentales que entrarían en conflicto con el artículo 277 del Código Procesal Penal. La declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se sustenta en que la norma en cuestión vulnera dos derechos: el debido proceso y la igualdad ante la ley.

a. Debido proceso y tutela judicial efectiva

El motivo central del cuestionamiento de constitucionalidad radica en la apelación a la exclusión de prueba, facultad que se entrega por la ley privativamente al Ministerio Público. A juicio del Tribunal Constitucional, la exclusión del resto de los intervinientes del proceso penal atenta, específicamente, contra la tutela judicial efectiva, toda vez que impide la debida protección de los intereses que los intervinientes tienen comprometidos en el respectivo juicio penal. En consecuencia, para el Tribunal, la decisión del legislador no se enmarca dentro de los parámetros que ha fijado la Constitución, vulnerando el derecho al debido proceso⁴.

Sin embargo, el fallo no se hace cargo del contenido propiamente constitucional del debido proceso, aquel que se ve afectado por la norma en cuestión. El debido proceso es un derecho fundamental que se estructura, preferentemente, a partir del principio de legalidad. Así se desprende de la estructura normativa del artículo 19 N° 3, donde el contenido propiamente constitucional se reduce a la exigencia de un procedimiento racional y justo, el que se complementa con una serie de prohibiciones al legislador (ley penal en blanco, comisiones especiales, entre otras). El derecho fundamental del debido proceso se construye a partir de conceptos jurídicos indeterminados, positivados en normas de textura abierta e indeterminada. Así, la racionalidad y la justicia del procedimiento no son conceptos de contenido autoevidente; por el contrario, deben ser concretados y valorados por el legislador a la hora de regular el ejercicio del derecho. Cuando estos caracteres se encuentran en entredicho, le corresponde al Tribunal realizar una construcción argumentativa que permita determinar si el legislador vulneró los márgenes que permite el ordenamiento constitucional. Sin embargo, la sentencia de inaplicabilidad pierde la posibilidad de argumentar la vulneración del debido proceso desde este derecho y lo hace desde la igualdad ante la ley de los intervinientes, como se desprende de los considerandos 28° y 30°.

⁴ CAROCCA PÉREZ, Alex, *La defensa penal pública*, Santiago, LexisNexis, 2002, p. 23.

Sin perjuicio que la igualdad de las partes e intervinientes constituye un elemento del debido proceso, lo cierto es que se trata de derechos fundamentales diferentes que deben ser analizados de manera particular, aun cuando tengan puntos de contacto. A este respecto, el fallo no argumenta desde el debido proceso, cómo la discriminación normativa vulnera su ejercicio; lo hace, sin embargo, desde la igualdad ante la ley de los intervinientes. El tema es relevante ya que, dado que el derecho en cuestión se estructura principalmente desde el principio de legalidad (así lo demuestra la estructura normativa del art. 19 N° 3), lo que podría haber hecho el Tribunal es verificar si el legislador estableció una discriminación basada en criterios razonables o no. No hay duda que el legislador ha establecido una diferencia entre el Ministerio Público y el resto de los intervinientes en el proceso; el punto está en determinar si esta distinción afecta el legítimo ejercicio del derecho en cuestión, es decir, si se vulneran los límites constitucionales establecidos al legislador o no.

b. Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley, concebida como derecho fundamental, protege a las personas contra aquellas diferencias normativas que se establecen en consideración a las características propias de estas. Así, la garantía constitucional no protege la igualdad entendida como identidad de posición jurídica de los sujetos, sino que garantiza que los criterios en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico establezca diferencias entre las personas, serán razonables. Es por esta razón que no se prohíbe toda forma de diferenciación normativa, sino solo la de carácter arbitraria (art. 19 N° 2 inc. 2°).

Estas diferencias, como señala el fallo, deben apuntar a conseguir los fines constitucionalmente adecuados que no supongan un trato diferenciado que se haga intolerable para el sujeto. Debe existir una correlación proporcional entre la medida adoptada por el legislador y los fines perseguidos con esta medida, donde las consecuencias jurídicas de la distorsión que genera el ordenamiento jurídico sean aceptables constitucionalmente y no vulneren la garantía de la igualdad ante la ley⁵. Finalmente, la diferencia normativa debe ser de carácter objetiva, es decir, que no considere las diferencias subjetivas propias de los sujetos que se encuentran en una misma posición jurídica.

El Tribunal Constitucional revisa la norma objeto de la inaplicabilidad desde la igualdad ante la ley de los intervinientes del proceso penal. No se detiene a desarrollar las etapas de la argumentación que había enunciado entre los considerandos 33° y 37°, a partir de la jurisprudencia constitucional propia y comparada. Por el

⁵ Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006, pp. 386 ss.

contrario, el Tribunal Constitucional identifica que los intervinientes en cuestión son sujetos activos de un mismo proceso y, a partir de eso, simplemente concluye que les deben asistir los mismos derechos. No aborda si de las diferencias entre los sujetos activos es posible concluir una justificación razonable a la diferenciación que ha realizado el legislador en esta materia (Considerando 38°).

Los diversos intervinientes del proceso penal y de la investigación tienen una serie de características que los diferencian entre sí. Ministerio Público, querellante particular, víctima, etc., cumplen diversas funciones en el proceso por cuanto defienden diversos intereses. La diferencia que establece el artículo 277 del Código Procesal Penal sitúa a los intervinientes en diferentes posiciones procesales a la hora de apelar de la exclusión de la prueba. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, no basta con constatar la diferencia para concluir que se trata de una discriminación arbitraria. Es necesario determinar si los criterios en virtud de los cuales se ha establecido esta diferencia en la norma, son razonables o arbitrarios. Lo que corresponde es que el Tribunal Constitucional revise si de las diferencias que existen entre los intervinientes del proceso penal, en base a sus intereses, funciones, atribuciones, etc., es posible extraer algún argumento razonable, que sea compatible con la Constitución y que justifique, a la vez, la diferencia normativa que estableció el legislador del ramo.

No basta con reducir el argumento al aforismo 'tratar igual a los iguales', a partir del cual se legitima un trato diferente a quienes, objetivamente, se encuentren en una posición diferente. Este tipo de argumentos pasa por alto el problema central de la discriminación arbitraria: la justificación del motivo en virtud del cual se clasifican los grupos de personas entre iguales y diferentes. Ciertamente, aunque tanto el Ministerio Público como el querellante particular son partes de un mismo proceso, lo cierto es que no son idénticos, sino diferentes. Pero es necesario revisar si las diferencias objetivas entre ellos justifican o no las diferencias procesales establecidas por el legislador, por ejemplo, al momento de apelar de la exclusión de prueba ilícita o no. ¿Es legítima esta diferenciación normativa; se justifica en la consecución de los fines previstos por el legislador? Para responder, es necesario revisar la razonabilidad del criterio objetivo que incorpora el legislador; porque el Tribunal no lo hace.

Ya en el Considerando 20° el Tribunal había adelantado su parecer, al afirmar que el legislador no puede establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho o lo condicionen a la voluntad de otro de los intervinientes (aunque la Constitución no protege el libre ejercicio de los derechos, sino aquel de carácter legítimo). Entre los considerandos 21° y 24° el Tribunal selecciona extractos de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, destinadas a explicar la titularidad de la acción penal por parte del querellante particular. En los considerandos 25° y 26° concluye que, teniendo en consideración que el legislador otorgó a la víctima la titularidad de la acción pública, la ley estaría impedida de discriminarlo en sus derechos esenciales.

Sin embargo, dicha argumentación no se hace cargo de las diferencias que existen entre los intervinientes del proceso y de comprobar si a partir de ellas es posible identificar un criterio que permitan calificar como razonable y necesario para lograr un fin determinado la diferencia normativa establecida. La única forma de determinar si se trata de una discriminación arbitraria o no, siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional entre los Considerandos 33° y 37°, es identificar los fines que persigue la norma, los efectos que genera la diferencia en los propios sujetos afectados y la proporcionalidad entre los medios adoptados, los fines buscados y los efectos finalmente conseguidos. La sentencia no hace nada de eso. El Tribunal se limita a identificar que se trata de intervinientes de un mismo proceso y a concluir que, por ello, la diferencia es arbitraria, sin revisar las características propias de los intervinientes.

Puede ser razonable que, dadas las funciones que cumple el Ministerio Público al dirigir la investigación, solo este pueda apelar de la exclusión de la prueba. Esta se decide luego de un debate previo en el que participan todos los intervinientes en la misma audiencia. Parece razonable que la decisión del juez en este sentido no sea revisada verticalmente, ni que este mecanismo pueda ser activado por cualquiera de los intervinientes y sin distinguir la causal de exclusión. De hecho, los intervinientes siempre pueden impugnar exclusiones de pruebas defectuosas a través del recurso de nulidad. Así, es posible retrotraer el procedimiento a la etapa de la audiencia de preparación de juicio oral, para subsanar el vicio o defecto o anular el juicio y la sentencia.

El Ministerio Público dirige la investigación de manera exclusiva, por lo cual se encuentra más expuesto a vulnerar garantías constitucionales. Que solo este organismo pueda apelar de la exclusión de prueba podría deberse a que esta se obtiene principalmente de la función que desempeña en la dirección de las policías. La generación de la prueba por parte del querellante particular es marginal; es el Ministerio Público el afectado principal y el candidato natural a sufrir la exclusión de la prueba, precisamente porque es él quien la genera. Por lo tanto, podría ser razonable que, dado que cumplen funciones diferentes, tengan facultades diferentes al momento de apelar de la exclusión de la prueba. El Tribunal Constitucional no dirime la controversia desde estos razonamientos, limitándose a verificar que se trata de partes de un mismo proceso. Las decisiones del legislador cuentan con la llamada presunción de constitucionalidad⁶, dado que es el primer y principal intérprete de la constitución, particularmente en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 19 N° 26).

⁶ ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 243-247; en el mismo sentido, FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 131 ss.

La fórmula adoptada por el legislador protege los intereses de todos los intervinientes en el proceso penal, aunque a través de diferentes mecanismos procesales. Para que el Tribunal Constitucional afirme que la decisión normativa del Legislador vulnera las garantías constitucionales del debido proceso y la igualdad ante la ley, debe hacer un examen exhaustivo del sistema de recursos en su conjunto, así como de los fines que ha tenido a la vista el legislador.

La comisión encargada de la redacción del Código Procesal Penal señaló su preocupación por el contenido del artículo 277, que permitía al juez rechazar pruebas en una resolución inapelable. Consideraron que ello podría generar la indefensión de una de las partes antes de empezar el juicio, principalmente ante la obtención de prueba ilícita y aquellas que puedan ser estimadas como dilatorias; el motivo es que el discernimiento quedaría entregado al criterio del juez de garantía, sin posibilidad de una revisión posterior. Esta restricción busca evitar que el tribunal oral en lo penal conociera pruebas que no pueden ser utilizadas por, principalmente, ilícitas, ocasionando posibles perjuicios a los intervinientes. Asimismo, se funda en que un sistema de recursos demasiado amplio podría paralizar el proceso. La Comisión, para resolver esta problemática, acordó que solo el fiscal pudiera 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 constitucionales. Acordó, además, que cada vez que el juez de garantía rechace una prueba ofrecida por las partes por considerarla improcedente, debe hacerlo de manera fundada, para facilitar la función revisora del tribunal que conocerá del recurso de apelación. La Comisión desechó la indicación de los honorables senadores señores Cordero y Stange para suprimir el inciso segundo, para permitir que en la audiencia de preparación quede determinado el campo de discusión del juicio oral y evitar así dilaciones innecesarias en este⁷.

Estas argumentaciones no fueron consideradas por el Tribunal. Al respecto, es indispensable considerar que el legislador es competente para determinar los parámetros dentro de los cuales se concretizará la racionalidad y la justicia del debido proceso, dentro de las prohibiciones expresas que contempla la Constitución (art. 19 N° 3). Al Tribunal Constitucional le corresponde verificar que los criterios utilizados por el legislador no vulneren el sistema de garantías constitucionales; si va a corregir la decisión cuestionada, debe explicitar cómo el legislador ha vulnerado la Constitución. En el caso que nos convoca, construir la igualdad ante la ley desde la igual calidad de partes en un proceso, sin detenerse a analizar si las diferencias entre estas podrían legitimar o no la diferenciación normativa, no es suficiente.

⁷ LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, MOIS FREIWIRTH, Martín y otros, *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia sistematizada y Concordancias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. 2, pp. 449, 459, 451.

BIBLIOGRAFÍA

- CAROCCA PÉREZ, Alex, *La defensa penal pública*, Santiago, LexisNexis, 2002.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, MOIS FREIWIRTH, Martín y otros, *Reforma Procesal Penal, Génesis, Historia sistematizada y Concordancias*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.