

LA AUSENCIA DE APELACIÓN PARA LA DEFENSA ANTE UNA EXCLUSIÓN DE PRUEBA DENEGADA

Francisco Parra Núñez*

Bien/ y ahora quién/ nos liberará/ de nuestros liberadores.¹

RESUMEN: En este trabajo se realiza una exposición de los principales argumentos que se han tenido a la vista para rechazar la doble instancia en el sistema procedimental del Código Procesal Penal chileno, en el cual, como sostienen los ideólogos del modelo, se adoptan las virtudes de un sistema adversarial por ser el que de mejor manera tutelaría los derechos fundamentales de los ciudadanos ante la imputación jurisdiccional de un ilícito. Luego, se demostrará que la ausencia de una doble instancia en determinados presupuestos funciona, en la praxis, como un elemento que vulnera gravemente la libertad ambulatoria del imputado durante el curso del proceso. Con ello se pretende reafirmar la hipótesis principal de este trabajo, a saber: que los postulados teóricos no pueden escindirse de la aplicación práctica de los mismos, a riesgo, como es el caso chileno, de contravenir los fundamentos esenciales que informan los dogmas elucubrados en el ideario jurídico de la aún llamada Reforma Procesal Penal. La radicalización de estos postulados y la consecuente falta de flexibilidad de los mismos, provoca, en el caso de la restricción de una doble instancia del auto de apertura de juicio oral, la vulneración de los derechos fundamentales de los imputados.

PALABRAS CLAVE: Exclusión de prueba, apelación, sistemas recursivos.

* Abogado. Doctorando en Derecho, cohorte 2017, Universidad de Talca. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca - Universitat Pompeu Fabra. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Talca. franciscoparra.abogado@gmail.com

¹ PARRA, N., *Artefactos*, 1972.

I. Introducción

La historia política de Chile es un tanto paradójica: tuvimos un gobierno de corte marxista elegido democráticamente y, también, la única dictadura militar que terminó con elecciones populares convocadas por el propio régimen de facto. La historia político criminal chilena es, también, paradójica, pues, contrario a lo que pudiera pensarse, las reformas más “duras” que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico reciente, en el ámbito penal y procesal penal, provienen de los gobiernos adscritos a ideologías de centro-izquierda; por el contrario, los casos donde se han “ablandado” los efectos del *ius puniendi* estatal son, en general, de iniciativa de la derecha política.

En efecto, durante la dictadura de Pinochet se promulgó la ley 18.216,² que establece penas alternativas a las privativas de libertad (antes de la reforma introducida por la ley 20.603 consagraba directamente beneficios), que permite, bajo determinados supuestos, que los condenados por un delito no sufran el rigor de una pena privativa de libertad, sino que gocen de una remisión condicional de la pena, de una reclusión nocturna o de una libertad vigilada;³ Por el contrario, durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet –que, en lo político, tuvo una administración de corte socialista–, se concretó un endurecimiento de diversas normativas de contenido procesal y penal que han marcado un hito en el tratamiento de la delincuencia

² Ley 18.216, de 14 de mayo de 1983, cuyo nombre original fue “Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala” y que, luego de la reforma introducida por la Ley 20.603 pasó a llamarse: “Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

³ Estas “medidas” establecidas originalmente por la Ley 18.216 fueron modificadas y ampliadas por la reforma de la Ley 20.603, que, en su catálogo de sustitutivas contempla la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, la expulsión y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

común,⁴ a saber: la llamada Ley Emilia,⁵ que, entre otras modificaciones que introdujo a la Ley de Tránsito, estableció un régimen especial de determinación de la pena que merma la incidencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal; la ley 20.813,⁶ que modifica la Ley de Control de Armas, cuya severidad se manifiesta en la combinación de reglas asociadas a la imposición de penas –donde también se fija un marco rígido de determinación penológico–, y la ejecución efectiva de las mismas⁷ –restringiéndose la posibilidad de acceso a penas sustitutivas–; y, la llamada “Ley de agenda corta”,⁸ que, en lo sustantivo, junto con la imposición de un marco rígido, confiere un efecto especial de exasperación punitiva a la reincidencia.

Sin embargo, en la *praxis*, las iniciativas legislativas anteriores han tenido algunos efectos concomitantes que atentan contra los fines buscados con las reformas. Así, por ejemplo, la reforma a la Ley de Control de Armas permite que bajo su tenor se trate del mismo modo a un delincuente habitual que emplea armas, por ejemplo, para efectuar asaltos o para traficar drogas, que a un simple cazador de coque perteneciente a alguna comuna adscrita a la ruralidad nacional.⁹ Otro tanto sucede con la llamada ley de Agenda Corta, que pretendía endurecer las sanciones para los delincuentes que cometieran cierto delitos contra la propiedad por medios de apropiación,¹⁰ pero supri-

⁴ En este sentido, véase BASCUR, G., “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, en *Política criminal*, Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Doc. 1, pp. 533-609. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf], pp. 590 y 591, con especial relevancia lo señalado en nota al pie N° 224.

⁵ Ley 20.770, de 16 de septiembre de 2014, “Modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte”.

⁶ Ley 20.8013, de 6 de febrero de 2015, “Modifica la Ley 17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal.

⁷ Así, BASCUR, G., “*Análisis...*”, p. 591.

⁸ Ley 20.931, de 5 de julio de 2016, “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos”.

⁹ Así, BASCUR, G., “*Análisis...*”, p. 591, nota al pie n° 226.

¹⁰ Catálogo que comprende al robo con homicidio o violación (443 n° 1 CP), robo con castración, mutilación y lesiones graves gravísimas (433 n° 2 CP), robo con lesiones simplemente

mió la circunstancia agravante de ser dos o más los malhechores¹¹ para reconducirla a una agrupación de delincuentes,¹² cuya configuración es mucho más compleja de acreditar que la derogada exasperante. Además, como consecuencia de esta modificación, se permitió debatir en casos de condenados que se encontraban cumpliendo penas, el ajuste de las mismas, como resultado de una presunta aplicación penal de una nueva ley más favorable.¹³

Estas paradojas no se detienen allí. El proceso penal chileno estatuyó, al momento de su conformación, algunos puntos basales desde los cuales se estructuraría el conjunto de normas que reglan el procedimiento destinado a verificar la comisión de un hecho puni-

graves y retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito (433 n° 3 CP), Piratería (434 CP), Robo con violencia o intimidación (436 inc. 1° CP), Robo por sorpresa (436 CP), Robo en lugar habitado (440 CP), Robo en lugar no habitado (442 CP), Robo en bienes nacionales de uso público (443 inc. 1° CP), Robo de vehículos motorizados (443 inc 2° CP), robo en bienes nacionales de uso público que afecte suministros (443 inc. 3° CP), Robo de cajeros automáticos (443 bis CP), Fabricación de llaves o ganzúas (445 CP), Hurtos (446 CP) (excepto el hurto de hallazgo), Abigeato, excepto la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, etc. (448 bis a 448 quáter CP) y Receptación (456 bis A CP).

¹¹ Prevista en el derogado art. 456 bis N° 3 CP.

¹² Prevista en el nuevo art. 449 bis CP.

¹³ La fórmula utilizada para ello operaba en los presupuestos en que al condenado, en la sentencia, se le reconocían dos minorantes (generalmente las previstas en los números 6 y 9 del art. 11 CP), pero con la existencia de la agravante de ser dos o más los malhechores, en la determinación de la pena no se podía rebajar en grado desde el marco abstracto previsto por el legislador para el ilícito respectivo –que, por regla general, exige para ello a lo menos dos atenuantes–, pues esta se compensaba con alguna de las dos minorantes concurrentes, subsistiendo, con ello, una sola atenuante en favor del reo. Gracias a la modificación de la Ley de Agenda Corta, la defensa de aquellos sentenciados que se encontraban dentro del supuesto de hecho aludido pidieron revisar las sentencias, ya que respecto de ellos concurrirían, aplicando la nueva ley, dos minorantes y ninguna agravante. Junto a lo anterior, solicitaban que, establecidas estas dos minorantes y ninguna agravante en favor del reo, se procediera a rebajar la pena en grado, a través de las reglas de determinación de la pena contempladas en el ordenamiento penal hasta antes de la vigencia de la llamada Ley de Agenda Corta. Si bien se trató de una estrategia basada en la construcción de una *lex tertia*, rechazada por la unanimidad de nuestra doctrina, como se consigna en COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado*, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2011, pp. 440-441, lo cierto es que todo el embrollo ocasionado se habría evitado si el legislador no hubiese eliminado una agravante existente para establecer otra que, supuestamente, tendría mayor rigor que aquella, deviniendo, con todo, en un régimen que, en este aspecto, resulta más favorable que el anterior, lo que contraviene el espíritu de la llamada Ley de Agenda Corta, consistente en acrecentar la reacción penal en esta clase de delitos.

ble y su consiguiente atribución a un ciudadano. Sobre estos puntos basales está —o al menos eso se expresó—, en todo caso, la eficiencia que las reglas del nuevo modelo debían conseguir respecto del respeto por los derechos fundamentales de los imputados, ya que el sistema adoptado se justificó, precisamente, por ser el que ostentaba un mejor rendimiento en la protección de tales derechos.

Sin embargo, la práctica forense ha demostrado que algunos puntos basales del modelo adoptado atentan, paradójicamente, contra su fin último. Ello sucede con la ausencia de un recurso de apelación para impugnar la resolución recaída en una solicitud de exclusión de prueba requerida por la defensa —en el evento de ser rechazada—: se trata de un caso que si bien se ajusta al modelo teórico —que, como se verá, promueve los controles horizontales de actuación, repudiando la verticalidad propia de una apelación—, deviene en nocivos efectos que atentan precisamente contra los derechos fundamentales de los ciudadanos afectos a un proceso penal.

II. La doble instancia en el sistema procesal penal chileno

Si bien los criterios para incluir rasgos específicos de los tipos adversarial o inquisitivo siguen siendo poco claros,¹⁴ se ha afirmado que la principal distinción entre ambos modelos surge de las potestades que se confiere a los juzgadores en materia probatoria: en un sistema adversarial el proceso es entendido como una disputa entre partes, quienes deben aportar las pruebas para que, como resultado de ello, surja la verdad procesal, de modo tal que el juez tienen un rol de mero espectador, adoptando su resolución en base a las probanzas aportadas por las partes; en un modelo inquisitivo o inquisitorial, en cambio, el proceso se estructura como un mecanismo de averiguación de la

¹⁴ DAMASKA, M., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 15.

verdad, donde el juez, en un rol activo, debe encontrar las pruebas para su decisión, siendo, las partes, meros colaboradores en dicha tarea.¹⁵

En este sentido, se ha dicho que el sistema procesal penal que imperaba en Chile hasta la dictación del Código Procesal Penal –en adelante CPP– era un modelo inquisitivo, que tenía como objetivo principal el establecimiento de la verdad, donde correspondía al juez la triple función de investigar, juzgar y sentenciar a los imputados, estableciéndose una estructura jerárquica en cuya virtud los tribunales superiores contaban con amplias posibilidades de revisar lo resuelto por los inferiores.¹⁶ Pero, además de estas características, el modelo inquisitivo habría atentado, tanto por el diseño del Código de Procedimiento Penal –en adelante C de PP– como por la operación práctica de dicho sistema, contra los derechos humanos de los imputados en un proceso penal.¹⁷ Por ello, la piedra angular desde la cual se erigió y configuró el sistema adjetivo chileno es el respeto y aseguramiento de las garantías esenciales del imputado a un debido proceso.¹⁸ Siguiendo esta premisa, el ordenamiento nacional, junto con el de la mayoría de

¹⁵ En RAMOS ROMEU, F., “Proceso inquisitorial y proceso adversarial: Orígenes y funcionamiento en 109 países”, en *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 345-381, p. 350, se propone que la clasificación entre un modelo inquisitorial o adversarial, se puede hacer ya en función del número de poderes conferidos al juez (cuantitativamente), o bien en función de los poderes probatorios concretos que se atribuyen al juez (cualitativamente). Siguiendo este último criterio, un país habría adoptado un proceso inquisitorial si: i) el juez tiene iniciativa probatoria de oficio; y además ii) hace un control judicial de las preguntas obligatoriamente; y/o iii) sólo el juez lleva a cabo los interrogatorios. Al respecto, véase p. 353.

¹⁶ JIMÉNEZ, M. A.; MEDINA, P. y SANTOS, T., *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*, Santiago de Chile: Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014, pp. 41 y 43.

¹⁷ DUCE, M.; FUENTES, C. y RIEGO, C., *Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas: aspectos centrales*. Estudio Preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 2.

¹⁸ Debido fundamentalmente por la adscripción del Estado chileno a instrumentos internacionales de Derechos Humanos que le imponían obligaciones de adaptar su modelo procesal penal a los estándares fijados por tales instrumentos, como se reconoce en RIEGO, C., “El proceso de reforma del procedimiento penal chileno”, en HURTADO, J. (Director), SAN MARTÍN, C. (Coordinador), *La reforma del proceso penal peruano: anuario de derecho penal 2004*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004, pp. 373-400, p. 380.

los países de América Latina, pasó de un modelo con rasgos predominantemente *inquisitivos* a uno de rasgos *acusatorios*, estableciéndose, como núcleo del CPP, la existencia de un Juicio Oral,¹⁹ público, ante un tribunal imparcial, donde un ente autónomo —el Ministerio Público— formula, luego de una investigación bajo su exclusiva dirección, los cargos contra un imputado asistido por un defensor de su confianza o procurado por el Estado.

En el ámbito recursivo, en un modelo inquisitorial, como se encuentra adscrito a una organización jerárquica del Poder Judicial, resulta coherente que las resoluciones de los tribunales inferiores sean latamente revisadas por los tribunales superiores, concibiéndose a esta instancia no necesariamente como un derecho de las partes, sino que más bien como un mecanismo de control, lo que justifica que la competencia para conocer de los superiores no solo sea dada por las partes, sino que también puedan hacerlo de oficio.²⁰ En efecto, el modelo inquisitorial discurría sobre la base de una delegación de funciones desde los superiores a los inferiores, de modo que por medio del recurso se les *devolvía* la competencia para permitir un control del correcto ejercicio de la delegación.²¹ Por ello, en los modelos jerárquicos como el inquisitorial, la revisión no constituye un evento extraordinario.²² Por el contrario, se trata de un acontecimiento que lógicamente debe surgir como consecuencia de la delegación de los superiores a los

¹⁹ PALOMO VÉLEZ, D.; ALARCÓN CORSI, H., “Fundamentación de la sentencia y contradicción, como materialización del derecho al recurso en materia procesal penal”, en *Ius et Praxis* [online]. 2011, vol. 17, n. 1 [citado 2017-08-03], pp. 291-320. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art15.pdf>, p. 308.

²⁰ HORVITZ LENNON, M.; LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Chileno*, T. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.349. En nuestro antiguo modelo, mediante la consulta.

²¹ MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1999, Editores del Puerto s.r.l., p. 449.

²² DAMASKA, M., *Las Caras...*, p. 87.

inferiores,²³ cuya extensión es amplia,²⁴ al punto, como ocurría en el C de PP, de permitir incluso la *reformatio in peius*.²⁵

Frente a esta concepción, con la irrupción del CPP, se reconoce un régimen de recursos que limita las posibilidades de impugnación de las resoluciones de primera instancia, restringiéndose el control superior en los términos necesarios para garantizar el principio de inmediación.²⁶ Como consecuencia de este modelo, entonces, el recurso pasa a ser un derecho del imputado que el sistema procesal debe resguardar y proteger y no un mecanismo de control burocrático.²⁷ En efecto, se establece que, respecto de las sentencias definitivas, el mecanismo de impugnación, por antonomasia, es el recurso de nulidad, de derecho estricto y causales taxativamente señaladas en la ley,²⁸ permitiéndose solo en casos excepcionalísimos la procedencia de un recurso de apelación.²⁹ Con ello se dejó atrás el modelo recursivo del C. de PP, compuesto de tres instancias, donde, en un primer nivel se encontraba el juez del Crimen, en un segundo nivel las Cortes de Apelaciones y sobre estas la Corte Suprema, en cuya virtud la mayoría de las decisiones más relevantes del proceso podían ser revisadas por la Corte de Apelaciones, para luego recurrir ante la Corte Suprema respecto a las decisiones adoptadas por una Corte de Apelaciones a lo largo del Sumario. Además, ciertas resoluciones relevantes eran, de oficio, revisadas por la Corte, lo que presentaba, desde la perspectiva del imputado, dos efectos: i) le confería amplios espacios de ataque

²³ DAMASKA, M., *Las Caras...*, p. 87.

²⁴ Así lo disponía el art. 527 C. de PP, que señala que “[A]unque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia (.)”.

²⁵ Así lo permitía el art. 528 C de PP, al siguiente tenor: “[A]un cuando la apelación haya sido deducida por el procesado, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante (.)”.

²⁶ HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal...*, p. 350.

²⁷ HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal...*, p. 350.

²⁸ PALOMO y ALARCÓN, *La fundamentación...*, p. 309.

²⁹ En los presupuestos contemplados en el art. 370 CPP, que son: i) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y ii) Cuando la ley lo señalare expresamente.

contra las resoluciones judiciales que les fueran desfavorables, y ii) contribuía, sin embargo, a la dilatación de la resolución de los casos.³⁰ Este exceso de revisión jerárquica habría constituido una de las formas de limitación más graves de la autonomía judicial, imponiendo a las decisiones de los jueces inferiores un carácter inminentemente provisional, perdiendo así el control de la causa, la que, además, se va viendo interrumpida constantemente en su curso, restándole unidad a la actuación del juez: estos nocivos efectos solo podrían ser evitados mediante formas de control horizontal entre los intervinientes,³¹ que se tradujo en un control *inter partes*,³² donde el fiscal y su actuación es controlada tanto por el tribunal como por la defensa; la defensa, a su vez, es controlada por el tribunal y el fiscal; y el tribunal es controlado tanto por la defensa como por el fiscal.³³

III. El sistema recursivo en la exclusión de prueba

En el procedimiento penal ordinario de nuestro ordenamiento, una vez finalizada la etapa de investigación y siempre que se hubiere deducido acusación,³⁴ se lleva a cabo la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, en la cual, principalmente, se formulan correcciones formales a la acusación o demanda civil, se plantean excepciones de previo y especial pronunciamiento y se debate sobre la prueba ofrecida por las partes.³⁵ Esta etapa concluye con la dictación del auto de apertura de

³⁰ RIEGO, *El proceso de reforma...*, p. 379.

³¹ Así, RIEGO, C., *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*, volumen I, Aspectos jurídicos, publicación editada por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Cuadernos Jurídicos, 1994, pp. 50 y 51.

³² HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal...*, p. 350.

³³ Sin perjuicio de las facultades reconocidas a los restantes intervinientes, especialmente a la querellante. DUCE *et al.*, *Los regímenes...*, pp. 9 y 10.

³⁴ La Etapa de Preparación de Juicio comienza con la acusación, como se indica en el Párrafo 1º, Título II del Libro II CPP, art. 259.

³⁵ Además, en ella se llama a conciliación en la demanda civil (art. 273 CPP), se puede propender a la unión o separación de acusaciones (art. 274 CPP) y se pueden acordar convenciones probatorias (art. 276 CPP).

juicio oral, que, como se ha dicho, es la resolución más trascendente de esta fase, ya que en ella el juez de garantía determina el tribunal de juicio oral competente que conocerá del asunto, las personas que van a intervenir, delimita el objeto del juicio oral y precisa las pruebas que van a presentarse por las partes durante su sustanciación.³⁶ En lo relativo a este último aspecto, el juez de garantía deberá excluir las pruebas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las que tengan efectos puramente dilatorios, que sea impertinente y, finalmente, las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.³⁷

La llamada “regla de exclusión” por pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, proveniente del derecho procesal norteamericano,³⁸ en principio, radicaba la competencia sobre esta materia únicamente en el juez de garantía respectivo, de guisa tal que su resolución no podía ser impugnada en forma directa por los intervinientes ante un superior jerárquico, lo que se hallaba en plena conformidad con las directrices del modelo adoptado para configurar el sistema recursivo del proceso penal chileno. En efecto, durante la tramitación del CPP, como se desprende de lo consignado por el Segundo Informe de Comisión de Constitución, el auto de apertura del juicio no era susceptible de recurso alguno.³⁹

Esta circunstancia, sin embargo, no prosperó, fundamentalmente por la ausencia de control sobre el Juez de Garantía en esta materia y los nefastos efectos que una resolución errada en este sentido pudiera producir en el proceso, aunque siempre se tuvo en cuenta la necesidad

³⁶ MATURANA, C.; MONTERO, R., *Derecho procesal penal*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2010, p. 575.

³⁷ Todas referidas en el art. 276 CPP.

³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.696, establece Código Procesal Penal*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2000, p. 370.

³⁹ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 19.696...*, p. 848.

de que el referido control no fuera demasiado amplio, por la dilación procedimental que ello podría ocasionar. De este modo, se concedió recurso –de apelación– contra el auto de prueba, pero con restricciones en dos ámbitos: i) se reconoció legitimación activa solo al Ministerio Público, y ii) se hizo procedente para las pruebas excluidas por dos causales (prueba proveniente de diligencias declaradas nulas y obtenidas con infracción de garantías fundamentales). Finalmente, se consignó que la solución adoptada no era óbice para que se reclamara de la prueba viciada a través del recurso de nulidad. Estos razonamientos son explicitados en la historia legislativa del siguiente modo:

“(…) Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas, sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que puedan estimarse dilatorias, porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior.

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

Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad

contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales.”⁴⁰

La solución adoptada, sin embargo, no surtió el efecto esperado en la *praxis*, debido a que la Corte Suprema desechó en forma invariable los recursos interpuestos por las defensas, basados en la causal del art. 373 letra a) CPP, ya que estimó que el tenor de esta norma no comprendía la prueba ilícita obtenida durante la etapa de investigación, circunscribiendo su radio aplicativo a las infracciones cometidas “*en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia*”.

Este erróneo planteamiento interpretativo del máximo tribunal⁴¹ llevó a que se cuestionara duramente el modelo del art. 277 CPP en el curso de la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.074, donde se expuso la necesidad de reconocer titularidad de apelante por exclusión de prueba también a la defensa, precisamente a través de la Indicación N° 34, del entonces Honorable Senador José Antonio Viera-Gallo, pretendiéndose modificar el art. 277 CPP a través de la intercalación, en el inciso segundo del referido artículo, entre las palabras “público” y “por”, la frase “o la defensa”.⁴²

⁴⁰ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 19.696...*, pp. 848 y 849.

⁴¹ Como acertadamente señala HERNÁNDEZ, H., “Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?)”, en *Boletín del Ministerio Público N° 32*, 2007, p. 237, esta postura de la Corte Suprema era errónea porque “(...) el vicio que permite fundar la nulidad del juicio y de la sentencia no es el vicio propio de la obtención de la prueba, sino uno específico del juicio oral, consistente en la incorporación en éste de una prueba que debió ser excluida en la audiencia de preparación por respeto a las garantías fundamentales, incorporación que en cuanto tal representa una nueva vulneración de dichas garantías; esto sin contar con que el argumento desatiende manifiestamente la remisión expresa al recurso de nulidad contenida en el ya citado art. 277. Lo más grave de este proceder no estriba, sin embargo, como es obvio, en la errónea interpretación de reglas legales específicas, sino más bien en la pobre función que el máximo tribunal de la República gratuitamente se autoimpuso en el contexto del resguardo de las garantías fundamentales en el proceso penal chileno. Porque en definitiva la Corte Suprema afirmaba que en materia de obtención de material probatorio con infracción de garantías fundamentales, así como sobre las consecuencias de dicha obtención, los jueces de garantía resuelven en única instancia, o a lo más, y sólo en el caso que excluyeran prueba, con el eventual control de las Cortes de Apelaciones(.)”.

⁴² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.074. Boletín de indicaciones*, “Indicaciones formuladas durante la discusión general del proyecto de ley que modifica los códigos procesal penal y penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la reforma procesal

Durante el Primer Trámite Constitucional de la referida Ley, la Comisión de Constitución del Senado estuvo, por unanimidad,⁴³ de acuerdo con modificar el art. 277 CPP en los términos propuestos, confiriendo así la posibilidad de apelar del auto de apertura también a la defensa de los acusados. En dicha instancia, el Gobierno y sus representantes ante la Comisión se opusieron a la reforma en concordancia con lo que sostuvieron al momento de tramitar el CPP y reconocer legitimidad recursiva únicamente al Ministerio Público,⁴⁴ por los argumentos siguientes:

“(...) Los representantes del Gobierno afirmaron que, de aceptarse la modificación planteada, siempre que haya exclusión de prueba por cualquier causa las partes van a apelar y, como la exclusión de prueba es una cuestión común, la apelación en ambos efectos que se plantea se va a transformar en un problema ya que paralizará rápidamente el sistema. Por otro lado, el artículo 276 especifica con claridad y profundidad qué se entiende por prueba impertinente, por tanto no es una situación que queda al arbitrio del juez (.).”

Por su parte, el a la sazón Honorable Senador Alberto Espina engarzó el debate precisamente con la adscripción del modelo recursivo a las premisas de un sistema adversarial, reseñando al respecto que:

“[H]ay que estudiar con detención esta proposición, ya que se corre el riesgo de instalar nuevamente una doble instancia para la mayoría de las

penal”, de fecha 14 de mayo, 2004, *Boletín N° 3465-07, indicaciones 14.05.04 (reemplaza al boletín de 03.05.04)*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2004, pp. 65 y 81.

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.074, “Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica los códigos procesal penal y penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la reforma procesal penal”, de fecha 25 de agosto, 2004, Cuenta en Sesión 26, Legislatura 351, boletín N° 3.465-07*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2004, pp. 88-236, p. 150, donde consta que fue aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Viera-Gallo y Zaldívar. En la página 206 del referido informe también se da cuenta de la unanimidad.

⁴⁴ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley 20.074, Segundo informe...*, p. 149.

actuaciones del nuevo proceso penal, lo que significaría desvirtuar aspectos que son esenciales de este nuevo procedimiento”.

En el ámbito dogmático, el profesor Raúl Tavolari explicó a la Comisión la razonabilidad de la propuesta, pero con un matiz distinto: encauzó el debate hacia la posibilidad de que pueda haber prueba ilícita a favor de la defensa, a cuya exclusión debe contarse con una apelación en su favor. En este sentido, señaló que

“(…) Esta Indicación vela por el cumplimiento del principio de garantía e, incluso, la doctrina penal discute y admite en ciertos casos la procedencia de prueba ilícita a favor del imputado. Con todo, deberá haber perjuicio para que la parte respectiva pueda apelar de esta resolución”.

Finalmente, los representantes de los principales intervinientes en el proceso penal, también se mostraron a favor de la modificación. El entonces Fiscal Nacional del Ministerio Público, Guillermo Piedrabuena, circunscribiendo la discusión, del mismo modo que el profesor Tavolari, a la ausencia de una apelación para el caso en que se excluya prueba de la defensa, señaló que:

“(…) tal como está la disposición en este momento, este auto sólo es apelable por el Ministerio Público. La *ratio legis* de la disposición actual se basa en la preocupación cuando se excluye prueba del Ministerio Público, ya que es difícil que haya exclusión de prueba de la defensa. Con todo, agregó, sería útil abrir la puerta para que ambas partes puedan apelar y que los motivos de apelación no sean sólo por calificación de ilicitud de la prueba, sino por exclusión de prueba motivado en cualquier causal. Precisó que hoy la defensa igual está impugnando fallos por exclusión de prueba, alegando, vía nulidad, que dicha exclusión infringió la garantía el debido proceso. No obstante, jamás ha prosperado esta vía”.

Por su parte, el Defensor Nacional de la época, Rodrigo Quintana, explicó su posición favorable a la reforma, restringiéndola, del mismo modo que el representante del ente persecutor, a los casos en

que se excluye prueba presentada por la defensa –por estimarse que es ilícita–, al siguiente tenor:

(...) esta Indicación busca equilibrar a la defensa en materia de impugnación por exclusión de pruebas durante la audiencia de preparación de juicio oral. La actual redacción de la norma en comento hace imposible impugnar las eventuales privaciones de prueba de la cual puede ser objeto la defensa. De ahí que se hace del todo necesario tener la posibilidad, al igual como actualmente la detenta el Ministerio Público, de recurrir a un tribunal superior, con el fin de que se pronuncie por tal controversia. La actual redacción deja en muchos casos a la defensa sin la posibilidad de presentar prueba en el juicio oral, traduciéndose tal situación en una completa indefensión del acusado”.

Sin embargo, con posterioridad, la iniciativa no prosperó, ya que durante el Segundo Trámite Constitucional de la Ley 20.074, ante la Cámara de Diputados, algunos intervinientes modificaron sus postulados iniciales, otros, intensificaron su oposición y, además, se contó con la opinión de expertos que no aconsejaron la modificación del art. 277 CPP. En efecto, el Fiscal nacional Guillermo Piedrabuena cambió su postura inicial, señalando que:

“(...) en la actualidad, la defensa del imputado no está en la indefensión, por cuanto puede recurrir al tribunal oral para que declare la exclusión de pruebas o deducir el recurso de nulidad por privación de derechos esenciales. Añadió que la norma en análisis se refería a pruebas de cargo, es decir, las que ofrece el Ministerio Público para acreditar el ilícito, razón por la que consideraba que sería muy difícil a la defensa demostrar agravios para fundar el recurso. En todo caso, estimaba que de aprobarse la modificación, ésta debería también extenderse al querellante y comprender no sólo la causal que señala el inciso tercero del artículo 276, sino también las señaladas en los incisos primero y segundo de dicho artículo(.)”⁴⁵

⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe Comisión de Constitución, Cámara de Diputados. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la reforma procesal penal*, de fecha 05 de abril, 2005.

Además de estas argumentaciones, el Ministerio Público señaló, volviendo a la idea de prueba ilícita de la defensa, que:

“[L]es parecía improcedente la proposición del Senado en cuanto a conceder el recurso de apelación a la Defensoría, toda vez que la norma se refería a la exclusión de pruebas de cargo por ilegalidad en su obtención, lo que difícilmente podrá ocurrirle a la Defensoría”.⁴⁶

Además de lo anterior, el Ministerio Público propuso modificar el mismo artículo, incorporando en él la posibilidad de no perseverar en la investigación cuando le fueran excluidas pruebas determinantes para acreditar los hechos perseguidos. Por su parte, los representantes del Ministerio de Justicia, al referirse a la propuesta de modificar el art. 277 CPP, señalaron que

“[E]l recurso de apelación se había concedido, desde el punto de vista doctrinario, al Ministerio Público porque se entendía que la exclusión de prueba se refería a la de cargo, no obstante, existían diferentes interpretaciones que la extendían también a la probanza de la Defensoría”.⁴⁷

Por su parte, el profesor Jorge Bofill Genzsch compareció ante la Comisión para mostrar su disconformidad con la alteración del art. 277 CPP, argumentando que:

“(…) ello daría lugar a que los abogados buscaran dilatar el juicio oral e inventaran solicitudes en tal sentido en las audiencias de preparación, atochando con ello a las Cortes de Apelaciones con causas de exclusión, postergando los juicios orales, con el consiguiente desmedro para el caso que sostiene la fiscalía. Agregó que la misma norma que se quiere modificar, contempla otra solución para este problema, señalando la procedencia del recurso de nulidad en razón de haber involucradas materias propias de

Cuenta en Sesión 62, legislatura 352. Boletín N° 3465-07, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Santiago, 2005, p. 301.

⁴⁶ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, p. 362.

⁴⁷ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, p. 363.

garantías constitucionales. Si bien la nulidad acarrea la vuelta atrás de todo el proceso, siempre es más económico porque la ocurrencia del recurso de nulidad es mínima (.).⁴⁸

Ante estas argumentaciones los representantes de la Defensoría Penal Pública plantearon una solución diversa a la modificación del art. 277, vinculada con la causal de nulidad por infracción de garantías fundamentales, prevista en el art. 373 a). Este giro argumental es plasmado del modo que sigue:

“(...) concedieron que no se había dado a la defensa la posibilidad de apelar frente a la exclusión de prueba, porque la misma norma en análisis le permite interponer el recurso de nulidad, pero, al respecto, la Corte Suprema ha entendido que este último recurso solamente dice relación con la vulneración de garantías en el juicio oral o en la sentencia y no en la etapa de investigación, cuestión que estimaban podría salvarse introduciendo la modificación pertinente en la letra a) del artículo 373”.⁴⁹

Finalmente, habida cuenta de los planteamientos referidos, la Comisión rechazó la proposición del Senado de modificar el art. 277 CPP para reconocer titularidad a la defensa como apelante del auto de apertura de juicio oral, accediendo, eso sí, a lo planteado por el Ministerio Público en cuanto a consagrar la posibilidad de no perseverar cuando se le excluyan pruebas determinantes.⁵⁰ Por su parte, la solución propugnada por la Defensoría Penal Pública fue acogida, modificándose el art. 373 letra a) CPP, en los términos que sigue vigente hasta hoy.⁵¹

⁴⁸ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, pp. 312 y 313.

⁴⁹ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, p. 362.

⁵⁰ BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, p. 363.

⁵¹ A pesar, como se recoge en BIBLIOTECA, *Historia de la Ley N° 20.074, Primer Informe...*, p. 376, de que los “(...) representantes del Ministerio Público sostuvieron que la interpretación de la Corte era correcta por cuanto la proposición de la Defensoría iría en contra de una serie de normas legales, sin perjuicio, además, de que las disposiciones que permiten alegar la nulidad en la etapa de la investigación, se encontraban en los artículos 159 y siguiente del Código. Más aún, el artículo 160 presumía de derecho la existencia de perjuicios cuando la infracción impedía el ejercicio de derechos

IV. La ausencia de apelación para la defensa por exclusión denegada

El sistema recursivo que se reconoce a la exclusión de pruebas en el CPP resulta, a lo menos, controversial. En efecto, como se ha expuesto, de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de exclusión de prueba solo puede recurrir de apelación el Ministerio Público,⁵² cuando se trate de una prueba excluida por la causal del inciso 3 del art. 276 CPP,⁵³ es decir, cuando la probanza provenga de actuaciones o diligencias que hubieran sido declaradas nulas o que se hubiese obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.⁵⁴

Ante este escenario recursivo, tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia, han restringido el debate sobre dos aspectos. Uno, dice relación con la ausencia de apelación cuando a la defensa le excluyen prueba ilícita, donde el Tribunal Constitucional ha resuelto de forma uniforme que el art. 277 CPP contendría un tratamiento diferenciado establecido por la ley, el que sería arbitrario, ya que no existiría justificación razonable alguna que sustente esta discriminación, transgrediéndose, con ello, la “igualdad de armas” en el ámbito procesal y, en consecuencia, atentando en contra del derecho constitucional a un

amparados por la Constitución o las leyes. Añadieron a lo anterior, que acoger la proposición de la Defensoría redundaría en una considerable ampliación de la competencia de la Corte Suprema.

Los representantes del Ministerio de Justicia recordaron que era requisito para la procedencia del recurso de nulidad, su preparación. En consecuencia, si la defensa no hizo valer en su momento el incidente de nulidad, se entiende que no se preparó el recurso y, por lo mismo, sería inadmisibile. A su juicio, la proposición de la Defensoría, salvaba un vacío de la legislación (.)”.

⁵² MATURANA; MONTERO, *Derecho...*, p. 575.

⁵³ Este inciso señala lo que sigue: “*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*”.

⁵⁴ Así lo dispone el inciso penúltimo del art. 277 CPP: “*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*”.

procedimiento racional y justo (artículo 19, N° 3°, inciso sexto CPR), así como al derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos en materia procesal (artículo 19, N° 3°, inciso primero CPR), respaldado, también, por el derecho constitucional a que la ley no establezca diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2°, inciso segundo CPR).⁵⁵

Un segundo análisis que se ha hecho por nuestra doctrina y jurisprudencia dice relación con la pureza de la prueba que llegará al Juicio Oral: ¿qué pasa si el Juez de Garantía yerra?, ¿cuál es el efecto de una prueba espuria en el Juicio Oral? Al respecto hay dos posiciones bastante asentadas en nuestra dogmática, cada una con respaldo jurisprudencial y que solo señalaré en sus puntos neurálgicos: una primera, elucubrada por Julián López Masle,⁵⁶ que se niega a reconocer la posibilidad del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de efectuar un nuevo control de licitud de la prueba –un nuevo cuestionamiento para excluirla–, ya que la admisibilidad se encuentra entregada en su totalidad al Juez de Garantía. Para ello, el art. 276 CPP contempla causales de exclusión y fija perentoriamente la oportunidad procesal para alegarla –la Audiencia de Preparación de Juicio Oral–. Si la prueba llegara a pasar, no obstante su ilicitud, el remedio que el CPP consagra es el recurso de nulidad, una vez que se hubiese dictado sentencia definitiva, en virtud de lo previsto en el art. 277 inc. final CPP. Frente a esta postura, se ha planteado fundamentalmente por Héctor Hernández

⁵⁵ Para mayores detalles de esta problemática, véase una síntesis argumentativa en la STC Rol N° 3197-16, de 11 de julio de 2017. Una mirada crítica sobre esta tendencia jurisprudencial puede verse LEYTON JIMÉNEZ, J. F., “¿Apelación del auto de apertura de juicio oral por la defensa? (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28(2), 253-258. <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200012>>.

⁵⁶ HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal...*, pp. 197 y ss. En el mismo sentido se pronuncia Tavolari, Raúl. “Informe en Derecho. Del debate sobre la licitud de la prueba y exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”. *Boletín Ministerio Público* N° 14. Marzo 2003, p. 151, quien indica que el tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía porque no es el superior jerárquico de aquel, resultando, con ello, incompetente para la referida tarea.

Basualto,⁵⁷ que ante la constatación de la ilicitud de una prueba que pasó por el errado tamiz de un Juez de Garantía el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal puede y debe negarse a valorar dicha prueba, ya que no resulta concebible que los jueces fallen conscientemente en base a una prueba que vulneró las garantías fundamentales del imputado.

El principal argumento de López para contrarrestar la propuesta de Hernández radica en que si se llega a admitir la posibilidad de que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal “no valore” una prueba que, sin embargo, ya conoció, “contamina” de todos modos al Tribunal, produciéndose el más indeseado de todos los efectos posibles: que el Tribunal, no obstante “no haber valorado” la prueba que estimó como espuria de todos modos condene al imputado, pues dicha prueba, por muy ilegítima que hubiere sido de todos modos entró en la *psiquis* de los juzgadores e incidió en la imparcialidad que deben ostentar; si ello ocurre, además, el imputado pierde su derecho a recurrir de nulidad como remedio para la resolución que lo condenó, pues la prueba que tachaba de ilegal, no obstante la decisión condenatoria, fue desechada por el mismo tribunal.⁵⁸

El último argumento es el que parece ser más contundente para reconocer la primacía de la posición planteada por López. Sin embargo, la exposición de esta dificultad, para fines de este trabajo, busca otro efecto: que la negación de la apelación del Auto de Apertura para el imputado constituye una grave vulneración de sus derechos fundamentales. En efecto, la posición de López cuenta con espléndidos argumentos normativos para ser aceptada. La postura de Hernández, por su parte, aunque la considero incorrecta, también se asila en una razonable construcción teórica con raigambre legal. Pero ambas no solucionan –no es ese el fin que buscan, para ser justo– el punto más controvertido de la prueba ilícita, que es su enorme potencialidad para

⁵⁷ HERNÁNDEZ, H., *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, n. 2, 2002, 3-100, p. 90.

⁵⁸ HÓRVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal...*, p. 201.

servir de fundamentación a la imposición de medidas cautelares sobre el imputado, incluyendo dentro del catálogo potencial a la de mayor gravedad, esto es, la prisión preventiva. Entonces, como la posibilidad de cuestionar el examen de legitimidad de la prueba que hizo el Juez de Garantía en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral se encuentra vedado, y solo podrá ser nuevamente considerado por el tribunal de Juicio Oral, siguiendo la postura de Hernández, o por la Corte Suprema a través de un recurso de nulidad, siguiendo la posición de López, las medidas cautelares que se encuentran sustentadas en una prueba ilícita no declarada por el Juez de Garantía, sobrevivirán hasta que llegue o el Juicio Oral o la vista y fallo del Recurso de Nulidad ante la Corte Suprema. Y, mientras tanto, el imputado permanecerá afecto a prisión preventiva o, si tiene suerte, a alguna de las cautelares de menor intensidad previstas en el art. 155 CPP.⁵⁹

Sin embargo, la trascendencia del debate sobre el sistema recursivo en nuestro modelo procesal penal, en lo tocante a la exclusión de prueba, implica asumir dos paradigmas que, hasta hoy, no han sido planteados por la dogmática nacional: uno, relativo a la ausencia parcial de apelación respecto de la defensa y, el otro, a la inocuidad de reconocer posibilidades de revisión de decisiones que afectan los derechos fundamentales de los imputados aun contra la estructuración restringida de una doble instancia.

En lo primero, entonces, sobre la ausencia de apelación parcial de la defensa para los casos de exclusión de prueba, me refiero a que la norma del art. 276 inc. 3 CPP es única y excepcional en todo nuestro ordenamiento jurídico, cuyo efecto se dirige precisamente contra el imputado. En efecto, si bien la posibilidad de apelar de la exclusión de prueba ofrecida por la defensa constituye un estadio inaceptable de desigualdad procesal, lo que resulta jurídicamente grotesco es que en el caso en que se permite apelar —esto es, cuando se excluye prue-

⁵⁹ HERNÁNDEZ, *La Exclusión...*, pp. 88 y 89.

ba ofrecida por el MP— no se admita, en el evento de rechazarse la petición de exclusión esgrimida por la defensa, que esta recurra: ¡solo puede apelar una parte, la otra no! En el fondo, la regla es así: si yo, defensor, deduzco mi pretensión y esta es acogida, la contraria puede apelar; si yo, defensor, deduzco mi pretensión y esta es denegada, no puedo apelar. No conozco otro caso de semejante arbitrio en toda la legislación nacional.⁶⁰ Ni, tampoco, razón alguna que justifique este tratamiento. Ni, menos, porque al discutirse sobre la apelación del auto de prueba una vez que la reforma ya había sido implementada, durante la tramitación de la ley 20.074, los representantes de la Defensoría Penal Pública y demás expertos opinantes, omitieron referirse a esta arista de la discusión como si la *praxis* y los derechos de los imputados fueran francamente invisibles. Como se dijo, el perjuicio concreto y cuantificable de esta clase de medidas para los imputados radica en la mantención de estos bajo una medida cautelar personal fundada en la prueba que fue obtenida en forma espuria y que, por error, pasó el filtro del Juez de Garantía. Se trata de un caso muy diferente a la discusión sobre la exclusión de prueba ofrecida por la defensa y su sistema recursivo: allí se discute la procedencia de apelación, en general: la defensa ofrece prueba; si esta es excluida, la defensa no puede apelar; si la solicitud de exclusión de la misma es denegada, el fiscal tampoco puede apelar. Se trata, esta última, de una solución poco feliz, pero, al menos, equitativa.

Por otra parte, un segundo paradigma dice relación con la naturaleza misma del proceso penal y su sistema recursivo. Es inocuo, por una parte, que se contemplen diversos momentos de revisión de decisiones jurisdiccionales, cuando en ellas va envuelta la posibilidad de afectación de los derechos fundamentales de los imputados, máxime si se asume como cierta la función del proceso jurisdiccional

⁶⁰ El único parangón de esta norma está en el art. 132 bis CPP, que permite apelar de la declaración de ilegalidad de la detención solo al MP, que replica el modelo recursivo del art. 276 inc. 3 CPP y que fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 20.931, comúnmente llamada, como se ha referido *supra*, como Ley de Agenda Corta Antidelincuencia.

como la aplicación correcta del Derecho al caso concreto.⁶¹ En este sentido, los argumentos que se han dado con frecuencia para justificar la ausencia de una “doble instancia” en el proceso penal son, a lo menos, cuestionables. Cuando se ha dicho que se debe preferir un modelo en que solo se contemplen recursos de derecho estricto, como consecuencia de la inmediación e independencia de los juzgadores, promoviéndose controles horizontales, no puede obviarse el llamado “factor humano”, que en la especie se manifiesta en que, en el lugar del imputado comparece un defensor, cuya calidad como funcionario estatal es discutible, ya que en la mayor parte de los casos se trata de defensores licitados, lo que indefectiblemente implica un escaso control orgánico de responsabilidad del litigante; podrá, también, comparecer un defensor privado, quien solo es controlado por el cliente, a menos que el juzgador, en su rol de garante, declare, ante un desempeño deficitario de sus funciones, el abandono de la defensa, lo que es excepcionalísimo.

Un segundo aspecto contra este paradigma dice relación con la supuesta demora o retardo que implicaría para el sistema la concesión indiscriminada de apelaciones durante el proceso, lo que es, también, falaz, pues, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional:

“(…) [L]os datos disponibles en el Boletín Anual Estadístico del Ministerio Público de enero a diciembre del año 2016 (p. 43), muestra que el tiempo promedio de tramitación de un juicio oral en nuestro país es de 494 días. Asimismo, la información disponible en la Cuenta Anual del Poder Judicial, también del año 2016, indican que las Cortes de Apelaciones del país demoran, en promedio, 13,51 días en fallar las apelaciones y nulidades del sistema procesal penal, desde su ingreso hasta la sentencia respectiva. Es decir, el 2,73% de la duración de un juicio penal promedio puede ser

⁶¹ DEL RIO FERRETTI, C., “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”, en *Estudios constitucionales* [online]. 2012, vol.10, n.1, pp. 245-288. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>, p. 248.

imputada a una demora producto de una revisión en segunda instancia. En consecuencia, la evidencia empírica no respalda el argumento aludido(.)”⁶²

Del mismo modo es rechazable la simpleza del argumento, vinculado con el anterior, consistente en que si se concede recurso, “todos apelarán”. Se trata, primero, de un perjuicio absolutamente inocuo a la agilidad del procedimiento, como se desprende de los datos del párrafo anterior, como también de la preferencia con que son tratadas, por regla general, las apelaciones dentro de nuestro sistema, que son vistas y falladas durante la misma mañana o al día siguiente de su interposición por la Corte de Apelaciones respectiva. Segundo, este argumento ignora lo prescrito en el inc. 3 del art. 354 CPP, el cual exige mandato expreso del imputado para renunciar a un recurso,⁶³ norma aplicable al recurso de nulidad en plenitud, de modo que, si se entiende que la apelación de exclusión de prueba por la defensa no debe ser admitida porque se debe accionar de nulidad en la forma prevista en el art. 373 a) CPP, lo que se hace es simplemente negar una reclamación que se interpondrá de todos modos, a menos que el imputado renuncie expresamente a ello y cuya resolución tardará bastante más en su tramitación que la de una apelación, sin contar con los exorbitantes costos –económicos, humanos– que generan la posposición del conflicto hasta la instancia referida.

Finalmente, la ausencia de un recurso de apelación en el sentido señalado solo implica negarse a la realidad. Un defensor avezado, quien se percata de la existencia de prueba espuria que fundamenta una medida cautelar, pedirá revisión de la misma y, si el tribunal de grado no accede a su solicitud, apelará, con los mismos fundamentos con los que posteriormente pedirá la exclusión de prueba. Si ello no resulta a su favor, probablemente recurra de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, pudiendo apelar de su resolución ante la

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3197-2016, de 11 de julio de 2017.

⁶³ Y que, en la práctica, su infracción genera responsabilidad administrativa del defensor penal público o licitado.

Corte Suprema. Y este ejercicio podrá hacerlo una y otra vez, sin límite alguno. Evidentemente que si los tribunales, ante dichas solicitudes, resuelven conforme a derecho, fallarán que se trata de un asunto propio de una exclusión de prueba, denegando lo pedido. Si resuelven conforme a justicia, probablemente entren a conocer del fondo del asunto. Pero en uno u otro caso, lo cierto es que un modelo procesal que tenga en su núcleo el respeto por los derechos fundamentales de los imputados no puede seguir amparando en el texto de su ley, arbitrariedades que solo se justifican en un entendimiento radical, pero a la vez ciego, de un adversarialismo que, en este punto, resulta vergonzosamente ineficiente para los fines que debe tutelar.

En este orden de ideas el recurso juega, idealmente, un doble rol. Por una parte, es una garantía procesal a disposición de las partes insatisfechas con la decisión que resuelve sus peticiones, y, por otra, como indica Del Río,⁶⁴ es un mecanismo destinado a maximizar las probabilidades de acierto judicial y de decisiones justas. Ahora bien, en lo concreto, la necesidad de control se encuentra estrictamente vinculada con la mayor o menor exigencia de racionalidad en la valoración de las pruebas que sustentan la decisión del juzgador. Así, entonces, a mayor racionalidad de la valoración hay también mayores posibilidades de ejercer controles eficaces de lo resuelto; por el contrario, a mayor irracionalidad de la decisión, menores son las posibilidades de controlarla a través de recursos.⁶⁵ En esta noción de los modelos de valoración probatoria, el previsto en el ordenamiento chileno exige, al menos en su texto, fundamentación de las resoluciones judiciales:⁶⁶ se trata, en el ideal, de resoluciones cuya motivación consta en ellas mismas. En este escenario, entonces, el recurso no está llamado a sustituir la valoración subjetiva e íntima del juez por otra de idéntica naturaleza, pero de un tribunal superior, sino que implica verificar la

⁶⁴ DEL RÍO, *Estudio...*, p. 249.

⁶⁵ DEL RÍO, *Estudio...*, p. 250.

⁶⁶ Así lo mandata el art. 36 CPP, exceptuando solo a las que se pronuncian sobre cuestiones de mero trámite.

racionalidad del juicio empleado, cuando se trata de un recurso como el de nulidad, o de sustituir la valoración cuya incorrección ha sido corroborada,⁶⁷ en caso de un recurso de apelación.

Finalmente, la justificación de la apelación en un modelo como el nuestro dice relación con a lo menos tres tópicos, a saber: i) el tribunal superior cuenta o podría contar con mayor y mejor información que el recurrido para resolver el asunto, bien sea por la aportación de nuevas pruebas, bien sea por la aportación de hechos desconocidos o nuevos; ii) además de estos elementos, el tribunal superior tiene a su haber la resolución misma del asunto por parte del inferior, es decir, no resuelve *ex novo*; iii) también, los tribunales superiores gozan de una mayor experiencia y formación que los tribunales inferiores, lo que incide también en la mayor posibilidad de acierto en la resolución del asunto.⁶⁸ Tratándose de la apelación del auto de prueba, considerando sus efectos, fundamentalmente los vinculados con la suficiencia de la prueba ilícita para fundar medidas cautelares que afectan la libertad ambulatoria de los ciudadanos, y teniendo en cuenta, por cierto, que ya se reconoce este mecanismo como medio de impugnación en favor de uno de los intervinientes –el Ministerio Público–, resulta indispensable su concesión para la defensa. No se trata –al menos no directamente–, tan solo de un problema engarzado dentro de la lógica del derecho al recurso, sino más bien de algo mucho más concreto: un caso de diferenciación arbitraria, que pugna derechamente con el mandato constitucional previsto en el art. 19 N° 2 CPR.

V. Conclusiones

1. La ausencia de apelación del auto de apertura solo para la defensa, cuando se le deniega su petición de excluir prueba de cargo, es una muestra empírica de las contradicciones vitales que pueden surgir

⁶⁷ DEL RÍO, *Estudio...*, p. 250.

⁶⁸ Más detalles en DEL RÍO, *Estudio...*, pp. 253 y 254.

al momento de implementar un modelo que, en el ideal, entiende que la estructura procesal debe erigirse desde reglas que proporcionen el mejor rendimiento en la tutela efectiva de los derechos fundamentales del encartado.

2. Lo anterior se encuentra estrechamente vinculado con el rechazo que en los modelos de corte adversarial, como el contenido en el CPP, se tiene de los controles verticales de las decisiones jurisdiccionales.

3. En lo tocante a la ausencia de legitimidad activa para recurrir del auto de prueba por la defensa, desde que entró en vigor el CPP y durante el trámite de algunas leyes modificatorias del proceso penal, se han planteado diversos argumentos para conservar este *statu quo*: i) primero, se dejó entregado el control de la prueba ilícita obtenida con infracción de garantías, *a posteriori*, a la Corte Suprema, mediante la causal de nulidad prevista en el art. 373 a) CPP, lo que, en principio, no recibió aplicación práctica por el máximo tribunal; ii) si bien se formularon planteamientos tendientes a conceder apelación por solicitudes de exclusión denegadas a las defensas, ellos no prosperaron, pues se temió que a través de este expediente se paralizara el sistema, atentándose, con la doble instancia, contra aspectos esenciales del modelo, y iii) los actores involucrados centraron la discusión en la ausencia de apelación para la defensa cuando, habiendo presentado prueba propia, esta hubiere sido excluida a petición del Ministerio Público.

4. Nuestra doctrina y jurisprudencia (fundamentalmente del Tribunal Constitucional) han circunscrito el debate del recurso sobre el auto de apertura de Juicio Oral a dos aspectos. Uno, desde el derecho al recurso, se ha resuelto que la defensa debiese estar dotada de apelación cuando se le excluye prueba de descargo por iniciativa del Ministerio Público; otro, relativo al yerro consistente en si se llega a filtrar al Juicio Oral prueba ilícita que debió ser excluida por el Juez

de Garantía: ¿qué debe y/o puede hacer ante ello el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y los litigantes?

5. El debate nuclear de este trabajo, sin embargo, no ha sido considerado ni por nuestra dogmática ni por la jurisprudencia nacional. Se trata, en primer lugar, de explicitar las razones que justificarían (o no) la ausencia de apelación para la defensa cuando se le ha denegado su solicitud de exclusión probatoria. El caso, único y de máxima excepción en nuestro ordenamiento jurídico, contraviene de manera flagrante el mandato constitucional de igualdad ante la ley, cuyo perjuicio concreto se manifiesta en la alta potencialidad de la prueba ilícita para servir de justificante a la imposición de medidas cautelares personales.

6. Por otra parte, resulta absolutamente inocuo establecer una doble instancia sobre decisiones que afectan los derechos fundamentales de los imputados, considerando que el fin del proceso es propender a la aplicación correcta del derecho al caso concreto, descartándose los argumentos contrarios que descansan en la inmediatez y en la dilatación excesiva del procedimiento.

7. Una doble instancia, en el caso de la exclusión de prueba para la defensa —o, incluso, como regla general—, confiere al sistema recursivo el rol de garantía procesal y, conjuntamente con ello, el de mecanismo de maximización de probabilidades de acierto y decisiones justas. La apelación, en este caso, está llamada a sustituir la valoración que se ha corroborado como incorrecta y a evitar, con ello, que la resolución del asunto por un tribunal superior se dilate hasta el conocimiento del recurso de nulidad por la Corte Suprema.

8. Finalmente, las garantías del imputado tienen una tutela de mayor eficacia si se concede una apelación, pues, además de proscribir las cautelares que lo afecten (en el evento de acogerse la apelación por prueba que no se excluyó), el tribunal superior cuenta con mejor información de los hechos, teniendo a su merced, además, la decisión del inferior. Por ello, y sin perjuicio de las observaciones que puedan

formularse al modelo recursivo de la exclusión desde la perspectiva del derecho al recurso, la regulación actual confiere un trato de evidente desigualdad entre los intervinientes. Si ambas partes no pudiesen recurrir, lo que allí se afecta es el derecho al recurso; si el recurso solo le está vedado a una de ellas, entonces se trata de un caso de arbitrio puro.

Bibliografía

- BASCUR, G., “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, en *Política criminal*, Vol. 12, N° 23 (Julio 2017), Doc. 1, pp. 533-609. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf]
- COUSO, J.; HERNÁNDEZ, H., *Código Penal Comentado*, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2011.
- DAMASKA, M., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DEL RÍO FERRETTI, C., “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”, en *Estudios constitucionales* [online]. 2012, vol. 10, n. 1, pp. 245-288. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>
- DUCE, M.; FUENTES, C. y RIEGO, C., *Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas: aspectos centrales*. Estudio Preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
- JIMÉNEZ, M. A.; MEDINA, P. y SANTOS, T., *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*, Santiago de Chile: Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.
- LEYTON JIMÉNEZ, J. F., “¿Apelación del auto de apertura de juicio oral por la defensa? (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 253-258. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200012>
- HERNÁNDEZ, H., *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, n.2 , 2002, 3-100.
- HERNÁNDEZ, H., “Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?)”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 32, 2007.
- HORVITZ LENNON, M. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Fundamentos, 1999, Editores Del Puerto s.r.l., p. 449.
- MATURANA, C.; MONTERO, R., *Derecho procesal penal*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2010.
- DAMASKA, MIRJAN. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- PALOMO VÉLEZ, D. y ALARCÓN CORSI, H., “Fundamentación de la sentencia y contradicción, como materialización del derecho al recurso en materia procesal penal”, en *Ius et Praxis* [online]. 2011, vol. 17, n. 1 [citado 2017-08-03], pp. 291-320. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art15.pdf>
- RIEGO, C., “El proceso de reforma del procedimiento penal chileno”, en Hurtado, J. (Director), San Martín, C. (Coordinador), *La reforma del proceso penal peruano: anuario de derecho penal 2004*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004, pp. 373-400.
- RIEGO, C., *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos. Volumen I, aspectos jurídicos*, publicación editada por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Cuadernos Jurídicos, 1994.
- RAMOS ROMEU, F., “Proceso inquisitorial y proceso adversarial: Orígenes y funcionamiento en 109 países”, en *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 345-381.

