



**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS**

**INFORME EN DERECHO**

**01-2011 /Abril**

**Constitucionalidad del Art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 que modifica el Código de  
Justicia Militar**

**Eduardo Aldunate Lizana**

Consulta sobre la versión oficial de este documento a: [biblioteca@dpp.cl](mailto:biblioteca@dpp.cl)

Informe en derecho  
Constitucionalidad del art. 8 transitorio de la ley N° 20.477  
que modifica el Código de Justicia Militar.

**I. Objeto del presente informe**

El presente informe tiene por objeto analizar la constitucionalidad del artículo 8 transitorio de la ley N° 20.477 que modifica el Código de Justicia Militar, y que reza, literalmente como sigue:

*Artículo 8°.- En el nuevo juicio seguido ante el Juez de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, en su caso, que resulte de la aplicación de las normas transitorias anteriores, el Ministerio Público deberá señalar en su acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el Tribunal Militar, de conformidad a lo señalado en el artículo 259 letra f) del Código Procesal Penal, los que formarán parte del auto de apertura del juicio oral.*

*En los casos que resulte la aplicación del procedimiento simplificado o abreviado, los medios de prueba antes dichos se entenderán parte integrante del requerimiento o la acusación verbal respectivamente.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el 334 del Código Procesal Penal, podrán reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren declaraciones de testigos y peritos rendidas ante el Tribunal Militar, cuando estas personas hayan fallecido, caído en incapacidad física o mental, su residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en el juicio, en conformidad al artículo 329 del mismo Código.*

*La prueba confesional y testimonial rendida ante el Tribunal Militar podrá utilizarse en la audiencia de juicio ante el Juez de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, en su caso, según lo dispuesto en el artículo 332 del Código Procesal Penal.*

*Para los efectos de este artículo, no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal.*

## **II. Antecedentes**

La Ley N° 20.477, a la cual pertenece el artículo en estudio, modifica la competencia de los tribunales militares, estableciendo un principio de estricta separación entre la jurisdicción de los tribunales militares y los tribunales ordinarios de justicia con competencia en lo penal. El art. 1 de la ley señala que *“En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.”* De conformidad con este principio, la ley opta por traspasar a los tribunales ordinarios con competencia penal el procesamiento de aquellas personas que, según la nueva regulación, no pueden ser procesadas penalmente ante los tribunales militares, de acuerdo al artículo 1 de las disposiciones transitorias: *“Al momento de entrar en vigencia la presente ley, los juicios seguidos ante Tribunales Militares, en que se persiga la responsabilidad penal de una persona que no tuviere la calidad de militar, continuarán su tramitación ante la Justicia Ordinaria, de conformidad a los procedimientos que a esos tribunales ordinarios en materia criminal les corresponda aplicar.”* El efecto de ambas disposiciones es que un universo de personas que se encontraban siendo juzgadas penalmente ante los tribunales militares, pasarán a ser juzgadas ante los tribunales ordinarios con competencia penal. Las demás disposiciones transitorias del proyecto regulan cuestiones de procedimiento (arts. 2 y 3), la continuidad de las medidas cautelares hasta el respectivo pronunciamiento por el juzgado de garantía y la oportunidad de la formalización (art. 4), fijan la competencia del tribunal en lo penal en caso de causas derivadas de un principio de ejecución anterior a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y el procedimiento a aplicarse en ese caso (art. 5), el traspaso de causas en segunda instancia (art. 6) , y se contempla la regla de competencia

de los tribunales ordinarios con competencia penal, para la primera y segunda instancia (art. 7).

El art. 8 transitorio se aparta de la regulación de las reglas que fijan la competencia, el procedimiento y los plazos y forma de hacer el traspaso de las causas de los tribunales militares a los tribunales ordinarios con competencia penal, y regula diversos aspectos relativos a la prueba.

En primer lugar, se indica que el fiscal deberá señalar en la acusación los medios de prueba rendidos anteriormente ante el tribunal militar, mismos que formarán parte del auto de apertura del juicio oral (o, en su caso, del requerimiento o de la acusación verbal en el procedimiento simplificado o abreviado, respectivamente).

En segundo lugar, se regula la procedencia de la lectura de los registros en que consten declaraciones de testigos y peritos cuando por cualquier motivo difícil de solucionar no pudiesen declarar en juicio, haciendo aplicable aquí la regla del art. 329 del Código Procesal Penal; asimismo, se admite que la prueba confesional y testimonial rendida ante el Tribunal Militar se utilice en la audiencia de juicio ante el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal, en su caso, conforme a lo previsto en el artículo 332 del Código Procesal Penal.

En tercer lugar, y en lo que constituye el objeto de análisis de este informe, el inciso final del art. 8 de las disposiciones transitorias señala literalmente que *“Para los efectos de este artículo, no será aplicable a la prueba que se haya rendido ante el Tribunal Militar lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal”*.

El proyecto de ley fue remitido al Tribunal Constitucional para su control preventivo obligatorio, tratándose de una ley que modifica la organización y atribuciones de los tribunales, y habida cuenta que los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º permanentes y 1º, 5º, 6º y 7º transitorios del proyecto de ley remitido fueron aprobados con el quórum previsto por la Constitución para las leyes orgánicas constitucionales.

El Tribunal, por resolución recaída en rol N° 1845, de fecha 12 de Noviembre de 2010, circunscribió su examen a los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, numerales 3) y 4), 5°, 6°, 7°, 8° y 9° permanentes y artículos transitorios 1°, 5°, incisos primero y segundo, 6°, a excepción de la frase del inciso segundo *“Los casos de coautoría y coparticipación de civiles y militares, se sustanciarán y fallarán conforme a las normas vigentes al momento de iniciación del referido proceso”*, y 7° del proyecto de ley, en cuanto éstos confieren competencia a los tribunales que mencionan y, por consiguiente, regulan una materia propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el inciso primero del artículo 77 de la Carta Fundamental, así como a los numerales 1) y 2) del artículo 4° permanente del proyecto de ley, por cuanto regulan las materias de naturaleza orgánica constitucional a que se refieren los artículos 77, inciso primero, y 105 de la Carta Fundamental. En definitiva, declaró constitucional el proyecto, en sentencia declarativa respecto del art. 1°, que el Tribunal considera constitucional *“en el entendido que los civiles y los menores de edad en ningún caso podrán quedar sujetos a la competencia de los tribunales militares en calidad de imputados, quedando a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal”*.

### **III. Análisis**

#### 1.- Planteamiento del problema

El precepto bajo estudio excluye, para los casos traspasados desde la justicia militar a la justicia ordinaria, la aplicación del art. 276 del Código Procesal Penal. Éste contiene reglas sobre exclusión de prueba, según el siguiente tenor

*Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

*Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.*

*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.*

*Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.*

De este modo, las reglas sobre exclusión de la prueba contenidas en este artículo se pueden ordenar en las siguientes categorías:

- a) exclusión de prueba impertinente o que tuviere por objeto acreditar hechos públicos y notorios,
- b) exclusión de prueba redundante y dilatoria
- c) exclusión de prueba ilícita, ya sea provenientes de actuaciones declaradas nulas, ya sea de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Al señalar el art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 que no se aplicará a la prueba rendida ante el tribunal militar el art. 276 del Código Procesal Penal, produce efectos procesales probatorios paradójicos. En efecto, para las dos primeras categorías reseñadas en el párrafo anterior, esto significa que no se podrá excluir la prueba inútil (impertinente o destinada a acreditar hechos públicos y notorios) ni la prueba dilatoria. Dicho de otro modo, se incorpora prueba que, desde el punto de vista de la *ratio legis* de la disposición, es neutral o bien indiferente al resultado del proceso, en una perspectiva sustancial. En ambos casos se trata en el Código Procesal Penal de una disposición destinada a evitar trámites innecesarios o meramente dilatorios, como lo reconoce el

texto mismo del precepto.

No sucede lo mismo con la exclusión de la prueba ilícita. El objeto del inciso III del artículo 276 del Código Procesal Penal es distinto al de los incisos anteriores, y busca eliminar una prueba que no debe estar allí, desde la perspectiva de los requisitos de su juridicidad; ya sea porque ha perdido su sustento o causa procesal, al originarse en actuaciones o diligencias que han sido declaradas nulas, y que por lo tanto ya no pueden ser consideradas en el proceso, o bien porque se encuentran afectadas de un vicio de juridicidad que, aun cuando no provengan de actuaciones nulas, no pueden ser válidamente incorporadas al proceso; aquellas que se hubieren obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.

Ambos casos, si bien aparecen mencionados en un mismo precepto, deben ser cuidadosamente diferenciados. En el caso de la exclusión de la prueba ilícita proveniente de actuaciones declaradas nulas, se trata de un efecto adicional y consecuencial a la nulidad procesal de dichas actuaciones, que queda dentro del ámbito en que el legislador puede configurar la ritualidad del proceso, mientras con ello no contravenga las exigencias del debido proceso. De este modo, y aunque desde el punto de vista de los principios que rigen el procedimiento quizás pueda parecer reprochable, no va contra el derecho, no es antijurídica *per se*, una regulación de la nulidad procesal en que se imponga la conservación de ciertos actos o diligencias con posterioridad a la declaración de nulidad de la actuación procesal que les dio origen. Si bien desde una perspectiva meramente teórica podría predicarse una relación directa entre antijuridicidad de una actuación y la privación completa, por vía de nulidad, de efectos del acto antijurídico (nulo), lo cierto es que la regulación positiva a veces opta por bienes o intereses distintos de la preservación de la juridicidad. No existe un mandato constitucional que prohíba esta opción al legislador, salvo, como ya se ha dicho, que la restricción de los efectos de nulidad pueda ser considerada en sí misma atentatoria

contra del debido proceso.

En este marco, la exclusión que el art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 dispone del art. 276 del Código Procesal Penal debe entenderse en el contexto de los procesos ya iniciados ante la justicia militar. Puesto que el Código de Justicia Militar y, en la parte en que éste se remite a él, el Código de Procedimiento Penal no contemplan reglas para excluir prueba ilícita como no sea en los recursos encaminados contra las respectivas sentencias, la restricción, en esta parte, carece de contenido, en dos de las tres hipótesis que caben en esta materia:

- a) Una actuación, y la consecuente prueba, ya ha sido declarada nula. En este caso, la exclusión que hace el art. 8 transitorio de la ley N° 20.447 de la aplicación del art. 276 no es relevante, porque el material probatorio que llega a la justicia criminal civil ya ha sido depurado de la prueba que era consecuencia de la actuación nula.
- b) Al momento de traspasarse el respectivo proceso está pendiente algún incidente relacionado con la admisibilidad de la prueba lo que, como se ha dicho, no parece estar contemplado dentro de la regulación procesal aplicable a los procesos llevados bajo la Justicia Militar al amparo de la regulación del Código de Procedimiento Penal.
- c) Se impugna la prueba producida en el proceso, en su etapa ante la justicia militar, una vez traspasado el proceso a la justicia civil. Éste es el caso en el cual podría tener relevancia la disposición del art. 8 transitorio de la ley N° 20.477.

2. Fundamento de la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Los presupuestos y los motivos existentes para excluir la prueba ilícita derivada de la observancia de garantías fundamentales son del todo diferentes a aquellos que sólo se refieren a la configuración del procedimiento y sus ritualidades, y dicen relación con la función normativa que cumplen las garantías constitucionales como requisitos materiales del actuar de los órganos del Estado en ejercicio de sus competencias y, en



especial, con las exigencias de un justo y racional procedimiento.

Las dos primeras reglas contempladas en el art. 276 del Código Procesal Penal, y cuya exclusión prescribe el art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 no ameritan mayor comentario porque ni inciden en los derechos de defensa de los acusados en juicio, ni alteran en general las posiciones procesales de la partes en lo relativo a la prueba. Respecto de la exclusión de prueba ilícita allí donde la ilicitud proviene de una fuente exclusivamente procesal legal, forma parte de los márgenes de configuración del legislador y no resulta constitucionalmente reprochable, como ya se ha dicho. Pero la inobservancia de garantías fundamentales en la obtención de la prueba, sean aquellas que pueden estimarse comprendidas dentro del debido proceso, sean, en general, otras garantías fundamentales, afecta la juridicidad de la respectiva actuación de una manera que el legislador no puede subsanar. La explicación de esto se encuentra en la relación entre garantías fundamentales y actuación del estado persecutor y juzgador criminal

La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia está conteste en afirmar que los derechos fundamentales y sus respectivas garantías son valores fundados en la dignidad de la persona. Aun cuando se pueda compartir este fundamento en un nivel abstracto, dicha afirmación no permite, por si misma, delinear con claridad su contenido jurídico, sus consecuencias normativas. Con mayor precisión, debe afirmarse la calidad de los preceptos que consagran derechos fundamentales y sus garantías en el sentido original en que fueron contemplados en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional Francesa, de 1789, esto es, como preceptos que permiten evaluar la juridicidad del actuar de los órganos del Estado en cualquiera de sus manifestaciones. De este modo, con independencia de su contenido subjetivo, en su dimensión objetiva los derechos fundamentales y sus garantías constituyen preceptos que establecen un contenido material como requisito de actuación de los órganos del Estado. Si este requisito no se cumple, el actuar del Estado se torna antijurídico a partir de la misma fuente constitucional del respectivo derecho.

Tratándose de reglas aplicables al actuar del Estado como unidad del poder político institucionalizado, cualquiera actividad estatal, sea legislativa, jurisdiccional o administrativa se torna antijurídica cuando se está ante la presencia de una afectación ilícita de los derechos fundamentales.

En el caso de la actividad probatoria dirigida a habilitar al órgano jurisdiccional para fundar su sentencia condenatoria en materia penal (logrando de este modo superar el estado inicial de inocencia previo al proceso, en que se encuentra todo individuo), si ella se ha obtenido con lesión de derechos o garantías fundamentales, se torna ilícita y no sustentará la decisión jurisdiccional condenatoria.

La doctrina y jurisprudencia comparadas han desarrollado extensivamente esta idea. En Alemania, se atribuye a Ernst Beling, en su obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, 1903 el haber dado inicio a este tópico; en el caso norteamericano, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial bajo la impronta de los jueces O.W. Holmes y E. Warren, la que ha desarrollado la regla de exclusión de prueba obtenida con violación de derechos contenidos en las enmiendas I a X y XIV de la Constitución de los EE.UU.

En España, ha sido la jurisprudencia la que ha actualizado la regla de exclusión de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales, frente a la ausencia de una regla constitucional explícita relativa a esta materia. En el fundamento jurídico cuatro de la sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional español se expone esta doctrina:

*“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 de la Constitución [RCL 1978, 28361 ]) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho a una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática de la*

*prueba con causa ilícita sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de ‘elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica’...*”

Por su parte, en el fundamento segundo del auto del Tribunal Constitucional Español 282/1993, de 20 de Septiembre de ese año (RTC 1993 282 AUTO), se expresa:

*“La doctrina de este Tribunal ha señalado asimismo que la presunción de inocencia supone la imposibilidad de que se dicte sentencia condenatoria cuando exista un vacío probatorio, ya sea por ausencia material de prueba o porque ésta, por ilicitud constitucional, no pueda ser tomada en cuenta”*

En sentencia 81/1998 (RTC 1998,81), el Tribunal Constitucional resume su posición en el fundamento jurídico segundo, señalando que

*“Aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales”.*

El reconocimiento de esta regla, en el caso español, no sólo proviene del Tribunal Constitucional sino también de la jurisdicción ordinaria. Así, el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico segundo de su sentencia de 29 de Marzo de 1990 (RJ 1990, 2647) ha dicho que

*“Tradicionalmente la doctrina, en los supuestos como el ahora examinado, venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de*

*intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual. Sin embargo cuando estos derechos de la persona se incorporan a la vida política de los Estados, de manera que, rebasando su carácter meramente subjetivo e individual, se constituyen en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en cuanto a que se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente humana, justa y pacífica, entonces la perspectiva cambia y ante el carácter fundamental que se concede a tales derechos (...) se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba la prueba así obtenida y , por tanto, sin eficacia alguna en el proceso”.*

En Estados Unidos, la exclusión de la prueba ilícita tampoco cuenta con reconocimiento expreso a nivel de la Constitución Federal: sin embargo, ya desde 1914 se desarrolla una jurisprudencia uniforme en el sentido de aceptar esta regla como corolario de la consagración constitucional de los respectivos derechos protegidos. En *Weeks contra EE.UU.* (232, US 383, 1914), la Corte Suprema formula de manera sintética la relación entre la regla de exclusión y el contenido material de la inviolabilidad del hogar, al señalar que “*Si las cartas y documentos privados pueden ser de este modo confiscados y retenidos y usados en evidencia contra un ciudadano acusado de una ofensa, la protección de la Cuarta Enmienda, que declara su derecho a la seguridad contra tales registros y confiscaciones, no tiene valor*” (citado por María Francisca Zapata García, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004, p.107). Sobre la base de este fallo, el voto disidente del juez en el caso *Olmstead contra EE.UU.* (227 US 438, 1928) establece una idea importante en la construcción de la regla, al extender la prohibición de actuaciones ilegítimas que recae sobre los agentes prosecutors, también, al órgano jurisdiccional (*ibidem*).

La línea argumental, en el caso norteamericano, funda la regla de exclusión de prueba obtenida en contravención de derechos constitucionales en la moral, y en el principio del derecho común de que nadie puede obtener provecho de sus delitos. Sin

embargo, lo más relevante de su desarrollo está en la constatación de que la admisión de pruebas así obtenidas implica el desconocimiento del contenido normativo de los respectivos derechos y de la protección que se les otorga al consagrarlos constitucionalmente.

Nuestros tribunales no han tenido necesidad de desarrollar una regla de exclusión de prueba ilícita por la existencia de la respectiva regla, a nivel legal, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Sin embargo, en lo que interesa a este informe, la cuestión radica en saber si dicha regla no sólo tiene fuente legal, sino que, además, puede afirmarse como una regla de derecho constitucional vigente.

### 3.- Fuente constitucional del deber de exclusión de la prueba ilícita en el proceso

En nuestra Constitución, el art. 7 i. I establece los requisitos del actuar válido de los órganos del Estado. La expresión “en la forma prescrita por la ley” tiene un triple alcance.

En primer lugar, se refiere al cumplimiento de las formalidades externas que el ordenamiento jurídico puede prever para determinados actos, como por ejemplo, a nivel constitucional, la firma del ministro en un decreto presidencial, sin la cual se ordena, incluso que éste no sea obedecido.

En segundo lugar, se refiere a la forma entendida como procedimiento, como secuencia regulada de actos y actuaciones materiales que los órganos del Estado deben cumplir para llegar a un determinado resultado, y que éste sea considerado un actuar válido. Este es por ejemplo, a nivel constitucional, el caso del procedimiento formativo de la ley, y a nivel legal, de todos los procedimientos judiciales.

En tercer lugar, se refiere al modo de actuación. Sería absurdo pensar que la Constitución sólo exige a los órganos del estado adecuarse a las solemnidades externas en la producción de sus actos, o a los procedimientos prescritos, y no, en cambio, una

adecuación material, sustantiva de sus actos al ordenamiento jurídico, y en particular, al constitucional. Los derechos fundamentales y sus garantías constituyen precisamente el estándar material permanente de actuación de los órganos del Estado, con prescindencia del tipo de actuación que desarrollen.

La aplicación del art. 7 C.P.R. a la actividad de los órganos del Estado involucrados en la persecución penal implica que éstos, en toda la actividad desarrollada con el objetivo de asociar una consecuencia punitiva a uno o más sujetos determinados, tanto en su etapa de investigación, de acusación, como de juzgamiento, está sometida a la misma exigencia. Descrito en términos metafóricos, el ordenamiento jurídico dota al Estado de la potestad de llevar a un individuo desde la calle hasta detrás de las rejas si y sólo si puede recorrer todo el trayecto, desde la aprehensión física hasta la clausura del encierro, por el camino del derecho. Cualquier paso dado fuera de la juridicidad priva a la potestad del Estado de su sustento de juridicidad haciéndola devenir, desde el punto de vista del Estado, en antijurídica, inválida, y desde la perspectiva de su aptitud para conducir al resultado punitivo, lo transforma en un acto de un particular desprovisto de potestad y adicional y muy probablemente, además, delictivo o a lo menos contravencional.

De este modo, la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales es una prueba que el Estado no puede ocupar, ni como parte acusadora ni como instancia juzgadora, para llevar a un acusado a una posición jurídica de responsabilidad, o en general, en que tenga que soportar consecuencias negativas de su actuar. Desde el punto de vista del Estado como ente revestido de potestades sólo en el ámbito definido por el derecho, es una no-prueba, que si bien puede ser prueba materialmente existente, queda vedada al Estado en el ejercicio de sus potestades juridificadas. El sustento moral que se encuentra presente en algunos argumentos de la jurisprudencia norteamericana se explica mejor desde esta perspectiva; el reproche de una conducta individual por antijurídica sólo puede hacerse desde una posición de juridicidad.

Una disposición legal que habilita al Estado para incorporar a la persecución penal actuaciones que han transgredido garantías constitucionales, o bien que permite la conservación de las mismas, inhibiendo los medios procesales existentes que permiten hacer efectiva su exclusión, incumple con los deberes materiales que le imponen dichas garantías y es, ya por este sólo concepto, inconstitucional.

De este modo, basta el sólo mandato del artículo 7° de la Constitución Política República, en relación con el precepto que garantiza cada uno de los derechos constitucionales, para sostener que el órgano persecutor queda inhibido para hacer valer, y el órgano jurisdiccional para considerar aquella prueba que es el resultado de actividad ilícita, cuando dicha ilicitud consiste en la transgresión de los derechos garantizados en la Constitución.

No obstante lo anterior, la regla de exclusión de prueba ilícita resulta de una serie de otras disposiciones constitucionales, cada una de las cuales por sí sola, y en su conjunto con mucho mayor peso, permiten fundarla como regla constitucional vigente.

Por lo pronto, el precepto constitucional del art. 19 N° 3 i. V ordena al legislador contemplar siempre las garantías de una investigación y procedimientos racionales y justos. Colinda con lo obvio la afirmación de que una investigación y procedimiento que utiliza o acepta como medios probatorios pruebas obtenidas con transgresión de la misma Constitución no pueden ser considerados justos, y tampoco racionales. Esto último porque se trataría de un procedimiento contradictorio en que el Estado busca ejercer su competencia frente al actuar antijurídico del individuo, validando su propia actuación ilícita, como se ha hecho ver precedentemente.

Por otro lado, la posibilidad de validar legalmente la prueba obtenida mediante transgresión de derechos constitucionales (regla del art. 8 transitorio en comento) implicaría que, al menos en ese acotado ámbito, la coraza protectora con que usualmente son comparadas las garantías constitucionales, se ve abierta y expuesta por fuentes del derecho subconstitucionales. Dicho de otro modo, se estaría admitiendo que el contenido esencial del derecho sea afectado por una fuente legal, o inferior, lo que va en contra de lo dispuesto en el art. 19 N° 26 C.P.R. La referencia al contenido

esencial es pertinente aquí porque la inobservancia de garantías fundamentales que puede estar en el origen de la respectiva prueba no se encuentra circunscrita a grado alguno de entidad o importancia. Dicho de otro modo, puede tratarse de lesiones graves a las garantías fundamentales e, incluso, siendo así, la regla contenida en el art. 8 transitorio bajo análisis las estaría validando como pruebas.

Por último, dentro del ámbito del deber de respeto y promoción contemplado en el art. 5 i. II CPR, con independencia de la discusión doctrinaria que pueda existir respecto de la correspondencia entre la noción de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y aquellos garantizados por la Constitución y los tratados, es claro que la Constitución ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales, a lo menos en el ámbito de dichos derechos esenciales. La disposición del art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 habilita, en cambio, una validación de la prueba obtenida con inobservancia de garantías constitucionales incumpliendo tanto el deber de promoción como el deber de respeto. Expresado en términos simples, esta disposición transitoria dispensa al órgano jurisdiccional del deber de respeto a las garantías fundamentales, lo que, sin necesidad de mayor argumentación, no se admite a la ley respecto de deberes impuestos por la Constitución.

4.- El art. 8 transitorio de la ley 20.477 establece una discriminación arbitraria.

Junto con lo ya dicho, y que es atinente a la ilicitud de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales desde la perspectiva de los propios derechos fundamentales, el art. 8 transitorio de la ley N° 20.477 puede ser reprochado a partir del precepto del art. 19 N° 2 de la Constitución, que prohíbe a la ley establecer diferencias arbitrarias.

Una diferencia o discriminación es arbitraria cuando su resultado de decisión o regulación es distinto respecto de dos sujetos o categorías de sujetos sin que pueda apreciarse, como elemento para justificar dicho trato diferenciado, un elemento diferenciador objetivo y razonable. En sentencia reciente, recaída en rol N° 1365, el



Tribunal Constitucional ha señalado, en su considerando 29º, que *“la razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2º de la Carta Fundamental”*, agregando a continuación 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”*, concluyendo que *“la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”*. Sigue, en este sentido, el criterio asentado en sentencias anteriores, roles N°s. 28, 53 y 219, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC 128/1987), según cita en ese mismo fallo.

La disposición del art. 8 transitorio genera una situación de discriminación para la cual es discutible la existencia de un criterio objetivo de diferenciación, y en todo caso no es posible construir un argumento de razonabilidad.

La disposición bajo análisis toma un aparente criterio discriminador, como lo es el origen de la respectiva causa (si proviene de la justicia militar no podrá excluirse la prueba ilícita, si proviene de un juicio penal de la jurisdicción civil, esta prueba si podrá ser excluida). Sin embargo, si se aprecia con detenimiento, se observa que en la hipótesis de aplicación dicho elemento o criterio diferenciador es irrelevante: se trata de causas sometidas a los tribunales del sistema penal tras la reforma y que, en uno y otro caso, tendrán que dictar sentencia de acuerdo al procedimiento contenido en el Código Procesal Penal. Siendo así, estamos ante la presencia de un criterio diferenciador irrelevante o aparente lo que, de por sí, torna arbitraria la discriminación.

Sin embargo, aunque se validase el origen de las causas como elemento objetivo diferenciador para la exclusión que produce el art. 8 transitorio de la ley N° 20.477, éste sigue siendo arbitrario o injustificado. En efecto, no se observa qué argumento pueda esbozarse para que las personas que han sido sometidas a la justicia militar previamente, y sus procesos continúan ante la jurisdicción penal ordinaria, se vean privados o

disminuidos en sus derechos de defensa. La *ratio legis* subyacente a la ley más bien es indicativa de la necesidad de reforzar el derecho de defensa de personas que, debiendo haber sido procesadas por la jurisdicción común, fueron sometidas a la justicia militar por disposiciones de excepción que hoy, justamente, se trata de corregir. El único argumento divisable es que, como bajo el procesamiento llevado a cabo por la justicia militar pudieron haberse producido pruebas con inobservancia de garantías fundamentales, se busca conservarlas para no perjudicar la persecución penal al traspasarse las causas. Esto significa supeditar los intereses y derechos de los individuos a las finalidades de pretensiones punitivas del Estado, y por lo tanto, invertir el principio constitucional de que el Estado se encuentra al servicio de la persona consagrado en el art. 1 C.P.R. Por lo mismo, ésta, que es la única justificación que pudiera darse para el art. 8 transitorio en lo relativo a prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, no puede aceptarse como razonable al amparo de la Constitución.

#### IV. Conclusiones

1. El art. 8 transitorio, i. final de la ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, infringe el art. 7 de la Constitución Política de la República, en concordancia con los respectivos preceptos de los derechos fundamentales que en su caso sean lesionados, al permitir que determinados elementos de la persecución criminal escapen a la exigencia de juridicidad, en su dimensión material, contenida en el inciso I de dicho artículo, y aún así puedan servir de base a una sentencia en materia penal.
2. El art. 8 transitorio, i. fina de la ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, infringe el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a establecer siempre las garantías de un justo y racional procedimiento. Un procedimiento judicial en que resulta admisible la actuación ilícita de los órganos del Estado, en particular si ella proviene de lesiones de preceptos constitucionales iusfundamentaes, no puede ser calificado de justo y, por la contradicción que encierra, es claramente irracional.
3. El art. 8 transitorio, i. final de la ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales, va en contra de todos y cada uno de los preceptos de derechos constitucionales garantizados en el art. 19 de la Constitución, en concordancia con el N° 26 de dicho artículo, en cuanto valida, a nivel legal, una transgresión de cualquier entidad en el ámbito protegido por los respectivos preceptos iusfundamentales, atentando de este modo contra la protección a su contenido esencial.

4. El art. 8 transitorio, i. final de la ley N° 20.477, en cuanto excluye la aplicación del art. 276 del Código Procesal Penal y en esa medida impide la exclusión de prueba ilícita, en particular aquella derivada de inobservancia de garantías fundamentales incumple el deber de promoción y respeto de los derechos garantizados por la Constitución, establecido por el art. 5 i. II de la Constitución Política de la República, en la medida en que habilita al órgano jurisdiccional para faltar a dicho deber de respeto al incorporar el resultado de transgresiones a las garantías constitucionales como elemento fundante de una condena criminal.
5. El art. 8 transitorio, i. final de la ley N° 20.477, establece una discriminación arbitraria entre distintas personas sometidas a proceso penal, en cuanto algunas podrá requerir la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, y otras no. El criterio objetivo para distinguir ambas situaciones, fundado en el origen de las respectivas causas, es irrelevante para el procesamiento y por lo tanto puede considerarse inexistente, no satisfaciendo el estándar para excluir la discriminación arbitraria; e incluso si no se considerase así, carece de completa razonabilidad.

Eduardo Aldunate Lizana

Abogado

Doctor en derecho por la Universidad del Sarre, Alemania

Profesor de derecho constitucional, P. Universidad Católica de Valparaíso