

Santiago, veintiocho de enero de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 12 de noviembre de 2008, el abogado Francisco Cox Vial, en representación de doña María Rocío Zamorano Pérez, ha presentado un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad de 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°s 2° y 3°, incisos primero y quinto, de la Constitución, respecto de la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

Señala el requirente que con fecha 24 de abril de 2008 el padre de su representada, don Francisco Zamorano Marfull, fue encontrado en su domicilio con un disparo en el cráneo, a consecuencia de lo cual murió. Dicha situación dio lugar a una investigación en la cual se determinó que su ex mujer, doña María del Pilar Pérez López, había contratado a don José Mario Ruz Rodríguez para que le diera muerte.

Su parte, con fecha 25 de septiembre de 2009, presentó acusación particular en contra de la señora Pérez como autora inductora del delito de parricidio y en contra del señor Ruz como autor ejecutor, directo e inmediato, del delito de homicidio calificado, solicitando la pena de presidio perpetuo calificado para ambos.

El día 13 de octubre de 2009 comenzó la audiencia de preparación del juicio oral. En ella los testigos señores

William Martínez Salinas, Carlos Felip Imperatore y Pedro Rodríguez Mella, ofrecidos tanto por el Ministerio Público como por el requirente, fueron excluidos por el Juez.

Los dos primeros, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 276, inciso primero, del Código Procesal Penal. El último, por tratarse de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 276, inciso tercero, del mismo cuerpo legal.

Agrega el actor que, con el mismo fundamento, se excluyó la prueba documental que individualiza, donde se ofrece correo electrónico de fecha 15 de abril de 2009 que contiene el monitoreo de tarjetas de crédito.

Ahora bien, en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal se indica: "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."

Indica el requirente que el nuevo sistema procesal penal ha optado por un régimen restrictivo de los recursos de apelación. Ello puede encontrar justificación tanto racional como jurídica en el principio de inmediatez. En efecto, con base en la oralidad del nuevo proceso penal la rendición de la prueba no puede ser sustituida por la mera lectura de registros. Dicho principio exige que ésta se produzca ante los propios tribunales.

Otro argumento por esta opción restrictiva, plantea, es la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable. Un

sistema amplio de apelación conllevaría, como ocurrió en el antiguo sistema, un retardo en la prosecución de las causas, haciéndola ilusoria.

Sin embargo, señala, cuando se lee el artículo 277 del Código, toda esta posible lógica sistémica se rompe.

En la audiencia de preparación del juicio oral no se rinde prueba propiamente tal, sino que simplemente se debate sobre cuál es aquella que ha de ir a juicio. Luego, el principio de inmediatez no se ve afectado.

En cuanto a que se pueda ver violado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ello no puede ser tomado en consideración si se le otorga a una de las partes, el Ministerio Público, el derecho a recurrir de la resolución que excluye prueba en el caso antes mencionado.

Si a lo anterior se suma lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Penal, entonces resulta evidente que su parte no puede apelar de la resolución que le ha provocado un gravamen irreparable al serle excluida la prueba ofrecida.

Se pregunta entonces cuál es la razón por la que decidió el legislador apartarse de su propio sistema de recursos y, más aún, favorecer a una de las partes, el Ministerio Público, con la posibilidad de tener otra oportunidad para discutir la inclusión de prueba que le ha sido excluida. En su opinión, ambas interrogantes carecen de una respuesta razonable, produciendo la aplicación del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en cuanto señala que sólo será procedente el recurso de apelación cuando lo interpusiere el Ministerio Público en la situación

indicada, una violación a lo dispuesto en las normas constitucionales antes mencionadas.

Agrega el actor que, según la jurisprudencia constitucional comparada, para que el legislador establezca un trato diferenciado, debe buscar un fin legítimo y este trato desigual debe ser una medida necesaria para la obtención de dicho fin.

Señala, en lo esencial, que un posible fin buscado con este trato preferencial puede estar dado por el hecho de que quien dirige la investigación y tiene bajo su mando a las policías es quien puede llevar adelante diligencias o actuaciones con inobservancia de garantías constitucionales en el marco de la misma. En otros términos, el Ministerio Público pareciera ser el candidato natural a sufrir estas exclusiones. Sin embargo, añade, ello desconoce la existencia y participación del querellante, auténtico representante de la víctima en el proceso penal.

Plantea, también, que el fin buscado con la diferenciación que se impugna puede estar dado por el hecho de que sólo la prueba de cargo sería excluible por esa vía y, por consiguiente, tendría una justificación darle una nueva oportunidad de discutir la materia al Ministerio Público con el propósito de evitar la impunidad de un delito. Sin embargo, la prueba del querellante puede violar garantías constitucionales en su modo de obtención y es igualmente prueba de cargo.

En consecuencia, se establece un trato discriminatorio prohibido por la Constitución en el artículo 19, N° 2°. Un trato de esa naturaleza incide de manera sustancial en el

derecho a un debido proceso, consagrado en el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, ya que una de las partes tiene un medio procesal, el recurso de apelación, que la deja en una situación de privilegio respecto de la otra.

Concluye solicitando, por lo tanto, que se declare que la expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del cuerpo legal antes indicado, resulta contraria al ordenamiento constitucional y que la concesión del recurso de apelación alcanza, en consecuencia, a su parte.

Con fecha 17 de noviembre de 2009 se admitió a tramitación el requerimiento deducido, suspendiéndose el procedimiento en la causa en que incide, y, con fecha 3 de diciembre del mismo año, se lo declaró admisible “sólo en cuanto a la exclusión de un testigo por inobservancia de garantías constitucionales”.

El 31 de diciembre de 2009, el abogado Andrés Rietourd Alvarado, Jefe de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública Metropolitana Norte, en representación de doña María del Pilar Pérez López, formuló sus observaciones solicitando el rechazo de la acción interpuesta.

En primer término, plantea que el actor impugna las razones técnicas o de mérito del legislador para optar por la fórmula legislativa contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, lo que está fuera del ámbito de control jurídico del Tribunal Constitucional.

Citando diversas sentencias de esta Magistratura señala que en el control de constitucionalidad se debe reconocer el

derecho del órgano legislativo de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común.

Ahora bien, dichas fórmulas no deben infringir la Constitución y, en este sentido, al Tribunal Constitucional le incumbe determinar si la regulación legal es razonable y no arbitraria, sirviendo como referencia al respecto el principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos.

Indica la Defensoría que la restricción del régimen de recursos -particularmente del recurso de apelación- no se funda en el principio de inmediación ni en el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable. La razón de la disminución de la frecuencia e importancia de su utilización como vía de impugnación se encuentra en la mayor intensidad del denominado control horizontal, esto es, el que proviene de una "efectiva intervención de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial".

Expresa, en este sentido, que el hecho de que el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal entregue el recurso de apelación únicamente al Ministerio Público y sólo por algunas causales de exclusión, no rompe con la lógica del sistema de recursos. Al contrario, la comparte. Al resolverse la exclusión de prueba como consecuencia de un debate previo, en que rige plenamente la contradictoriedad o la bilateralidad de la audiencia, resulta razonable, para dar valor y peso a la decisión del juez individual, que no sea sometida a un control vertical que pueda ser activado por

todos los intervinientes y ante cualquier causal de exclusión.

Se pregunta, entonces, por las razones que tuvo el legislador para establecer una norma como la que se impugna.

Señala, en primer lugar, que los procedimientos criminales acusatorios contemplan etapas sucesivas desde que se inicia la persecución penal hasta que se llega a dictar sentencia en el juicio oral. Una de ellas es la de investigación, que en un moderno proceso se encomienda al Ministerio Público y que tiene por objeto la acumulación de antecedentes suficientes para decidir si se puede formular y sostener la acusación. Dicha investigación está dirigida desde el poder público, que cuenta con enormes recursos para llevarla a efecto y aparece revestida ante el ciudadano común de la aparente legitimidad que proporciona la autoridad estatal.

Es en este contexto en el cual los medios propios de la persecución penal estatal pueden entrar en colisión con los derechos de manera ilegal, que la prueba del Ministerio Público está más expuesta a la exclusión por infracción de garantías constitucionales como medida de protección y sanción. Y, por esta razón, se establece la norma que se objeta.

Añade, en segundo lugar, que la disposición resulta aún más razonable dado que el inciso segundo del artículo 277 entrega a los intervinientes, para impugnar exclusiones de pruebas defectuosas, el recurso de nulidad. En tal sentido el precepto, en su segunda parte, establece: "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”.

Esta redacción, señala la Defensoría, resultó perjudicial para los otros intervinientes, ya que si bien el inciso segundo del artículo 277 del Código les otorgaba el recurso de nulidad, las causales del mismo no permitían a la Corte Suprema ni a las Cortes de Apelaciones conocer de infracciones o vicios anteriores al juicio oral. La exclusión de prueba realizada de manera defectuosa o con inobservancia de las formas procesales que se resolvía en la audiencia de preparación, es decir, antes del juicio, quedaba, de esta manera, sin remedio.

La situación, agrega, podía salvarse modificándose la causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia comprendida en el artículo 373, letra a), del mismo cuerpo legal, permitiendo a la Corte Suprema conocer de infracciones cometidas antes del juicio. Y así se hizo. Por medio de la Ley N° 20.074 se modificó dicha causal, sustituyéndose en ella los términos “tramitación del juicio”, por la frase “cualquier etapa del procedimiento”. De este modo, la norma actualmente señala: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

La expresión "en cualquier etapa del procedimiento" comprende, además del juicio oral, todas aquellas anteriores al mismo. Es, entonces, la propia ley la que contempla la posibilidad de interponer el recurso de nulidad respecto de actuaciones verificadas durante el desarrollo de la audiencia de preparación de éste.

De esta manera, de configurarse una infracción de garantías constitucionales con motivo de la exclusión de prueba, la Corte Suprema puede retrotraer el procedimiento a la etapa de la audiencia de preparación del juicio oral para que se subsane el vicio o defecto en que se incurrió al excluir la del recurrente o anular el juicio y la sentencia.

En el parecer de la Defensoría, la lectura armónica del inciso segundo del artículo 277 y del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal no plantea dificultad alguna en cuanto a que si el juez de garantía ha procedido a excluir prueba al querellante y ello ha sido con infracción de derechos fundamentales, este interviniente pueda recurrir de nulidad acudiendo a la causal establecida en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, para impugnar dicha exclusión.

En tercer lugar expone, en relación a la técnica legislativa utilizada en el precepto objetado, que si bien el derecho a probar constituye una garantía mínima de un procedimiento racional y justo, lo que se tiene realmente es la facultad de proponer prueba y a que sobre ésta se pronuncie el órgano judicial, bien admitiéndola, bien rechazándola de manera motivada. De modo que no se está ante

un derecho que faculte para exigir la admisión judicial de cualquier clase de prueba que las partes puedan ofrecer.

Concluye, en este punto, la Defensoría, afirmando que el legislador, en el inciso segundo del artículo 277 del Código utilizó una fórmula legislativa razonable que no vulnera la igualdad ante la ley ni el debido proceso.

En segundo término, plantea que el precepto legal impugnado no tiene la aptitud para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución.

Indica la Defensoría en este sentido que, aunque pudiese estimarse que en abstracto el inciso segundo del artículo 277 vulnera la Constitución, la aplicación de dicho precepto en el caso concreto no la contraría.

El testigo Pedro Rodríguez Mella, excluido a la querellante por infracción de garantías, también lo fue respecto del Ministerio Público, órgano que sin duda alguna recurrirá de apelación en contra del auto de apertura de acuerdo con el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal. Ello, no solamente para cautelar su propia pretensión penal, sino que lo deberá hacer para proteger los intereses de la víctima porque así lo establecen la ley y la Constitución.

Concluye, entonces, la Defensoría sus observaciones indicando que, aunque el inciso segundo del artículo 277 le otorgue sólo al Ministerio Público el recurso de apelación contra el auto de apertura cuando se le excluya prueba por inobservancia de garantías fundamentales, la querellante tendrá a salvo la revisión de la exclusión de su prueba por

el tribunal superior, porque habiendo el juez de garantía excluido al Ministerio Público y a la querellante la misma prueba, la apelación del primero permitirá la revisión de ésta.

Habiéndose traído los autos en relación el día 8 de enero de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Francisco Cox Vial por la parte requirente y Gonzalo Medina Schulz por la Defensoría Penal Pública el día 14 de enero del presente año.

CONSIDERANDO:

**I.- ACERCA DE LO QUE DEBE ENTENDERSE POR PRECEPTO LEGAL
PARA EFECTOS DE LA ACCION DE INAPLICABILIDAD**

PRIMERO.- Que, en atención a lo señalado por la requerida en su presentación y a lo planteado en estrados acerca de la disposición impugnada, resulta conveniente referirse previamente a lo que debe entenderse por “precepto legal”, para efectos de la declaración de inaplicabilidad y si dicha exigencia se cumple en el caso de estos autos;

SEGUNDO.- Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que *“una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución”* (roles N°s 626/2007 y 944/2008);

TERCERO.- Que de este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a 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;

CUARTO.- Que por lo demás en diversas sentencias se han declarado inaplicables partes de una disposición o inciso. Así, se ha resuelto en relación a las expresiones "*procediendo de plano*", contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y "*en cuenta, salvo que estime conveniente*", en los autos Rol 747/2007. Del mismo modo, se ha estimado inaplicables las expresiones "*y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte*", a que alude el artículo 2º de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial, N° 17.235 (roles N°s. 718, 773 y 759, todos de 2007);

QUINTO.- Que, adicionalmente, se ha efectuado semejante declaración de inaplicabilidad respecto de las expresiones "*para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa*", contenida en el artículo 171 del Código Sanitario (Rol N° 1061-2008), lo que posteriormente motivó una sentencia de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura (Rol N° 1345-2009). A su vez, en tres oportunidades (roles 755, 1138 y 1140) se consideró inaplicable la expresión "*gratuitamente*", a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en relación al turno

de los abogados, dictándose incluso con posterioridad sentencia de inconstitucionalidad (Rol 1254-2008);

SEXTO.- Que en el caso de autos se ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación al inciso segundo, en lo relativo a que *“el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, **cuando lo interpusiere el ministerio público** por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente”*;

SEPTIMO.- 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;

II.- ACERCA DEL CONFLICTO PLANTEADO

OCTAVO.- Que la inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la aplicación de un precepto legal en un caso concreto en litis resulta contraria a la Constitución. Así lo consagra el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

NOVENO.- Que en el proceso RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, dirigido en contra de Pilar Pérez López, se

hicieron parte, como sujetos activos de la acción penal, el Ministerio Público y doña María Rocío Zamorano Pérez, que en su calidad de hija de Francisco Zamorano Marfull se querelló en contra de su madre, Pilar Pérez, por el homicidio de su padre.

El proceso se sigue ante el 8º Juzgado de Garantía de Santiago y se encuentra en la etapa de preparación del juicio oral, fase en que la defensa solicitó la exclusión de los testigos que se individualizan en el requerimiento, problema que es ajeno a la competencia específica de esta Magistratura para resolver el requerimiento en mérito de la resolución que lo declaró admisible;

DECIMO.- Que en el requerimiento se plantean, por una parte, la exclusión de los referidos testigos como medio de prueba en el juicio oral y, por otra, la privación del derecho al recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral, contenida en el artículo 277 del Código Procesal Penal, por parte de la querellante;

DECIMOPRIMERO.- Que la procedencia de la prueba es un clásico problema de legalidad, que como tal le corresponde decidir a los tribunales competentes para conocer de las respectivas instancias de un conflicto penal sometido a proceso.

En la especie, al Juez de Garantía, que ya hizo uso de su jurisdicción en lo que se refiere a los testigos excluidos y a la prueba documental N° 229. Si a alguno de los intervinientes la resolución le resulta agravante, tiene derecho a deducir recurso de apelación, por

exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía, sólo el Ministerio Público de acuerdo a lo previsto en el citado artículo 277, excluyéndose, por lo tanto, al querellante y al imputado.

Cabe resaltar que, de acuerdo al artículo 276 del mismo Código, el juez debe escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido en la audiencia y podrá disponer que el interviniente reduzca el número de documentos y testigos. En cambio, al resolverse la exclusión de prueba, el agravio sólo puede ser expresado por el Ministerio Público, mediante el recurso de apelación que se le concede en exclusiva;

DECIMOSEGUNDO.- Que a este Tribunal, conforme a las peticiones del requerimiento, que le fijan su competencia específica, no le corresponde emitir juicio acerca de si la doble instancia constituye o no un elemento del debido proceso, sino que deberá decidir únicamente si la exclusión de la apelación respecto del querellante particular, en este caso, violenta lo previsto en las garantías básicas establecidas en los numerales 2º y 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en lo relativo a la igualdad ante la ley y la igual protección en el ejercicio de los derechos, en especial armonía con el numeral 26º del mismo artículo, en cuanto garantiza la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen, complementen o limiten dichas garantías no podrán afectar la esencia de los derechos fundamentales ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio;

DECIMOTERCERO.- Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal, el querellante particular ha sido excluido como titular del recurso de apelación, en tanto se expresa en dicho precepto que: *“el auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. 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”*.

En consecuencia, lo que este Tribunal deberá decidir es si la ley puede privar del recurso de apelación a uno de los intervinientes, reconocido como parte y que puede ser igualmente agraviado, generándose así un obvio desequilibrio en el ejercicio de los derechos de dos intervinientes legitimados para actuar en el proceso penal.

Es por lo razonado precedentemente que las consideraciones que más adelante se expresan, están destinadas exclusivamente a decidir si, en el caso concreto, la aplicación del invocado artículo 277 del Código Procesal Penal se ajusta a la Constitución, en tanto dispone que sólo el Ministerio Público puede apelar, excluyendo al querellante particular de la posibilidad de interponer dicho recurso;

DECIMOCUARTO.- Que para decidir esta cuestión en armonía con la preceptiva constitucional que regula esta

materia, deben tomarse especialmente en consideración los siguientes antecedentes:

En primer lugar, que la acción de inaplicabilidad fue establecida en la Constitución de 1925, como una primera forma de control de constitucionalidad de la ley, otorgándosele a la Corte Suprema competencia para conocer de ella.

La reforma de 2005, en lo que interesa, mantuvo el control de constitucionalidad, con dos cambios fundamentales:

a) Le otorgó competencia privativa al Tribunal Constitucional para conocer y resolver las causas de este tipo; y

b) Estableció un sistema de control concreto al expresar que es atribución de esta Magistratura “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Estos dos cambios incorporan a nuestra jurisdicción constitucional una nueva y moderna forma de protección integral del texto, valores y principios establecidos por la Carta Fundamental.

En este escenario, la pretensión de la requirente se centra en estimar que los efectos que produce la aplicación del inciso segundo del artículo 277 ya citado, violenta las garantías de igualdad ante la ley y de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos,

contempladas ambas en los números 2º y 3º del artículo 19 de la Constitución, en armonía, como ya se dijo, con el numeral 26º del mismo artículo;

DECIMOQUINTO.- Que, impulsado el Tribunal Constitucional a emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del efecto que produce en el caso concreto la aplicación del aludido artículo 277 del Código Procesal Penal en el proceso penal ya individualizado, declarado admisible el requerimiento se abre un proceso constitucional que, como todos, debe ser debido y oportuno. Lo primero implica que esta Magistratura, en uso del poder de la jurisdicción, tiene el deber de realizar una interpretación de la Carta Fundamental que asegure su sentido profundo, en tanto está destinada a dar estricto cumplimiento al principio de prelación del sistema jurídico, en cuya cúspide está la Constitución;

III.- ACERCA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO

DECIMOSEXTO.- Que debe tenerse muy presente que para operar el nuevo sistema se modificó la Constitución y se dictó un nuevo Código Procesal Penal, sobre la base de establecer una investigación previa, no jurisdiccional, por parte de los fiscales del Ministerio Público, entregando a dicho servicio, además, la atribución de ser el principal titular el ejercicio de la acción penal pública;

DECIMOSEPTIMO.- Que, como lo ha reiterado esta Magistratura en sentencias anteriores, durante la tramitación de la reforma constitucional en comento se consagró expresamente, en el artículo 83, a la víctima como

interviniente del proceso penal, y en tal calidad se le reconoce explícitamente legitimidad procesal para intervenir como titular del ejercicio de la acción penal pública a través de la querella.

Debe igualmente tenerse presente lo razonado de manera reiterada por esta Magistratura, en orden a que el artículo 19, número tercero, de la Constitución, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, ha establecido a la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso (ver, entre otras, sentencias de los procesos roles 389, 478, 529, 533, 568, 654, 661, 806, 815 y 986), concepto hoy difundido en el mundo como el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, ya considerado en esta sentencia. En este orden de ideas, la querella, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal;

DECIMOCTAVO.- Que, en el sistema constitucional de nuestro país, el Estado proclama como valor fundamental que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia rol N° 815, la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando

también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º y 19, números 2º, 3º y 26º, de la Carta Fundamental.

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como *“aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, *“Derecho Constitucional”*, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias;

DECIMONOVENO.- Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3º, y en las normas que lo complementan, al reconocerse, con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto.

En efecto, el primer inciso del numeral 3° del artículo 19 lo reconoce en forma expresa, correspondiendo su titularidad a la persona como sujeto legitimado para su ejercicio, el que está contemplado en una norma autosuficiente y autoejecutiva.

Como complemento necesario, los incisos siguientes establecen garantías normativas del mismo, consistentes en la legalidad del tribunal y del proceso, además del parámetro de densidad material mínima de dichas normas legales, consistentes en las garantías del racional y justo procedimiento, a lo cual se le sumó la investigación, fijando en su conjunto el límite a la autonomía del legislador, a la hora de establecer el marco regulatorio del proceso jurisdiccional, como forma de solución del conflicto y de los actos necesarios para abrirlo, sustanciarlo y cerrarlo.

Debemos reafirmar entonces que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión, por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y, por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho;

VIGESIMO.- Que en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del

proceso, además del derecho a participar en los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes. A la hora de reconocerlo, deben tenerse en cuenta dos elementos que necesariamente son complementarios e interrelacionados: el derecho a la acción, de configuración constitucional autoejecutiva, y el derecho a la apertura y posterior sustanciación del proceso, cuyo ejercicio será regulado por la determinación legal de las normas del procedimiento y de la investigación, esta última realizada privativa y exclusivamente por el Ministerio Público. Cabe resaltar que dichas normas legales son las que satisfacen los parámetros constitucionales de racionalidad y justicia.

En este sentido, ha de cumplirse con las formalidades, plazos y requisitos establecidos en la legislación procesal dictada en conformidad al mandato constitucional, que es, en este caso, la preceptiva legal regulatoria que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A este respecto, debe tenerse especialmente presente que al legislador le está vedado establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, ya que si así lo hiciere, incurre en infracción a la normativa constitucional básica que le da forma al derecho, porque contraviene lo establecido en el numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Resulta de toda obviedad que este espectro de derechos básicos ha de alcanzar también, e

igualmente, a los actos preparatorios de carácter previo al acceso al tribunal oral en lo penal y, en concreto, a la etapa de preparación del juicio oral prevista en el nuevo proceso penal, que culmina con la dictación del auto de apertura. Recordemos que, más aún, la Carta Fundamental ordena y exige que la investigación que realice el órgano persecutor debe ser racional y justa, para lo cual se adicionó en lo pertinente el numeral 3º de su artículo 19.

La negación, o simplemente la excesiva limitación, de lo expresado en los dos párrafos anteriores lleva, necesaria e indefectiblemente, a la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia de conflictos penales. Ello constituye la negación misma del derecho a la tutela judicial efectiva, que reemplaza a la acción directa de autotutela y que excluye a la misma como medio de solución del conflicto.

Como si ello no fuere ya paradójico, la propia Constitución ha contemplado el derecho a defensa jurídica, que debe ser entendido en sentido amplio, no sólo para el imputado sino también para el ofendido, ya que al ser conceptuado como garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos, debe entenderse como defensa de todo interés reclamable ante el órgano jurisdiccional por los intervinientes legitimados, como única forma de dar eficacia a dicha igualdad en su ejercicio;

VIGESIMOPRIMERO.- Que lo razonado precedentemente se ve confirmado por la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.519, de reforma constitucional, que creó el

Ministerio Público, cuyo Mensaje no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública. El proyecto original fue objeto de indicaciones para dejar a salvo el derecho a ejercer la acción por parte del ofendido por el delito.

En efecto, el texto original del Mensaje establecía que: *“Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales”*, entendiéndose en la Comisión de Constitución del Senado que a dicho órgano se le confería el ejercicio exclusivo de la acción penal. Por lo anterior, ya en el primer trámite constitucional, se presentaron indicaciones en orden a permitir claramente el ejercicio de la acción penal pública al ofendido por el delito.

En este sentido, resultan muy ilustrativos los pasajes sobre este tema del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que señala:

“En cuanto a las funciones y atribuciones, la indicación asigna al Ministerio Público las de ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, para lo cual le corresponderá, en forma exclusiva, investigar los hechos que configuren un delito, los que determinen una participación punible en él y los que acrediten la inocencia del imputado; adoptar medidas para

amparar y proteger a las víctimas y a los testigos; impartir órdenes directas durante la investigación a la policía, la que deberá cumplirlas de inmediato y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad; empero, si dichas órdenes pudieren perturbar o vulnerar derechos del imputado o de terceros garantizados por la Constitución, requerirán orden judicial previa. El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido de su derecho a querellarse."

(...)

"El reemplazo de la frase "tendrá a su cargo la persecución penal pública" por "ejercerá la acción penal pública", obedece a que la Comisión consideró que esta última resulta más apropiada a la naturaleza no jurisdiccional de las funciones del Ministerio Público. En efecto, la persecución de los delitos es el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, que actualmente corresponde en exclusividad a los tribunales del crimen, en tanto que el ejercicio de la acción, que supone acusar y probar la acusación, incumbe a quien ocurre ante un órgano jurisdiccional demandando que sea satisfecha su pretensión de proteger un bien jurídico vulnerado.

Otra diferencia importante radica en que el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación, como se dijo, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de

los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.”;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, en el mismo sentido, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se refirió en detalle al tema, aludiendo al nuevo Código y señalando en su primer informe:

“El Ministerio Público puede ser renuente a investigar, pues tiene la posibilidad de no iniciar la investigación o de abandonar la ya iniciada, o de resolver el archivo provisional de los antecedentes.

El proyecto de nuevo Código regula la no iniciación de la investigación, indicando que, si el Ministerio Público resuelve no iniciar la investigación, la víctima, mediante la interposición de la querrela, puede provocar la intervención del juez, el que, si la admite a tramitación, obliga al Ministerio Público a investigar.

Si el Ministerio Público resuelve el archivo provisional de los antecedentes, la víctima tiene el derecho de solicitar del fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; puede reclamar también ante las autoridades

superiores del Ministerio Público y, por último, interponer una querrela, la que, admitida por el juez, genera la obligación de investigar para el Ministerio Público.

El efecto principal de estas normas es que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal. En esta etapa previa, la resistencia del Ministerio Público a investigar está sujeta al control del juez".

Se agrega en dicho informe que:

"En vez de hablar de un racional y justo procedimiento, se propone establecer la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La nueva disposición apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento. "

(...)

"El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no priva al ofendido y a las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal, en alguna de las formas que el Código del ramo determine.

En esta parte, hay una diferencia importante entre el mensaje y el texto que se comenta. El primero reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. El segundo, en cambio, deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley.

Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental.”;

VIGESIMOTERCERO.- Que, dentro del mismo informe, cabe destacar con especial mención lo señalado por el entonces diputado señor José Antonio Viera-Gallo, pues permite ilustrar la estructura conceptual del nuevo proceso penal y el trasfondo de la discusión acerca del rol de la víctima y su derecho a querellarse, contemplado en el actual artículo 83 de la Constitución:

“En relación con este artículo, el señor Viera-Gallo pidió que se dejara constancia en el informe que la filosofía de la reforma del sistema procesal penal es que el monopolio de la acción penal pertenece al

Ministerio Público, de manera tal que el afectado por un delito no puede acudir directamente ante un tribunal y ejercerla. Para precaver que el Ministerio Público no ejerza la acción penal pública se estableció un recurso ante el juez de control de la instrucción, que es el que decide si se ejerce o no se ejerce la acción.

A su juicio, el texto de la reforma constitucional permite la desnaturalización del proceso penal como ha sido concebido, ya que consagra dos caminos para el ejercicio de la acción penal, situación que se ha acentuado en el caso de la justicia militar, en la cual debe garantizarse la posibilidad de reclamar ante el juez militar en el caso de que el fiscal no realice la investigación.

En relación con lo anteriormente afirmado se señaló que lo que estaba absolutamente claro era que el Ministerio Público tiene el monopolio de la investigación y que en caso alguno se podrá prescindir de él en el ejercicio de esta función."

El texto aprobado en primer trámite, finalmente, según consta del oficio respectivo, es el siguiente:

"Artículo único.- Introdúcense en la Constitución Política de la República, las siguientes modificaciones:

1.- Reemplázase, en el inciso quinto del número 3º del artículo 19, la frase "un racional y justo procedimiento", por la siguiente: "un procedimiento y una investigación racionales y justos".

(...)

7.- *Agrégase, a continuación del Capítulo VI, el siguiente Capítulo VI-A:*

"Capítulo VI-A

MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 80 A. - Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá 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, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

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

El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderá a los órganos establecidos en el Código de Justicia Militar, en conformidad a las normas de este Código y las leyes respectivas.”;

VIGESIMOCUARTO.- Que cabe señalar que para llegar a la redacción final de tan discutida norma, ella fue objeto, durante la continuación de su tramitación en el Senado, de indicaciones, según consta en las actas respectivas. En efecto, la primera de ellas, *“de los HH. Senadores señores Díez y Piñera, y la segunda, del H. Senador señor Urenda, modifican el inciso tercero del artículo 80 A, recién mencionado. Ambas permiten a toda persona, en la forma y en los casos que determine la ley, el ejercicio de la acción penal”,* agregando posteriormente que *“la importancia del inciso tercero en comento estriba en que permite accionar a la víctima en caso que el Ministerio Público no lo haga, o en que aquélla no se conforme con el sentido que éste hubiera impreso al procedimiento. Por último, las indicaciones dejan a salvo la acción popular que en algunos casos conceden las leyes.”.*

Ambas indicaciones conducen a permitir que toda persona tenga la facultad de impulsar la apertura de un proceso penal;

VIGESIMOQUINTO.- Que de las consideraciones expuestas y de la historia de la norma cabe entonces concluir que el derecho al ejercicio de la acción penal se encuentra consagrado de forma expresa y categórica por la Constitución y que, incorporado al proceso penal, envuelve los elementos básicos para que su participación sea realmente efectiva;

VIGESIMOSEXTO.- Que de lo anterior nítidamente se desprende que fue el propio constituyente el que reflexivamente otorgó acción penal pública a la víctima para actuar en tal carácter en el proceso penal, y que ello implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales;

VIGESIMOSEPTIMO.- Que en este contexto debe analizarse el precepto impugnado, comenzando por establecer que, de la simple lectura del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal, se desprende que el auto de apertura del juicio oral, cuando causa agravio al Ministerio Público y/o al querellante, sólo será susceptible de apelación cuando la interpusiere el Ministerio Público, por la exclusión de prueba decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276, privando expresamente de dicho derecho al querellante, al disponer que el recurso procederá sólo “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”;

VIGESIMOCTAVO.- Que de todo lo considerado queda claro que el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3º del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26º, 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;

VIGESIMONOVENO.- Que, analizado lo anterior en conjunto con los estándares de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso jurisdiccional, es menester concluir que los mismos se ven violentados por la limitación que contiene el precepto en comento, en torno al derecho a expresar sus agravios a través del recurso de apelación;

TRIGESIMO.- Que el efecto contrario a la Constitución se produce sólo por la oración ya transcrita. En este sentido, no obstante que el núcleo central del efecto inconstitucional atenta en contra del artículo 19, N° 3°, también resulta evidente que se violenta la igualdad ante la ley, como se analizará en el capítulo siguiente, en tanto dos personas que son sujetos activos de un proceso penal se encuentran en la misma situación procesal y la ley priva a uno de ellos del derecho a entablar recursos respecto de una resolución que determina lo que será en la práctica todo el juicio oral, incidiendo en la prueba, que, como es obvio, es básica para establecer el hecho punible, los partícipes y las circunstancias que lo rodean;

TRIGESIMOPRIMERO.- Que, en definitiva, confrontado el texto del artículo 277, que en idéntica situación le otorga el derecho a apelar a un interviniente activo legitimado y no al otro, genera, como su necesaria consecuencia y efecto, una violación flagrante de la llamada tradicionalmente igualdad ante la justicia, que la Constitución vigente denomina “igual

protección de la ley en el ejercicio de los derechos” y que la doctrina procesal moderna conceptualiza como la tutela judicial efectiva, en este caso de los intervinientes del proceso penal;

TRIGESIMOSEGUNDO.- Que, finalmente, el precepto legal se mantiene, no se altera la competencia de los jueces y la inaplicabilidad recae sobre un impedimento de procedencia de un recurso de apelación, que por definición y concepto se basa en la existencia de un agravio, tanto de carácter objetivo -aquel que se genera al no conceder el tribunal todo lo pedido- como de carácter subjetivo -que presupone un agravio objetivo y permite deducir el recurso de apelación-. En este sentido, la frase cuya inaplicabilidad se declara se interpone entre ambos tipos de agravio, pero sólo respecto de uno de los sujetos, lo que esta sentencia considera contrario a la Constitución, cuyo imperio debe ser restaurado;

IV.- ACERCA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

TRIGESIMOTERCERO.- Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley *“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”*. Así, se ha concluido que *“la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe*

apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Sentencias roles N^os. 28, 53 y 219);

TRIGESIMOCUARTO.- Que, como lo ha precisado esta Magistratura, *"la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario"* (Rol N^o 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, *"no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados"* (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador, lo que no se da en la especie desde que el recurso de apelación sólo se otorga privativamente a uno de los intervinientes como es el Ministerio Público, más no al querellante particular;

TRIGESIMOQUINTO.- Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;

TRIGESIMOSEXTO.- Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42);

TRIGESIMOSEPTIMO.- Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que *“para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la*

relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos". (Sentencias 76/1990 y 253/2004. En otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;

TRIGESIMOCTAVO.- Que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como lo señala el artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador. Más aún si, como en el caso de autos, se trata de una misma testimonial, cuya exclusión queda entregada a la revisión del tribunal superior jerárquico sólo en el evento que el

Ministerio Público -actuando con entera discrecionalidad- decida o no apelar;

TRIGESIMONOVENO.- Que, en suma, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en cuanto sólo le otorga la apelación al Ministerio Público por exclusión de prueba importa en el caso concreto una discriminación carente de razonabilidad u justificación constitucional. Así también ya lo señaló esta Magistratura, en relación al artículo 132 bis introducido en el Código Procesal Penal, conforme al cual se establece la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención sólo por el fiscal o el abogado asistente del mismo, entendiendo este Tribunal que “ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho” (Rol 1001-2007);

V.- CONSIDERACIONES FINALES

CUADRAGESIMO.- Que inaplicar la frase ya señalada al caso concreto permite restablecer los principios de igualdad y contenido esencial precisados en los considerandos anteriores;

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Que, en mérito de lo expuesto, se acogerá la presente acción, sólo en tanto se declarará inaplicable la frase “cuando lo interpusiere el ministerio público” del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N°s 2º, 3º y 26º, 83, 93, inciso primero, N° 6º, e inciso undécimo, de la Constitución Política y las disposiciones pertinentes de la

Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, 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 ARTICULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDENADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por desechar el requerimiento en atención a los siguientes motivos:

1° Que la acción de inaplicabilidad, como lo ha declarado reiteradamente esta Magistratura, tiene un efecto puramente negativo, en cuya virtud el tribunal que conoce de la gestión pendiente, en caso de ser acogida la inaplicabilidad, debe abstenerse de aplicar el precepto respectivo en la resolución del asunto que tiene entre manos. En modo alguno, el acogimiento de la inaplicabilidad puede traducirse en indicarle al tribunal de la gestión pendiente qué precepto debe aplicar para su dilucidación ni, mucho menos, crear una disposición para la decisión del caso.

2° Que, en la especie, lo resuelto en la sentencia da precisamente por resultado la creación de un recurso de apelación por parte de quien el legislador no ha legitimado al efecto. Con ello y como quiera que la legitimación para excitar la intervención del órgano jurisdiccional es parte de la competencia de este último, se vulnera el principio

constitucional en cuya virtud sólo la ley (y además una ley orgánica constitucional) puede establecer las atribuciones de los tribunales de justicia, por lo que mal una sentencia de este Tribunal podría investir de competencia al efecto al tribunal de la gestión pendiente.

3° Que, por último, la tutela de las garantías constitucionales ha sido confiada por el constituyente preferentemente a los tribunales superiores de justicia y sólo supletoriamente a esta Magistratura Constitucional, por lo cual, contra lo que argumenta el voto de mayoría, el rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido no significa dejar desamparado al querellante en su legítima pretensión de tutela judicial efectiva de su derecho a recurrir, toda vez que la propia legislación procesal penal (artículo 373, letra a, del Código Procesal Penal) le franquea el recurso de nulidad en contra de la sentencia que culmine el proceso en cuyo transcurso “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Redactó los capítulos II, III y V de la sentencia, el Ministro señor Juan Colombo Campbell, y los capítulos I y IV de la misma, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán. Redactó la disidencia, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1.535-09 INA.

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell, concurrió a la vista y al acuerdo del fallo pero no firma por haber cesado en el cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, (Presidente), Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.