

Santiago, nueve de septiembre de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 2 de octubre de 2009, el abogado Juan Ignacio Piña Rochefort, en representación del señor Nelson Arnaldo Pino San Martín, presentó un requerimiento de inaplicabilidad de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación con la causa RUC N° 0800510604-5, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso.

Señala que, con fecha 17 de agosto de 2009, tuvo lugar la audiencia de preparación del juicio oral del señor Pino San Martín, quien fue acusado por el Ministerio Público por el delito de parricidio de doña Elizabeth Vivanco Vivanco, ocurrido con fecha 7 de junio de 2008.

En ella se procedió a la discusión sobre la exclusión de prueba. En su contestación de la acusación y al ofrecer las probanzas, la defensa del imputado hizo valer antecedentes de la víctima esenciales para desacreditar la supuesta convivencia entre ambos.

Hace presente que tanto el Ministerio Público como la querellante particular sostienen que, entre ellos, que no estaban casados, existía una relación de convivencia que fundamenta que el delito sea considerado como parricidio y no como homicidio, con la correspondiente agravación de la pena.

Por este motivo, su parte incorporó documentos que daban cuenta de que el domicilio de la víctima no era el del imputado, por cuanto, al demostrarse la ausencia de

convivencia, no resulta posible calificar el hecho como parricidio. Entre esos antecedentes se encuentran:

a) El certificado de contribuciones de la propiedad en que vivía la víctima, obtenido de la página web del Servicio de Impuestos Internos, y

b) Cartola tributaria de la contribuyente doña Elizabeth Vivanco Vivanco, con mención de la declaración jurada de su domicilio, obtenida de la misma forma.

Según señala el requirente, el Tribunal de Garantía de Viña del Mar excluyó tales pruebas por estimar que ellas fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, esto es, el derecho de propiedad de sus datos y el derecho a la privacidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 276, inciso tercero, del Código Procesal Penal.

Indica el actor que en el caso de que al Ministerio Público se le excluya prueba por el motivo antes indicado, el artículo 277 de dicho cuerpo legal, en su inciso segundo, le concede apelación para que el tribunal de alzada conozca de esa exclusión y pueda dejarla sin efecto. Sin embargo, cuando dicha prueba, por la misma razón, se le excluye a la defensa, no hay posibilidad de que se recurra al tribunal superior porque la ley no ha concedido ese recurso.

Agrega que el motivo por el cual el legislador optó por entregar exclusivamente la facultad de apelar al Ministerio Público resulta relativamente evidente, en atención a que, por dirigir la investigación y tener bajo su mando a los cuerpos policiales, es quien, en primer lugar, puede llevar

adelante diligencias o actuaciones con inobservancia de garantías constitucionales en el marco de su investigación.

Sin embargo, ello no implica, como ha ocurrido en este caso, que un juez de garantía no pueda excluir prueba de la defensa por la misma razón. Sin embargo, en tal situación se la priva de la posibilidad de recurrir de apelación, lo que deja al imputado en la indefensión al respecto.

Señala en tal sentido el actor que el otorgar un recurso a una sola de las partes de un litigio penal, en circunstancias que cualquiera de ellas puede verse afectada del mismo modo por una resolución judicial, constituye una discriminación arbitraria prohibida por el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política.

Indica que no afirma que cualquier trato diverso entre las partes tenga esa naturaleza, pero sí aquel en que la diferencia no puede sustentarse sobre un criterio de razonabilidad. Si sólo al Ministerio Público pudiera excluirse prueba por infracción de garantías constitucionales, sería razonable y no discriminatorio que sólo a él se le otorgara un recurso para reclamar de ello. Sin embargo, cuando a cualquiera de las partes se le puede excluir prueba por el mismo motivo, el concederle el recurso nada más que al Ministerio Público no se condice con criterios de racionalidad.

Agrega que el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, asegura a toda persona la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. El precepto resulta

violado si se otorgan medios especiales de protección a una de las partes en un proceso penal y no así a las demás.

Por otra parte, la norma que se objeta vulnera el derecho a un racional y justo procedimiento, comprendido en el inciso quinto de la misma disposición constitucional. Como consecuencia de ello, una persona ha quedado sometida a un procedimiento judicial desigual, que no le otorga las garantías mínimas de racionalidad y justicia exigidas al legislador y, por lo tanto, no podrá presentar ante el Tribunal pruebas esenciales para su descargo que le permitirían aspirar a una diferente calificación del hecho, con la consiguiente disminución de la pena.

Por resolución de 20 de octubre de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento deducido.

Con fecha 2 de diciembre de 2009, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en su representación, formuló sus observaciones al requerimiento interpuesto.

Luego de señalar que la causa seguida en contra del señor Pino San Martín por los delitos de lesiones menos graves y parricidio se encuentra en el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar y no de Valparaíso, y después de precisar los hechos a que se refiere la acusación, afirma que la acción debe rechazarse por cuanto la disposición legal objetada ya recibió aplicación.

Según la doctrina que cita, el auto de apertura del juicio oral es una sentencia interlocutoria que provoca los

efectos que el derecho atribuye a las resoluciones de esa naturaleza.

Señala que, en este caso, dicho auto es de fecha 24 de agosto de 2009 y que el 1° de septiembre del mismo año el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar lo tuvo por recibido y fijó la audiencia del juicio para el 9 de noviembre de ese año.

Ahora bien, el requerimiento ante esta Magistratura fue presentado el 2 de octubre de 2009, fecha en la cual el auto se encontraba firme, lo que implica que la norma que se impugna ya había sido aplicada y que los efectos de ello se habían consolidado en una decisión ejecutoriada.

De este modo, si lo que el requirente pretende es obtener para sí el recurso de apelación del artículo 277 del Código Procesal Penal, ello exigiría pasar por sobre la decisión judicial firme que se contiene en el auto de apertura, de manera que ya no se trataría de inhibir la aplicación de una determinada disposición legal, lo que a la luz de lo expuesto resulta imposible, sino de intervenir la causa restando eficacia a dicha resolución.

Agrega que el requerimiento interpuesto, considerando el estado del proceso en que incide al momento de su presentación, supondría retrotraer el procedimiento desde la etapa del juicio oral a la de su preparación.

Concluye el Fiscal Nacional expresando que ello excede con mucho el propósito y los objetivos que la Constitución contempla en relación con una acción de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad, razón por la cual el requerimiento debe rechazarse.

Habiéndose traído los autos en relación con fecha 15 de enero de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Juan Ignacio Piña Rochefort, por la parte requirente, Juan Carlos Manríquez Rosales, por la parte querellante, y Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público, el día 5 de agosto del presente año.

CONSIDERANDO:

I. Identificación del conflicto constitucional sometido a esta Magistratura.

PRIMERO: Que, de conformidad con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita la inaplicabilidad del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la parte que dice "cuando lo interpusiere el ministerio público", porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria al artículo 19, N°s 2° y 3°, incisos primero y quinto, de la Carta Fundamental;

SEGUNDO: Que, a este respecto, el actor sostiene que dicho precepto legal impide al imputado apelar en contra del auto de apertura del juicio oral que hubiere excluido pruebas obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales, situación que incide en la causa RUC 0800510604-5, actualmente radicada en el Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, ya que su defensa no podría reclamar ante la Corte

de Apelaciones respectiva aquella resolución que dispuso eliminar parte esencial de la prueba ofrecida, consistente en antecedentes que acreditarían que el imputado no cometió delito de parricidio, sino de homicidio, con el consiguiente efecto respecto de la pena a que puede hacerse acreedor en definitiva;

TERCERO: Que, en lo que hace al artículo 19 N° 2°, inciso segundo, de la Constitución, en cuya virtud “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, el requirente apunta a que el hecho de permitir la apelación a una sola de las partes en un litigio penal, en este caso únicamente al ministerio público, no obstante que cualquiera de ellas puede verse afectada del mismo modo por una resolución judicial de igual carácter, configura una discriminación infundada y carente de razonabilidad;

CUARTO: Que, en lo referente al artículo 19 N° 3° de la Carta, que asegura a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, en el inciso primero, así como “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, en el inciso quinto, el actor objeta que la norma legal impugnada no promueve un igual acceso a la justicia, al conceder mecanismos especiales de protección a una de las partes del proceso penal y no así a las restantes;

QUINTO: Que el aludido artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal prescribe 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. 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”;

SEXTO: Que, tal como se ha considerado en otras oportunidades, se entenderá que la frase “cuando lo interpusiere el ministerio público” de dicho artículo, objetada en este caso, reviste los caracteres de una unidad lingüística constitutiva de un “precepto legal”, en los términos que señala el artículo 93 N° 6° de la Constitución (roles N°s 626; 944, considerando decimoctavo, y 1535, considerandos primero a séptimo, entre otras);

II. Acerca del debido proceso penal.

SEPTIMO: Que, atendidas las razones que se expresan a continuación, esta Magistratura concluirá que la aplicación de esa expresión, contenida en el referido artículo 277, inciso segundo, produce un resultado inconstitucional, habida cuenta que dentro de la causa sub lite, frente a idéntica situación de agravio, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no;

OCTAVO: Que, efectivamente, aludiendo a quienes poseen la calidad de intervinientes según el artículo 12 del Código Procesal Penal, y a propósito del mismo precepto ahora cuestionado, este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar

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 una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar” (rol N° 1535, considerando vigesimooctavo);

NOVENO: Que, para declararlo así, se tuvo especialmente en cuenta que es deber del Estado promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, conforme ordenan sus artículos 5°, inciso segundo, y 6°, incisos primero y segundo, entre los cuales se encuentra el derecho a una tutela judicial eficaz que le asiste a las partes, incluido el imputado, así como el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización, con el propósito de excluir, justamente, cualquier forma de indefensión;

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

III. Acerca de la igualdad ante la ley.

DECIMOPRIMERO: Que, además, esta Magistratura ha tenido ocasión de pronunciarse en cuanto atañe al artículo 19 N° 2° de la Constitución, en el sentido de que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas (roles N°s 53, considerando septuagesimosegundo; 755, considerando vigesimoséptimo; 790, considerando vigesimoprimer; 797, considerando decimonoveno, y 1535, considerando trigesimotercero, entre varias).

Se ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (roles N°s 790, considerando vigesimosegundo; 1138, considerando trigesimoséptimo, y 1140, considerando trigesimoprimer, entre otras);

DECIMOSEGUNDO: 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 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 iguales posibilidades procesales- una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos;

DECIMOTERCERO: Que, en consecuencia, existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no;

IV. Consideraciones finales.

DECIMOCUARTO: Que no será admitida, en este caso, la alegación esgrimida por el Ministerio Público, en orden a que la presente acción tendría que rechazarse porque el precepto objetado ya habría sido aplicado, desde que el auto de apertura del juicio oral dictado por el juez de garantía -a la época del requerimiento- se encontraba ejecutoriado y formalmente recibido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Ello, por cuanto a la firmeza de un acto judicial meramente interlocutorio no puede atribuírsele el alcance de impedir la acción constitucional consagrada en el artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental, máxime cuando su ejercicio busca precisamente, por inaplicación de una norma legal, revisar lo resuelto en esa oportunidad. Ni obsta a su interposición el hecho de que el referido auto haya llegado al tribunal competente, porque de acuerdo al artículo 281, inciso primero, del Código Procesal Penal, eso implicaría

reducir a cuarenta y ocho horas el plazo para recurrir de inaplicabilidad, lo que no se sostiene en derecho;

DECIMOQUINTO: Que tampoco es atendible la alegación de que por acogerse este requerimiento se estaría alterando el itinerario procesal trazado por el Código del ramo, al tener que retrotraerse la situación a un estado de apelación no previsto por dicho cuerpo legal.

Comoquiera, lo anterior, que los órganos del Estado deben adecuar su proceder a las normas superiores previstas en la Constitución, acorde con el artículo 6° de la misma, conforme ordene esta Magistratura en los asuntos sometidos a su jurisdicción;

DECIMOSEXTO: Que, finalmente, no corresponde a este Tribunal sopesar otras eventuales vías procesales con que cuente el requirente para obviar la inconstitucionalidad pedida.

En efecto, la cuestión concreta sometida a la decisión de esta Magistratura no concierne a la posibilidad de entablar el recurso de nulidad a que alude el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, sino que a la diferencia infundada que -como se declarará- se produce en su artículo 277, inciso segundo, respecto a la titularidad del recurso de apelación.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 19, N°s 2° y 3°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD INTERPUESTO EN AUTOS, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE, EN LA GESTIÓN SUB LITE, LA EXPRESIÓN "CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO", COMPRENDIDA EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO AL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE VIÑA DEL MAR.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento interpuesto por las siguientes consideraciones:

1:Que, para la mayoría, es inconstitucional la aplicación, en la gestión pendiente, del artículo 277 del Código Procesal Penal, en la parte que dispone que el recurso de apelación contra el auto de apertura del juicio oral procede sólo "cuando lo interpusiere el Ministerio Público", por infringir el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 19 N° 3°, inciso quinto, en armonía con el numeral 26° del mismo artículo, así como el derecho a la igualdad ante la ley que establece el artículo 19 N° 2°, todos ellos preceptos de la Carta Fundamental;

2:Que, antes de hacernos cargo de este argumento, es necesario realizar algunas consideraciones acerca del estado procesal de la gestión pendiente;

3:Que, ante todo, en el juicio penal que se invoca como gestión pendiente, la audiencia preparatoria del juicio oral se llevó a cabo el día 24 de agosto de 2009, siendo remitidos los antecedentes al tribunal de juicio oral respectivo dentro de las cuarenta y ocho horas que prescribe el artículo 281 del Código del ramo. El requerimiento de inaplicabilidad se presentó sólo el 2 de octubre de 2009, es decir, cerca de seis semanas después que el juicio pasó a otro estado procesal.

Como se observa, el requerimiento ante este Tribunal se presentó transcurrido largamente el plazo para apelar, cerrada la etapa ante el juez de garantía y radicado el asunto ante el juez oral en lo penal;

4:Que la mayoría pretende obviar este hecho, vinculado a la utilidad del presente recurso, por la preclusión que operó, dado el orden consecutivo legal que rige el procedimiento penal, realizando dos afirmaciones. La primera, que los órganos del Estado “deben adecuar su proceder a las normas superiores previstas en la Constitución, acorde con el artículo 6° de la misma, conforme ordene esta Magistratura en los asuntos sometidos a su jurisdicción”;

5:Que al respecto cabe señalar, ante todo, en contra de lo sustentado, que no resulta admisible que mediante una sentencia de esta Magistratura se intente dejar sin efecto resoluciones dictadas en la gestión pendiente que tienen el carácter de firmes y que ya han producido efectos ulteriores en el proceso.

La Constitución no faculta en ningún caso a esta Magistratura para dejar sin efecto resoluciones judiciales y, menos, retrotraer un juicio en curso a un estado procesal anterior;

6:Que, enseguida, la interpretación de la mayoría importa hacer equivalentes los efectos de la sentencia dictada en sede de inaplicabilidad con aquellos que produce la nulidad. Sin embargo, tal efecto escapa al alcance que la Constitución le da a las resoluciones que este Tribunal dicta;

7:Que la segunda afirmación que la mayoría hace, para obviar la preclusión, es que *“eso implicaría reducir a cuarenta y ocho horas el plazo para recurrir de inaplicabilidad, lo que no se sostiene en derecho”*;

8:Que al respecto cabe señalar, desde luego, que, a juicio de estos disidentes, el legislador es soberano para establecer las ritualidades del juicio, siempre que respete el debido proceso. Como se ha sostenido en la sentencia de este Tribunal Rol N° 1432, de este año, *“la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental”* (considerando 15º). Por tanto, será el legislador quien

deberá determinar cuáles son las etapas del juicio y los plazos en que deben materializarse.

A continuación, de seguirse la interpretación de la mayoría, resultaría que todo el sistema legal y todos los procesos judiciales tendrían que adaptarse - y todos los plazos extenderse - para que las partes puedan presentar la acción de inaplicabilidad. Ello nos parece excesivo; el ordenamiento no puede adaptarse a la inaplicabilidad, por muy importante que sea.

A mayor abundamiento, la interpretación de la mayoría pone en entredicho el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, si las reglas procesales deben adaptarse siempre y en todo caso a la posibilidad de interponer la acción de inaplicabilidad, la que, como dispone la Constitución, puede significar la suspensión del proceso, el imputado puede quedar a merced de un procedimiento penal que se desarrolla indefinidamente. Ello contrasta con el hecho de que uno de los propósitos básicos que tiene la legislación penal vigente, es asegurarle al imputado que será juzgado dentro de un plazo razonable. Para eso se establece previamente cada una de sus etapas. Si se permite que dicha ritualidad sea sustituida por aquella que decida esta Magistratura, su derecho a ser juzgado en un plazo razonable se vería conculcado, pues no debe olvidarse que en el caso que regula el artículo 277 del Código Procesal Penal el recurso de apelación se concede en ambos efectos, suspendiendo el curso del juicio;

NOVENO: Que, luego de realizadas estas consideraciones previas, estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Para ello, en primer lugar, sostenemos que este Tribunal ha declarado que, en materia procesal penal, el recurso de apelación es de derecho estricto. En efecto, se ha justificado la excepcionalidad del recurso de apelación en las siguientes circunstancias: *“primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar... En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso”*. Segundo, *“no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal...”*. A lo que se agrega que *“los principios de inmediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio...”*. Para concluir que *“la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del*

tribunal más informado". Tercero, "se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada" (sentencia del Tribunal Constitucional en Rol 1432-09, considerandos 21° a 23°);

DÉCIMO: Que lo dicho cobra relevancia en el caso en cuestión, porque la norma impugnada, es decir, el artículo 277, es una norma de excepción en tanto concede el recurso de apelación. En concordancia con el artículo 370 del mismo cuerpo legal, no siendo el auto de apertura del juicio oral una resolución que ponga término al juicio o haga imposible su prosecución o lo suspenda por más de treinta días, era necesario que la ley lo concediera expresamente, conforme a la letra b) del artículo citado; de otro modo, simplemente no existiría. Toda vez que es una norma de excepción, la ley señala expresamente que el recurso sólo lo puede ejercer el Ministerio Público y únicamente por la causal que ahí señala: la exclusión de prueba declarada "ilícita", conforme al artículo 276. No es un recurso que proceda por el mero agravio.

Además, a esta Magistratura no le corresponde "crear" ni "otorgar" recursos. En la gestión pendiente el requirente tuvo la oportunidad de ejercer las defensas que la ley le da - como se demostrará en los considerandos que siguen - y el procedimiento siguió su curso. Al acogerse la acción de inaplicabilidad, retrotrayéndose el proceso a un estado procesal que ya había sido superado, como lo pretende

la mayoría, esta Magistratura está creando un nuevo recurso procesal a favor del requirente, invadiendo las competencias que la Constitución reserva al legislador en los artículos 19, N° 3°, inciso quinto, y 63, N° 3 y N° 20;

UNDÉCIMO: Que, en segundo lugar, la norma del artículo 277 es coherente con el sistema que crean la Constitución y la ley en materia de persecución penal. De acuerdo con el artículo 83, inciso primero, de la Constitución, es atribución exclusiva del Ministerio Público dirigir la investigación y ejercer la acción penal pública. Sobre esa premisa básica, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala que éste tiene por función *“dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley”*. De acuerdo con el Código Procesal Penal, es el Ministerio Público quien ordena y practica las diligencias de investigación (artículos 77, 166, 172 y 180), y si los demás intervinientes requieren de diligencias, éstas se realizan por el Ministerio Público (artículo 183). Para ello, dirige la actuación de la policía (artículo 79) y puede solicitar medidas cautelares en nombre del interés público (por ejemplo, la prisión preventiva, artículo 140). En cuanto al ejercicio de la acción penal, es el Ministerio Público quien formaliza (artículo 229), acusa (artículos 248 y 259) y sustenta ante un tribunal dicha acusación (artículos 325 y siguientes). Por tanto, sólo a él le perjudica la exclusión de la prueba por causal de ilicitud. Recuérdese que la prueba

ilícita es aquella que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de *garantías fundamentales*. Para el Ministerio Público que se le excluya prueba por esta causal no es un simple agravio: significa que ha fallado en su deber de respetar y promover los derechos esenciales de la persona (artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución). De ahí nace su legitimación para apelar. Necesita de la apelación para restablecer su legitimidad como órgano público;

DUODÉCIMO: Que, además, el sistema procesal penal concilia los principios de legalidad y eficiencia. Es decir, la obligación que pesa sobre el Ministerio Público de perseguir todos los ilícitos que llegan a su conocimiento se matiza por la necesidad de que lo haga sólo cuando la persecución pueda resultar efectiva. Como ha resuelto esta Magistratura, *"(p)ara maximizar la eficiencia de la utilización de los recursos públicos por parte del Ministerio Público, se han ideado distintas fórmulas. Primero, se establecen herramientas procesales idóneas para ese objetivo. Luego, se aspira a un diseño organizacional adecuado para el logro del mismo. Y, por último, se le permite al Ministerio Público organizar la persecución penal de un modo eficiente, priorizando algunos casos y delitos por sobre otros. (Tavolari Oliveros, Raúl; Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 48)."* (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1341-2009, considerando 29º). El Ministerio Público debe perseguir las conductas constitutivas de delito, pero debe

hacerlo en la medida que ello resulte eficiente. Debe contar con pruebas suficientes y pertinentes. Por eso, si se excluyen del juicio, la ley le otorga el derecho de apelar;

DECIMOTERCERO: Que, en tercer lugar, 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 4º 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. Por eso, se explica que no tenga necesidad de apelar de la resolución que abre el juicio oral, toda vez que no le corresponde presentar prueba. Es más: la norma está pensada para proteger al imputado. Tanto es así, que es el mismo artículo 277, en su inciso final, el que prevé que el Ministerio Público, frente a la exclusión de prueba, puede optar por solicitar el sobreseimiento definitivo. O sea, si al Ministerio Público se le excluye prueba que pretendía presentar, si esa prueba era determinante para acusar, el proceso penal se termina. No es necesario ir a un juicio que será inútil. Finalmente, si el juicio prosigue, es el imputado quien se beneficia por la exclusión de prueba: sin prueba no puede haber condena, pues de acuerdo al artículo 340, el tribunal sólo puede imponer una condena si adquiere una convicción que vaya más allá de "toda duda razonable";

DECIMOCUARTO: Que, en cuarto lugar, en cualquier caso, el imputado no queda indefenso. La ley otorga medios para que se cautele el debido proceso. No es efectivo, como aduce la mayoría, que se le esté privando del derecho a

impugnar el auto de apertura del juicio oral y, específicamente, la decisión de excluir prueba. Por una parte, porque si el imputado se considera agraviado por la resolución de apertura del juicio oral, puede interponer el recurso de reposición en la misma audiencia, lo que debió hacer tan pronto como se dictó dicho auto (siempre que no hubiera existido un debate previo sobre la admisibilidad de la prueba), conforme al artículo 363 del Código Procesal Penal. Por otra parte, porque el imputado siempre tiene a salvo la facultad de interponer ante el tribunal competente de acuerdo con las reglas generales, eventualmente, el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva. Concordante con ello, el mismo artículo 277, inciso segundo, dispone que la apelación del Ministerio Público se entiende "sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva". Precisamente, el recurso de nulidad tiene entre sus causales el que esta resolución se haya dictado con infracción sustantiva de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 373, letra a);

DECIMOQUINTO: Que, atendido lo anterior, o sea que el imputado goza del derecho a ejercer tanto el recurso de reposición, en la misma audiencia, como el recurso de nulidad, contra la sentencia definitiva, se concluye que el único recurso del que se está privando al imputado es el recurso de apelación. Entonces, lo que la mayoría está diciendo es que la única manera de garantizar el derecho al debido proceso es otorgando siempre y en toda circunstancia

el acceso al recurso de apelación. Ello contradice lo que esta misma Magistratura ha resuelto en dos sentencias consecutivas dictadas este mismo año, donde se entendió que el legislador es libre de definir las causales de procedencia del recurso en cuestión (sentencias roles N° 1432-09, considerando 16°, y N° 1443-09, considerando 16°);

DECIMOSEXTO: Que, por último, la exclusión de prueba es una decisión del juez, no del Ministerio Público. En la audiencia destinada especialmente al efecto, las partes la examinan y hacen alegatos. Por tanto, el requirente no está padeciendo un acto unilateral del ente persecutor. Tuvo oportunidad de debatir y fue un tercero imparcial quien decidió. Hubo un debido proceso;

DECIMOSEPTIMO: Que, en consecuencia, a juicio de estos disidentes, el requerimiento debe rechazarse por los fundamentos expuestos, pues, en la gestión pendiente, la aplicación del precepto legal impugnado no resulta contraria a los derechos consagrados por la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y la disidencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 1502-09-INA.

Se certifica que el Presidente del Tribunal, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.