



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento por inaplicabilidad por inconstitucionalidad; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita suspensión del procedimiento y notificación; **TERCER OTROSÍ:** Se traiga a la vista expediente; **CUARTO OTROSÍ:** Solicita notificación que indica; **QUINTO OTROSÍ:** Reserva; **SEXTO OTROSÍ:** Téngase presente.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

GABRIEL LARA GOMEZ, abogado, cédula nacional de identidad N° 10948642-6, con domicilio en Av. Providencia 1208 oficina 1607, Comuna de Providencia, por sí, a US, con respeto digo:

Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República; 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional N° 17.997, vengo en interponer recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo, en contra del precepto legal contenido en el inciso 2° del artículo 277 del Código Procesal Penal, particularmente respecto de la oración "Cuando lo interpusiere el Ministerio Público", la oración "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente", y la oración "por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía", por resultar contrario del derecho constitucional a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°, inciso sexto), así como al derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos en materia procesal (artículo 19, N° 3°, inciso primero), respaldado, también, por el derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°, inciso segundo), respecto de su aplicación concreta en la causa RUC 190069430-7, RIT 12- 2019, seguida ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane, por el supuesto delito abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 en relación al artículo 361 N° 1 y 2, ambos del código penal, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer:

I.- ANTECEDENTES DEL REQUERIMIENTO

Habiendo cerrado la investigación el Ministerio Público presenta acusación la que en lo medular sostiene:

“Que el día 16 de enero del año 2019 cometo el delito de Abuso Sexual, en grado consumado, descrito y sancionado en el artículo 366 en relación al artículo 361 N° 1 y 2, ambos del código penal, en el Sector Rincón Alto s/n comuna de Tortel, siendo la víctima la adolescente de iniciales M.P.C.O., y la descripción de los hechos típicos consisten en síntesis en haber realizando en pasarela ubicada en el sector indicado actos de relevancia y significación sexual en su contra consistentes en tocamientos con sus manos en sus zonas erógenas, pechos, glúteos por encima de la ropa.

Se señala que concurre respecto del imputado la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo 11 N° 6 del Código Penal, que el delito se encuentra en grado de consumado, y que hay participación en calidad de autor de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, y a juicio de la fiscalía son aplicables los artículos 1, 15 N° 1, 366 en relación al artículo 361 N° 1 y 2, y la pena propuesta es de 4 años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales generales que correspondan y especiales del artículo 372 del Código Penal y las costas de la causa.

Además se ofrece por parte de la Fiscalía prueba testimonial (15 testigos), pericial (6 en total), documental y otros medios de prueba (4 medios)”

El Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane, con fecha veintisiete de noviembre de dos mil veinte tiene por formulada la acusación del Ministerio Público, y cita a los intervinientes a AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL, PARA EL DÍA 19 DE ENERO DE 2021, A LAS 09:30 HORAS.

Además, existe acusación particular de querellante en términos casi análogo con la salvedad de invocación de una agravante.

Sin perjuicio de encontrarse pendiente la audiencia preparatoria de juicio y, de la indeterminación de la prueba a presentar por esta parte, consideramos que todo esto es ajeno a la órbita de atribuciones de este Excelentísimo Tribunal, por lo cual este requerimiento no podrá ser censurado ni perturbado bajo la justificación de encontrarse dentro de un control abstracto de inhabilidad por inconstitucionalidad.

PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

A.- ARTÍCULO 277 INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita a este Excelentísimo Tribunal Constitucional es el contenido en el artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal, que establece que: “El auto de apertura sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”. Esto específicamente respecto de la oración “Cuando lo interpusiere el Ministerio Público”, la oración “de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”, y la oración “por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía”

El inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, establece que: “... del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

Lo cierto es que como consta en la Historia del Código Procesal Penal, antes de su texto definitivo el artículo 277 disponía que el auto de apertura no sería objeto de recurso alguno, pero el Senado modificó esta norma del proyecto original ya que: “... podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que pueden estimarse dilatorias porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin

revisión posterior". (Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Historia de la Ley, Boletín 1630-03, Primer Trámite Constitucional, Tomo II, página 338).

Así las cosas en el trámite legislativo del Código Procesal Penal, se terminó estableciendo un recurso sólo a favor del ente persecutor, sin apreciarse en ese momento la enorme desigualdad en que quedaban los demás intervinientes del proceso, afectándose principios que inspiran el proceso adversarial como lo son la igualdad de armas, y el libre acceso a la justicia, de suerte que la discriminación consagrada en el artículo 277 del Código Procesal Penal a favor del Ministerio Público y en desmedro del resto de los intervinientes del proceso penal carece de sustento racional.

Entonces existe una gran desigualdad que consagra este principio legal ya que designa como único legitimado activo del recurso de apelación al Ministerio Público en desmedro de los demás intervinientes, eliminando el derecho de los demás a instar por la revisión de las decisiones adoptadas en una audiencia tan importante como lo es la preparación de juicio oral por parte de un superior jerárquico. De esta manera la pretendida justificación de que el conceder un recurso amplio en la materia significaría una paralización del proceso penal, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les excluyera, no constituye por sí sola justificación suficiente para restringir los derechos de los demás intervinientes, menos aún de la defensa del acusado en el Proceso Penal.

Nuestra Carta Magna asegura a todas las personas, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado, y el propio artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental inciso 6 confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un justo y racional procedimiento. Se hace necesario el destacar que más allá de la discusión existente en cuanto a que debemos entender por debido proceso lo cierto es que es pacífico en cuanto a que debemos entender su contenido a lo menos contempla el derecho a ser oído, el de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y el de recurrir en contra de las sentencias que le son agraviantes a sus derechos. Así las cosas, el derecho de probar

aspectos de hecho de cuestiones esenciales en la discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por ende, nadie puede arbitraria o ilegalmente privar a uno de los litigantes de este derecho y, menos aún a la defensa de un acusado.

1.1.- RANGO DE PRECEPTO LEGAL DE LA NORMA CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA.

Este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha resuelto que la expresión "precepto legal" es equivalente a la de norma jurídica de rango legal que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así se ha resuelto que: "... para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a los que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa, sino que se baste a sí misma o sea autosuficiente" (Rol N° 1535-09).

En el presente libelo se solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 277 del Código Procesal Penal en su inciso 2° el que dispone: "El auto de apertura solo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo precedente". De esta manera la oración que se recurre oración "Cuando lo interpusiere el Ministerio Público", la oración "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente", y la oración "por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía", son un precepto legal por que tienen su propia autonomía, están contenida en una ley y se bastan a sí misma, ya que la referencia dispone que el único legitimado activo del recurso es el Ministerio Publico

Asimismo, este Excelentísimo Tribunal ha declarado que la Carta Fundamental no ha establecido diferencias con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente

que pueda resultar decisivo en la resolución del asunto (Rol 472-2006).

En este sentido se ha resuelto también que: "... como puede apreciarse la frase aludida, cuando lo interpusiere el Ministerio Público, es obviamente un precepto legal en los términos que señala el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, desde que tiene autonomía propia y se basta a sí misma" (Rol 1535-09)

1.2.- GESTIÓN PENDIENTE Y CARÁCTER DECISIVO DEL PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO.

Si bien, como se expresó en el acápite de antecedentes del presente requerimiento la audiencia de preparación de Juicio Oral se encuentra pendiente de celebración para el día 19 de enero de 2021, a las 09:30 horas, lo cierto es que el artículo 93 de la Carta Magna establece como requisito para admitir a tramitación una acción: "... la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación este fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley".

Así las cosas, lo necesario es que el precepto legal sea susceptible de aplicarse en la gestión que se encuentra pendiente, es decir, que exista un efecto contrario a la Constitución y que la acción pueda evitar. Por tanto, lo que se exige es "Posibilidad y no certeza de la aplicación del precepto en la gestión pendiente" (Jorge Correa Sutil, "Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, año 2011, página 89). Como correctamente expresa el citado autor basta con que el precepto pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, y en el mismo sentido la jurisprudencia de este excelentísimo Tribunal ha resuelto: "... para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad es suficiente la posibilidad y no la certeza plena de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado" (Rol 808).

Entonces, en forma consistente se ha expresado que la decisión de aplicar o no un precepto a ciertos hechos es tarea del juez de fondo, para lo cual se efectúa un examen de legalidad y no de Constitucionalidad, pero el evitar que se pueda aplicar un precepto que producirá efectos contrarios a la Constitución, y en que para adoptar esa decisión preventiva en defensa de la supremacía constitucional basta entonces con que la aplicación del precepto impugnado sea posible.

Es más se ha fallado que: "Por lo expresado reiteradamente esta Magistratura ha insistido en que, en concordancia con lo dispuesto en el N° 6 del inciso 1°, e inciso 11°, del artículo 93, de la Constitución, para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar en derecho aplicable" (Roles 501, 505 y,790)

Entonces ciertamente encontrándonos en un procedimiento ordinario de acción penal pública, con una audiencia de preparación de juicio oral pendiente nos encontramos dentro del parámetro de posibilidad de aplicación del artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal, en los términos exigidos para proceder a admitir a tramitación el presente requerimiento.

Asimismo lo decisivo del precepto impugnado dice relación con la garantía de la defensa de poder presentar y rendir prueba de descargo, y de cuestionar la prueba de cargo, sea por ilicitud o por otra causal legal.

De esta manera la disposición contenida en el artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal impide impugnar una resolución judicial de importancia manifiesta, ya que es precisamente la que determina las pruebas que serán conocidas por el Tribunal Oral, de lo que dependerá en definitiva la absolución o condena de un imputado

En definitiva, la restricción arbitraria establecida por el legislador a través de la norma que motiva el presente requerimiento importa una grave discriminación y afectación de los derechos más básicos de la defensa, que se traducen en la afectación del principio de igualdad de armas, ya que sólo concede derecho al recurso si este es interpuesto por el Ministerio Público y sólo en el evento de exclusión de pruebas por infracción de garantías.

1.3.- NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS POR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 277 INCISO 2° A LA GESTIÓN PENDIENTE.

El precepto legal que es objeto de este requerimiento de inaplicabilidad dispone que el auto de apertura de juicio oral será apelable cuando lo interpusiere el Ministerio Público, por la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, dejando sin recurso a los demás intervinientes lo que es especialmente grave en el caso de las defensas, en razón que los preceptos legales impugnados atentan en contra del derecho constitucional a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°, inciso sexto), así como al derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos en materia procesal (artículo 19, N° 3°, inciso primero), respaldado, también, por el derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°, inciso segundo).

A.- INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19, N° 3°, INCISO PRIMERO Y AL ARTÍCULO 19, N° 2°, DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Política de la República, asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 2 la igualdad ante la ley y, el igual acceso a la justicia; proscribiendo cualquier discriminación arbitraria y, el artículo 19

Nº 3 inciso 1º consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

De esta manera el precepto legal contenido en el artículo 277 inciso 2º del Código Procesal Penal, es constitucionalmente inadmisibile en cuanto a la diferencia de trato que consagra, en cuanto priva exclusivamente a la defensa del derecho de impugnar una resolución de tal entidad y relevancia como lo es el Auto de Apertura de Juicio Oral, en la cual, el juez de garantía puede excluir prueba ofrecida que es esencial a la teoría del caso, o a la inversa incluir erradamente prueba de cargo; lo cual es especialmente grave en el caso que nos convoca.

Es más y como ha resuelto este Excelentísimo Tribunal Constitucional, si el Ministerio Público fuera el único interviniente, no sería arbitraria la discriminación porque es razonable que sólo a él se le otorgue el derecho a recurrir, pero nuestro sistema procesal penal consagra un régimen adversarial acusatorio en el cual existen más intervinientes, y especialmente la defensa que debe litigar con algún sentido de contrapeso frente al ente persecutor, debiendo garantizarse un margen igualitario de derechos y deberes, más aún ad portas de una de las audiencias más relevantes del procesal penal ordinario, como lo es la audiencia de preparación de juicio oral, en términos tales que si se otorga recurso sólo al Ministerio Público se vulnera la garantía de igualdad ante la ley, consagrada por el artículo 19 Nº 2 de la Constitución.

El precepto impugnado no ha señalado la imposibilidad absoluta de apelación de la resolución del juez de garantía, sino que estableció una diferenciación entre el Ministerio Público y el imputado en relación a la apelación de la exclusión de prueba por el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Ante igual situación, la norma impugnada privilegia al persecutor público por sobre el imputado. Al primero se le concede el derecho a apelar, mas no al segundo. Este tratamiento diferenciado establecido por la ley es arbitrario. No existe, como se verá, justificación razonable alguna que sustente la discriminación señalada y que constituye una abierta transgresión a la "igualdad de armas" en el ámbito procesal.

A su vez en la práctica judicial se da el caso que el Ministerio Público puede apelar por la no exclusión de prueba de descargo, y dicha opción no es posible para la defensa con el fin de apelar por la no exclusión de la prueba de cargo.

Como indica la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se justifica dicha diferencia de trato, en razón de lo siguiente:

Primero, se ha planteado que las frases impugnadas del artículo 277, inciso segundo, solamente hacen referencia a la posibilidad de apelación por parte del Ministerio Público debido a que el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal no admitiría la exclusión de prueba de descargo, ya que el sentido de la exclusión de una prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales radica en la preservación de la legitimidad de un acto de fuerza estatal, como es el ejercicio del ius puniendi. Se trata de una apreciación que puede tener algún respaldo doctrinario, pero que difícilmente puede considerarse un argumento a favor de la posición por rechazar el requerimiento. En efecto, por un lado, la mencionada concepción doctrinaria entiende la exclusión de prueba como una herramienta limitativa de la actuación del persecutor penal y, por el otro, resulta indesmentible que ha habido interpretaciones de nuestros tribunales que han respaldado la posibilidad de exclusión de prueba presentada por imputados, como se realizó, de hecho.

Segundo, se ha pretendido demostrar que quienes han sido objeto de un tratamiento opuesto por parte del precepto legal impugnado no se encontrarían en la misma situación si se mira el proceso en su globalidad, pues las partes tienen roles y exigencias diferenciadas. En oposición a lo recién manifestado, se indica por el propio Tribunal Constitucional, que en un proceso contradictorio es de la esencia que el persecutor y el imputado tengan roles distintos, lo cual en modo alguno justifica quebrantar la necesaria igualdad para impugnar que debe existir frente a un aspecto clave de todo proceso como es la admisibilidad o exclusión de una prueba.

Y, tercero, se sustenta la posición de que sólo el Ministerio Público puede apelar en la necesidad de contar con pruebas suficientes y

pertinentes para maximizar la eficiencia en la utilización de recursos públicos por parte de dicho ente.

Al respecto, cabe hacer los siguientes alcances. Primero, la necesidad de una de las partes de contar con pruebas suficientes y pertinentes puede justificar el derecho de apelación ante la exclusión de pruebas por parte del juez de garantía, pero no constituye una justificación de por qué debe facilitarse la actividad probatoria de quien acusa en desmedro de quien se defiende, quien no contaría con igual derecho de acuerdo a lo dispuesto en el precepto legal impugnado. Si se ha de argüir a favor de la economía procesal, y sin entrar al análisis de su aplicación en el ámbito penal, ¿por qué tendría que contemplarse, en primer lugar, un recurso de apelación?

Segundo, el argumento por rechazar aludido coloca el foco de la argumentación en las tareas del Ministerio Público (una de las partes del proceso) y no en la administración de justicia por parte de los Tribunales. No es admisible un desigual tratamiento de la ley sobre la base de privilegiar la eficiencia y eficacia en la persecución de delitos a costa del objetivo central del sistema del cual la actividad del Ministerio Público es sólo un componente: resolver conflictos, respetando el debido proceso, para la consecución de un resultado justo.

En conclusión, las disposiciones legales impugnadas infringen el artículo 19, N° 3°, inciso primero, y el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la [Constitución Política de la República](#), a no existir la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (igualdad de armas) y, del derecho a que la ley no establezca una discriminación arbitraria, al señalar que sólo el Ministerio Público se encuentre legalmente habilitado para apelar

B.- INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19 N° 3, inciso sexto

Asimismo, en relación con la afectación del artículo 19 N° 3 incisos 6°, se debe expresar que en nuestra Constitución se distingue, de un lado, la noción de proceso previo legalmente tramitado y, del otro, las garantías

de un procedimiento racional y justo. Lo relevante en esta última garantía es la igualdad de armas entre las partes para desplegar la prueba, es un elemento fundamental para la determinación del resultado del juicio.

Siguiendo este orden de ideas, la contradicción esencial al debido proceso se da en el derecho de apelar por parte del Ministerio Público respecto a la resolución del Juez de Garantía que excluye alguna prueba, por aplicación del inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, de aquí nace la justificación de la misma manera y con la misma fuerza que la defensa tenga igual derecho. Y en nuestra acontece lo mismo cuando no se permite apelar de la resolución que incluye prueba de cargo de la Fiscalía y respeto de lo cual el imputado no puede hacer absolutamente nada.

En efecto, entre otros los artículos 1, 5, 7, 8, 9, 10, 98, 93, 160, 373 letra a) y, 374 del Código Procesal Penal, entre otros del mismo cuerpo legal, consagran la garantía del debido proceso, sin embargo, y según ya se indicó, en manifiesta contradicción con lo anterior, el artículo 277 inciso 2° del mismo cuerpo legal, cercena una de las garantías fundamentales que componen dicha noción.

En el ámbito no penal la segunda instancia se vincula directamente al principio de igualdad y a la posibilidad de error, en el ámbito penal la problemática del recurso, generador o no de instancia, es un problema de garantías y de garantías de los derechos más fundamentales de los ciudadanos frente a la más radical forma de injerencia que conoce el estado de derecho; por ende, con independencia del problema de la segunda instancia, el derecho al recurso es condición de la salvaguarda de los derechos más importantes de los habitantes de la República.

En los primeros comentarios a la disposición Constitucional en referencia José Luis Cea Egaña vincula explícitamente el derecho al recurso al carácter racional y justo del proceso, como parte del contenido mínimo de dicha exigencia, lo que este autor ha reiterado con igual claridad en trabajos más recientes. Así, señala ahora "... habría que agregar otros presupuestos igualmente esenciales ... entre los últimos tal imperativo cubriría la facultad para interponer recursos ... todos y cada uno de los elementos

mencionados son de la esencia de un proceso racional y justo, pero ellos no agotan las exigencias de la racionalidad y la justicia" (Cea Egaña, José Luis, Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías Constitucionales, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, páginas 274 y siguientes; el mismo, El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia 1999, páginas 275 y 276)

Desde una perspectiva Constitucional Juan Colombo Campbell apunta: "... el artículo 19 N°3 es una de las disposiciones más fundamentales que contempla la Constitución Política de la República para todo el Derecho Procesal Chileno, pues contiene las principales garantías que debe cumplir el legislador al dictar leyes de organización judicial y de procedimiento, para que las personas obtengan en los procesos una solución justa, eficaz y duradera de sus conflictos. Las garantías generales que establece la disposición son: Derecho de recurrir contra una sentencia desfavorable" (Colombo Campbell, Juan, La Judicatura, Bases Constitucionales del Derecho Procesal ... cit. Página 565).

Pero, como lo reconoce ampliamente la doctrina y la jurisprudencia penal comparada los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos públicos de los ciudadanos, además configuran un orden objetivo de valores, y en esa medida, hay un interés estatal en su preservación; desde esta perspectiva pasa a ser relevante para los restantes actores del proceso penal y por encima de ellos, para los órganos jurisdiccionales la corrección de dichos vicios e infracciones.

A todo lo anterior, pueden sumárseles los fundamentos clásicos de los recursos en la dogmática procesal, la posibilidad de error y, la insatisfacción de la parte; circularmente en segundo fundamento recién apuntado nos remite de vuelta a los derechos fundamentales del imputado, mientras el primero se remite al interés estatal en el orden objetivo de valores.

En la suma, entonces, el derecho del imputado al recurso tiene rango constitucional y no puede ser desconocido por el legislador sin incurrir en inconstitucionalidad, llevando de paso al juez que aplica la

norma inconstitucional a provocar un resultado inconstitucional.

Además, tal como se asentó en las disidencias estampadas en las sentencias del Tribunal Constitucional roles N°s 2354 y 2323, la anterior vulneración al derecho a un procedimiento justo y racional no decae por considerar que, en primer lugar, la apelación sería un recurso de carácter excepcional en el sistema de recursos diseñado por el Código Procesal Penal. Ni tampoco, por cuanto el agravio en cuestión podría corregirse vía recurso de nulidad.

En síntesis, en nada afecta el hecho de que el recurso de apelación, en general, tenga procedencia excepcional en el Código Procesal Penal. Ello, pues lo que importa para el presente caso no es discurrir sobre la procedencia general de la apelación, sino que se circunscribe al ámbito específico delimitado por el precepto impugnado, en el que, si procede la apelación, pero ésta se concede sólo a uno de los sujetos procesales, en desmedro de los demás. Por tanto “no es relevante la constatación global de que el modelo que sustenta el procedimiento penal cuenta con menos posibilidades de apelación” (Motivo 9° disidencia Rol N° 2323, motivo 9°, disidencia Rol N° 2354). Y a lo anterior se agrega el ámbito restringida de la misma por los motivos del inciso 3 del 276, y tampoco respecto a la inclusión o no exclusión de la prueba de cargo.

1.4.- CONSECUENCIA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN DE APLICAR EL ARTÍCULO 277 INCISO 2°.

La imposibilidad de recurrir por parte de esta defensa respecto de prueba que se excluya (o incluya la de cargo) constituye una grave desigualdad entre los intervinientes del proceso penal, más aún si se considera que nos referimos al imputado acusado frente al Ministerio Público y, además atenta en contra de la garantía de un justo y racional procedimiento en los términos que se expresaron en el acápite anterior.

Es el propio Tribunal Constitucional, en ocasiones anteriores, aludiendo a quienes poseen la calidad de intervinientes según el artículo 12 del Código Procesal Penal, y a propósito del mismo precepto ahora cuestionado, ha precisado 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 sólo uno de los dos agraviados por la resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar” (STC roles N°s. 1502, Considerando 8° y, 1535, Considerando 28°)

Tan relevante es en este caso la desigualdad en que deviene la aplicación de la norma impugnada que deja en mucho mejor posición al Ministerio Público frente al órgano jurisdiccional que a la defensa, más aún si se considera que en el caso del Ente Persecutor el órgano jurisdiccional actuará sobre la base de la existencia de dos controles uno horizontal y otro de carácter vertical y en el caso de esta defensa solo se aplicaría el primero de ellos. De esta manera se produce una completa asimetría entre Defensa y Ministerio Público lo que podría implicar dejar en la indefensión al imputado.

De otro lado, se debe tener especialmente presente lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que impide al legislador establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho a acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes.

En dicho orden es el Tribunal Constitucional que demuestra que la aplicación de las disposiciones legales objetadas causa una situación de indefensión procesal, y que dicho estado de desamparo no es evitable dado la carencia o precariedad de resguardos procesales¹.

Así, en definitiva, se argumenta por el Tribunal Constitucional, en primer lugar, que la actividad probatoria de la defensa puede ser determinante para el resultado del juicio, y que la presunción de inocencia no desvirtúa la utilidad de la prueba de descargo. Y, en segundo lugar, examina críticamente los argumentos (usualmente enarbolados por quienes están por rechazar este tipo de requerimientos) que intentan

¹ Sentencia n° Rol 3197-16 de Tribunal Constitucional, 11 de Julio de 2017

minimizar el valor de la apelación en el proceso penal en general y desestimar su procedencia en casos de exclusión de prueba (de descargo) en particular. Esto último permite confirmar la precariedad de los supuestos resguardos procesales que remediarían los efectos negativos de no poder apelar ante una decisión agravante y potencialmente determinante.

1. LA PRUEBA DE DESCARGO PUEDE SER DETERMINANTE PARA EL RESULTADO DEL JUICIO.

Una divergencia argumentativa esencial de cara a la controversia constitucional de autos dice relación con el grado de importancia o irrelevancia de la prueba de descargo en el proceso penal y, por derivación, de la posibilidad de apelación ante su exclusión por un juez de garantía. En este sentido, un argumento central de quienes rechazan este tipo de requerimientos de inaplicabilidad consiste en subrayar que debido a que el imputado goza de la presunción de inocencia, no está obligado ni necesita probar nada en el proceso.

Para ilustrar con rigurosidad lo anterior transcribimos el considerando 23° del voto disidente -por el rechazo- de la STC Rol N° 2628: “a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Público, el imputado goza de una protección, que la legislación ha elevado a la calidad de derecho: la presunción de inocencia (artículo 4° del Código Procesal Penal). El imputado no tiene que probar nada en el proceso. La carga de la prueba recae en el acusador. El imputado sólo tiene que defenderse”.

Que, al contrario de lo argumentado precedentemente, es posible sostener, en primer lugar, que la presunción de inocencia, más que un privilegio específico adicional del imputado (que, por lo mismo, ameritaría una restricción procesal especial) es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. De hecho, hay a lo menos dos aspectos procesales reconocidos en el Código que no debieran llamar la atención: (a) la actividad probatoria del imputado, y (b) el trámite de apelación de una resolución que excluya una prueba. Lo que es sí es

curioso, como se ha resaltado, es que la apelación sólo proceda respecto de una de las partes.

Y, en segundo lugar, que la actividad probatoria del imputado que se defiende no puede considerarse inútil en atención a dicha presunción, debido a que existen hipótesis probatorias cuya comprobación sólo puede realizarse a través de una defensa activa. La actividad de la defensa no se reduce simplemente a negar los hechos imputados a su defendido.

RECONOCIMIENTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL IMPUTADO Y SU EVENTUAL UTILIDAD PARA EL RESULTADO DEL JUICIO.

Que, en efecto, el artículo 263 establece que señalar medios de prueba de descargo es una facultad del acusado. Además, dicho Código le da particular importancia al ejercicio de esta facultad, dado que permite que sean presentados los medios de prueba del acusado hasta el inicio de la audiencia de preparación de juicio oral, verbalmente, e incluso – como señala el artículo 278 del Código procesal Penal – el juez de garantía puede suspender la audiencia de preparación de juicio oral cuando comprobare que el acusado no hubiere ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables. Finalmente, el Código Procesal Penal señala, expresamente, que el acusado debe señalar los medios de prueba en los mismos términos que el Ministerio Público. Entonces, no parece correcto señalar que el imputado no tenga que probar nada en el proceso, o que no le corresponda presentar prueba. El mismo Código Procesal Penal prevé dicha posibilidad y la regula en su presentación en igualdad de condiciones que la prueba del Ministerio Público.

UTILIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LA DEFENSA EN CONSIDERACIÓN A DISTINTOS TIPOS DE HIPÓTESIS (CONTRARIAS, INCOMPATIBLES Y VINCULADAS).

Que una consideración adicional a tener presente para desmentir la supuesta inutilidad de la actividad probatoria del imputado de cara a la

presunción de inocencia dice relación con el tipo de situaciones probatorias. En un contexto en donde la determinación judicial de los hechos no se plantea en términos de la certidumbre fáctica absoluta (el estándar en materias penales es aquel en que la prueba permite arribar a un grado de convicción más allá de toda duda razonable), las posibilidades probatorias no tienen por qué reducirse a la comprobación o no de hipótesis simples por parte de quienes acusan. Una defensa activa también puede intentar probar hipótesis que permitan, al menos, acreditar que sí existe una duda razonable. Por ejemplo, se pueden probar, en primer lugar, hipótesis contrarias. Esto ocurrirá cuando la hipótesis afirmativa sobre un hecho pretende ser desvirtuada probando una hipótesis negativa sobre la existencia del mismo hecho. En segundo lugar, también puede probarse una hipótesis incompatible: se prueban hechos distintos, pero que resultan incompatibles con la hipótesis de la parte acusadora. Y, en tercer lugar, la defensa puede intentar probar una hipótesis sobre hechos que sin ser incompatibles están jurídicamente vinculados. Esto ocurre cuando la defensa, por ejemplo, alega e intenta probar la existencia de hechos extintivos, modificatorios o impeditivos que permiten incidir en la calificación jurídica del supuesto de hecho sustancial.

No se olvidar que por lo general los medios de prueba de descargo se orientan a demostrar la inocencia del imputado, o para acreditar que le beneficia alguna causal eximente (completa o incompleta) o modificatoria de responsabilidad. Lo anterior exige una actividad probatoria activa por parte de la defensa del imputado. Tal como se señaló en un fallo anterior del Tribunal Constitucional, "negarle o restringirle indebidamente la producción de las pruebas que le favorezcan, significa hacer depender su absolución o condena de la actividad probatoria del Ministerio Público y del querellante, si lo hubiere" (STC, Rol N° 2628, c. 11°)

Que, efectivamente, el artículo 277 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo, contempla únicamente el recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio oral dictado por el juez de garantía, cuando lo interponga el Ministerio Público por exclusión de pruebas provenientes de

actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales, excluyendo en todo caso su interposición por otros intervinientes en el proceso penal, entre los cuales se encuentran los imputados, y poder interponerlo por las otras causales de exclusión contempladas en los incisos primero y segundo en el citado art. 277, y por inclusión o no exclusión de la prueba de cargo.

En síntesis existe vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Constitución, especialmente en cuanto prohíbe el establecimiento de discriminaciones arbitrarias (inciso segundo). Dicha vulneración se hace residir, específicamente en una infracción al principio de igualdad de armas, pues la norma reprochada sólo permite que el Ministerio Público impugne, por vía de apelación, el auto de apertura del juicio oral y siempre que la exclusión se hubiere sustentado en la causal señalada en el artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal. La defensa queda desprovista, así, de toda arma para asegurar un justo y racional proceso configurándose una diferencia carente de justificación racional.

Y en este punto es procedente la conclusión del propio Tribunal Constitucional, en caso análogo. ¿Es racional y justo que, por la aplicación de las disposiciones legales impugnadas, el imputado se vea impedido de apelar para que se revise si fue correcta o no la desestimación de la prueba por parte del juez? No. La aplicación de las disposiciones legales impugnadas infringe el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política de la República

A la anterior interrogante cabe una segunda ¿Es racional y justo que, por la aplicación de las disposiciones legales impugnadas, el imputado se vea impedido de apelar para que se revise si fue correcta o no la inclusión o la no desestimación de la prueba del cargo por parte del juez? No. La aplicación de las disposiciones legales impugnadas infringe el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política de la República

Por otra parte, se sostiene la vulneración de la igual protección en el ejercicio de los derechos asegurada por el artículo 19 N° 3°

constitucional, desde el momento que el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal restringe el derecho al recurso dejándolo reservado, en forma exclusiva y excluyente, al Ministerio Público. Ello no garantiza, ciertamente, el derecho a un proceso justo y racional. Entonces ¿Es respetuoso del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (igualdad de armas) y, a nivel más general, del derecho a que la ley no establezca una discriminación arbitraria, que sólo el Ministerio Público se encuentre legalmente habilitado para apelar? La respuesta, es negativa. En efecto, las disposiciones legales impugnadas infringen el artículo 19, N° 3°, inciso primero, y el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, como ya se argumentó.

Además la problemática se plantea no sólo por tema de exclusión de prueba de descargo, sino también por la inclusión o la no exclusión de la prueba de cargo del Ministerio Público en la audiencia de auto apertura de juicio a realizar, y en razón, recogiendo argumentos ya dados por el Tribunal Constitucional, que la llamada igualdad de armas, en materia de recursos, exige – salvo que haya una razón que lo justifique- que las distintas partes o intervinientes en un proceso tengan la misma posibilidad de impugnar las resoluciones que les perjudiquen, sobre todo si ellas inciden en un aspecto clave de un proceso, cual es la admisibilidad o la exclusión de ciertas pruebas, y en nuestra opinión también procede la apelación en los casos de admisibilidad de la prueba de cargo, por lo que reducir la posibilidad sólo al caso de “exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía”, y no para el caso de “inclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía” previo ofrecimiento del Ministerio Público, y en este caso no es menor en razón que el Ministerio Público ya expone la prueba que ofrecerá en la audiencia del 19 de Enero del 2020, y respecto a la inclusión de la prueba ofrecida por la Fiscalía se puede acceder a ella sin respecto a las causales de exclusión indicadas en el art. 276, ya citado, y no es posible entablar recurso de apelación en contra de la resolución que declara admisible o incluye prueba de cargo de la Fiscalía, lo que quebranta el principio de igualdad y la posibilidad de una revisión vertical de lo decidido. La aplicación de las disposiciones legales impugnadas en

este punto en concreto infringe el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución Política de la República, cuyos argumento reproduzco en su integridad.

Si bien parte de la doctrina sostiene que es el persecutor quien aporta la prueba, no debe desconocerse que la defensa no tiene un rol meramente pasivo, pues al plantear su teoría del caso, la defensoría sostiene hechos que requieren de prueba

En la audiencia de auto apertura del juicio, regulado en el artículo 277 del Código Procesal Penal, en aquella parte que señala "cuando lo interpusiere el Ministerio Público", "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente", y "exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía", y de no aplicarse tales frases, implicaría necesariamente que la defensa puede recurrir de aquellas resoluciones que excluyen prueba de descargo y las que NO excluyen o incluyen prueba de cargo, en los mismos términos que el Ministerio Público, restableciéndose el equilibrio e igualdad de armas legales, y por la causales indicadas en los incisos 1,2, y 3 del art. 276, y no sólo por el inciso 3, enmendándose el imperio constitucional, al establecer la igualdad de los recursos para los intervinientes, y al respecto, no cabe duda alguna que, al declararse la inaplicabilidad de las tres frases del artículo 277, inciso segundo, ya indicadas, la Corte de Apelaciones competente deberá acoger el recurso deducido por la defensa y, con ello, entrar a revisar si la exclusión de la prueba ofrecida se ajusta a derecho o no, y lo mismo respecto a la inclusión de prueba del Ministerio Público.

POR TANTO, de acuerdo con lo expuesto, y dispuesto en los artículos 93 N° 6 de la Constitución Política de la República,

A Usía Excelentísima Pido, acoger a tramitación el presente requerimiento, declarando admisible y, en definitiva acogerlo en todas sus partes, declarando inaplicable el artículo 277 inciso 2° del Código Procesal Penal, en particular de la oración "Cuando lo interpusiere el Ministerio Público", la oración "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente", y la oración "por la exclusión de pruebas decretadas

por el juez de garantía”, por resultar contrario a las normas constitucionales a un procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°, inciso sexto), así como al derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos en materia procesal (artículo 19, N° 3°, inciso primero), respaldado, también, por el derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°, inciso segundo), respecto de su aplicación concreta en la causa RUC 190069430-7, RIT 12- 2019, seguida ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane, y, en definitiva declarar inaplicables para la gestión pendiente las normas recurridas, por resultar contrario a la Constitución Política de la República

PRIMER OTROSÍ: Solicito a V.S.E., tener por acompañado en la forma legal el siguiente documento:

1° Certificado de Gestión Pendiente expedido en la causa RUC 190069430-7, RIT 12- 2019, seguida ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane

2° Copia de acusación fiscal y resolución recaída en la misma.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a V.S.E., de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 inciso 11 de la Constitución Política de la Republica y en artículo 85 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se disponga la suspensión del procedimiento que incide la presente solicitud de inaplicabilidad, suspendiendo todo acto jurídico procesal que Ss., determine, en los autos RUC 190069430-7, RIT 12- 2019, seguida ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane

La presente solicitud se justifica por el grave perjuicio que puede causar a esta parte de seguirse la tramitación del procedimiento, que incide la presente acción de inconstitucionalidad, solicitando desde ya, que dicha suspensión se notifique por la vía más rápida al Tribunal de primera instancia.

TERCER OTROSÍ: Solicito a V.S.E., se traiga a la vista como medida para mejor resolver, los autos en que incide el presente requerimiento:

- causa RUC 190069430-7, RIT 12- 2019, seguida ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia Baker-Cochrane de Cochrane

CUARTO OTROSÍ: A S.S PIDO A US PIDO que las notificaciones que se efectúen en el presente juicio a esta parte, se realicen al correo glaragomez@gmail.com que corresponden al e-mail del abogado patrocinante

QUINTO OTROSÍ: Teniendo presente el principio del bien superior del menor, los problemas de re victimización, el principio de inocencia, y que el tribunal de instancia mantiene en reserva los antecedentes para terceros, es que solicito se haga excepción al principio de publicidad ordenando la reserva del presente requerimiento salvo para las partes.

SEXTO OTROSÍ: SIRVASE S.S., tener presente que en mi calidad de abogado, compareceré y actuare personalmente en esta gestión, y teniendo como domicilio laboral Av. Providencia 1208 oficina 1607, Comuna de Providencia, ciudad de Santiago.