

Oficio N° 36

INFORME PROYECTO LEY 80-2007

Antecedente: Boletín N° 5592-07

Santiago, 31 de enero de 2007

Por Oficio N° 1.642/SEC/07, de 18 de diciembre de 2007, el Presidente del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 de la ley N° 18.918 y 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 5592-07, que modifica el Código Procesal Penal, en lo relativo al recurso de nulidad.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 25 de enero del presente, presidida por el titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Marcos Libedinsky Tschorne, Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones y señor Carlos Künsemüller Loebenfelder, acordó informar desfavorablemente el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
H. SENADO
EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE
VALPARAISO**

I. Antecedentes

La moción en estudio, propone modificar el Código Procesal Penal en lo relativo al recurso de nulidad, agregando un inciso tercero y final al artículo 386 de dicho Código. En efecto, la iniciativa legal propone lo siguiente:

Agréguese un nuevo inciso tercero y final al artículo 386 del Código Procesal Penal, del siguiente tenor:

“En el evento que la Corte Suprema acoja un recurso de nulidad por la causal establecida en el artículo 373 letra a) del presente cuerpo legal, deberá indicar cuales son los derechos y/o garantías constitucionales infringidas, la forma en que se produjo la infracción, y para el caso de que ésta se haya producido en la etapa de investigación, deberá además indicar la o las pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de garantías constitucionales, debiendo en este último caso ordenar retrotraer el procedimiento hasta la audiencia de preparación de juicio oral, en la que el Juez de Garantía no inhabilitado deberá ordenar la exclusión de dichas pruebas, resolución que no será susceptible de recurso alguno, dejando a salvo la facultad del Ministerio Público de solicitar el sobreseimiento definitivo conforme a lo dispuesto por el inciso final del artículo 277.”

II. Observaciones

Este tribunal es de opinión que la actual norma del Código Procesal Penal, resulta clara en cuanto a que el vicio de nulidad puede producirse en cualquier etapa del procedimiento, pero conforme a la estructura completa del recurso de nulidad éste está concebido sólo para la invalidación del juicio oral y de la sentencia recaída en él por lo cual resulta inconveniente, a virtud del fallo de nulidad, retrotraer la tramitación a etapas anteriores al juicio mismo, como sería la de preparación o investigación, toda vez que los vicios que se cometan en dichas oportunidades procesales, pueden perfectamente subsanarse por la vía de la nulidad procesal. De tal modo, que

aumentar el espacio de invalidación resultaría más complejo y además muy perjudicial para los intervinientes del juicio, creando una inseguridad que es preferible evitar, por lo cual se estima mantener la norma en los términos actualmente establecidos.

Se deja constancia que siete señores Ministros fueron de parecer de informar favorablemente el proyecto en estudio, teniendo para ello presente, las siguientes consideraciones.

El estudio de la iniciativa de ley ha tornado indispensable vincular su fundamentación y articulado propuesto, con la reforma del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, introducida por la Ley N°. 20.074, ya que se procura complementar de modo procesalmente eficiente esta última norma, según se explica a continuación:

1.- En la historia de la Ley N° 20.074, modificatoria de los Códigos Procesal Penal y Penal y específicamente en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, hay constancia de que a proposición de la Defensoría Penal, la Comisión procedió a analizar una modificación a la letra a) del artículo 373, disposición que señala los casos en que procede la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, señalando, en su letra a) que ello ocurre cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes.

La Defensoría propuso sustituir en dicha letra los términos “*tramitación del juicio*” por la frase “*cualquiera etapa del procedimiento*”. Fundó su proposición en que tratándose del recurso de nulidad, la Corte Suprema ha interpretado que para la procedencia del recurso, la vulneración de garantías debe producirse sólo en la tramitación del juicio o en la dictación de la sentencia, pero no durante la etapa de investigación, lo que tiene relación con la norma del artículo 277 que sólo permite a la Fiscalía

apelar de la exclusión de pruebas hecha por el Juez de Garantía, pensando, en lo que se refiere a la defensa, en un posterior recurso de nulidad.

Los representantes del Ministerio Público objetaron la propuesta de la Defensoría Penal, por estimar que contraría una serie de normas legales, sin perjuicio de considerar que las disposiciones que permiten alegar la nulidad en la etapa de investigación, se encuentran en los artículos 159 y siguientes del Código. Más aún, el artículo 160 presume de derecho la existencia de perjuicio cuando la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República. Añadieron que la acogida de la propuesta implicaría una considerable ampliación de la competencia de esta Corte.

Los representantes del Ministerio de Justicia recordaron que es 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 preparó el recurso, el cual, por tanto, sería inadmisibile. A su juicio, la proposición de la Defensoría salva un vacío en la legislación.

La Comisión, por unanimidad, aprobó la proposición de la Defensoría, substituyéndose en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la frase “*tramitación del juicio*” por la siguiente: “*cualquier etapa del procedimiento.*”

El Senado rechazó la modificación y en el informe de la Comisión Mixta, está registrada la opinión del Senador señor Viera Gallo, quien expuso que la modificación pretende ampliar la aplicación del recurso de nulidad a las gestiones desarrolladas durante la investigación. Señaló que, en el actual sistema, es el Juez de Garantía el llamado a cautelar y hacer cumplir la Carta Fundamental y la ley en esta etapa, por tanto, incluir aquí, además, el recurso de nulidad sería innecesario. Por su parte, el abogado señor Bofill explicó que esta norma obedece al imperativo de rectificar una interpretación extremadamente restringida que hace la Corte Suprema del

artículo 373, porque considera que la expresión “*tramitación del juicio*” se refiere única y exclusivamente al juicio oral, en circunstancias que en las etapas previas pueden ocurrir vicios o situaciones graves que redunden en la forma en que se desarrollará el juicio oral. Agregó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 376 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema sólo es llamada a conocer de la nulidad por esta causal, porque las demás son de cargo de las Cortes de Apelaciones, por tanto, la modificación propuesta no supone un aumento en la congestión de estos tribunales.

La Comisión Mixta aprobó por unanimidad el texto de la Cámara de Diputados, modificándose, en consecuencia, la letra a) del artículo 373.

2.- Es menester agregar a los antecedentes precitados, que la Defensoría Penal Pública, advirtiendo que la modificación introducida al artículo 373 a) no solucionaba el problema de cómo se abordaría el efecto que tendría una declaratoria de nulidad sobre un vicio identificado en la etapa de investigación, atendido lo dispuesto en los artículos 165, incisos 3º y 4º y 372, propuso a la Comisión Mixta una modificación al artículo 386, que posibilitaría retrotraer los efectos del recurso de nulidad a etapas anteriores al juicio, haciéndolo armónico con la modificación del artículo 373 a). El tenor de esta propuesta, que en definitiva no fue acogida, es el siguiente:

“Artículo 386. Nulidad del juicio oral y de la sentencia. Salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Con todo, tratándose de aquellas infracciones cometidas en la etapa de investigación o de preparación del juicio oral, la Corte en su sentencia, deberá establecer con precisión las

modificaciones que fueren procedentes, ordenando remitir los autos al juez de garantía para la rectificación del auto de apertura correspondiente”.

3.- El profesor Raúl Tavolari, en su obra Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, Editorial Jurídica, 2005, refiriéndose a *“la extensión del efecto invalidante”* en los casos de prueba viciada admitida en el juicio oral -con anterioridad a la reforma del artículo 373 letra a)- sostiene que lo que en verdad debe ser anulado, es el auto de apertura del juicio oral y la audiencia de preparación misma, siendo éste *“el único camino de coherencia lógica”* para evitar que en el nuevo juicio oral sea introducida la misma prueba ilícitamente obtenida; sin embargo, por las razones de texto que desarrolla, esta tesis, resulta imposible de acoger.

Señala, para fundar su opinión, que anular el fallo y el juicio, ordenando que se verifique otro, no es suficiente (*“o como me parece, es profundamente equivocado”*), por lo que correspondería anular- además de la sentencia y el juicio- la audiencia de preparación y el auto de apertura, a fin de que, dándose a los acusados la posibilidad de provocar debate encaminado a excluir prueba, el juez de garantía, acogiendo, si procede, su reclamación, pueda dictar un nuevo auto de apertura del juicio oral. Esta conclusión, empero, choca con lo prevenido en el artículo 372 del Código, que asigna al recurso de nulidad la aptitud para invalidar el juicio oral y la sentencia, y principalmente, con lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 165, conforme al cual *“las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral...”*, lo que materializa el principio consagrado en la misma disposición, en orden a que *“... la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores...”*. Importa además, vulnerar flagrantemente lo dispuesto en el artículo 161 del Código, a cuyo tenor, *“no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral.”*

Si, en consecuencia, una nulidad que se declara durante el juicio oral no tiene la fuerza para alcanzar con su efecto invalidante a la audiencia de preparación del juicio oral, mucho menos podrá alcanzarlo la nulidad declarada después del juicio, como resultado de un recurso de nulidad: *“muchísimo menos -aún- podrá reclamarse de la nulidad de actuaciones que tuvieron lugar durante la investigación, como lo consagra el claro texto legal transcrito.”* Cita en apoyo de su punto de vista, algunos fallos de este Tribunal, anteriores a la reforma del artículo 373 letra a), que se mencionan en el acápite siguiente.

4.- Esta Corte ha establecido en más de una sentencia, que la clara disposición del artículo 161 del Código Procesal Penal basta para rechazar el recurso que reclama la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral, esto es, con anterioridad al juicio, desde que la nulidad, aunque se declarase, no podría alcanzar a tales actuaciones. (SCS, 30.06.2003, Rol Nro. 1831-03; SCS, 27.11.2003, Rol N°. 4502-03)

5.- Con la modificación introducida la letra a) del artículo 373, quedó abierta la posibilidad de impetrar la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia cuando la infracción sustancial de derechos o garantías se ha producido en cualquier etapa del procedimiento, incluyéndose, por tanto, la fase de investigación.

En las sentencias dictadas en los autos Rol N° 678-07 y 1836-07, con fecha 06.06.2007 y 11.07.07, respectivamente, esta Corte acogió los recursos de nulidad basados en la causal de la letra a) del artículo 373 ya citado, por quebranto de las garantías constitucionales en la etapa de investigación. Se anuló la sentencia definitiva y el juicio oral en que incide, debiéndose llevar a cabo un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

6.- En la fundamentación del proyecto de ley que se informa, se hace presente que la realización del nuevo juicio, por tribunal habilitado y el pronunciamiento de una nueva sentencia, en muchos

casos no permite salvar el vicio producido sobre todo en aquellos casos en que la infracción de garantías ha tenido lugar en la obtención de pruebas y éstas no fueron excluidas en su oportunidad en la correspondiente audiencia de preparación de Juicio Oral; en estos supuestos, la realización de un nuevo juicio, significa en la práctica, que la referida prueba vuelve a ser incorporada para su valoración al nuevo juicio.

“Esta situación paradójica” reza el proyecto, deriva de la redacción actual del artículo 386 del Código Procesal Penal, la que impide toda otra opción que no sea invalidar la sentencia y el proceso y ordenar la realización de un nuevo juicio, cuando se acoge el recurso de nulidad.

Se argumenta, además, que esta situación *“deja al Ministerio Público en una situación desmejorada, ya que dicho órgano no puede decidir no ir a un nuevo juicio, no obstante que la posición del ente persecutor se encuentre manifiestamente desmejorada en atención a la naturaleza y entidad del pronunciamiento realizado en la sentencia de nulidad.”*

Tavolari, para justificar su tesis de que el único camino lógico es la anulación del auto de apertura y la audiencia de preparación misma, argumenta que si se procede a realizar un nuevo juicio oral, en virtud de la fuerza de cosa juzgada que ampara al auto de apertura, que por tal motivo es inimpugnable y debe ser ejecutado, en el segundo juicio se introduciría la misma prueba poseedora de un vicio.

Como se expuso en el acápite 2 de este voto de minoría, la Defensoría Penal Pública propuso modificar el artículo 386, a través de agregar un inciso segundo, de acuerdo con el cual, *“tratándose de aquellas infracciones cometidas en la etapa de investigación o de preparación de juicio oral, la Corte en su sentencia deberá establecer con precisión las modificaciones que fueren procedentes, ordenando remitir los autos al juez de garantía para la rectificación del auto de apertura correspondiente.”*

7.- En su libro EL RECURSO DE NULIDAD EN EL NUEVO PROCESO PENAL (Editorial Jurídica, 2007), Andrés Rieutord Alvarado, argumenta, basándose en lo preceptuado en los incisos 3º y 4º del artículo 165 del Código Procesal Penal, que la imposibilidad allí consagrada de retrotraer el procedimiento a etapas anteriores para el evento que se interponga un incidente de nulidad procesal, *“no se produce en el caso del recurso de nulidad, figura que expresamente la norma deja a salvo, haciendo expresa mención de ello tanto en el inciso 3º como en el 4º o final de la norma en análisis.”* Esta interpretación se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 277, norma situada al final de las disposiciones que señalan el contenido del auto de apertura del juicio oral y que deja a salvo, una vez más, el recurso de nulidad para impugnar la evidencia que se estima ilegítima.

Señala que la operatividad del efecto del recurso de nulidad va a depender no de la declaratoria de nulidad de actuaciones o diligencias judiciales, sino que más bien de los efectos de éstas, teniendo como tales a las pruebas y evidencias que se generaren de actuaciones policiales y del propio Ministerio Público. Son estos *“productos judiciales”* los que eventualmente deberían verse desvirtuados por el accionar del recurso de nulidad y en definitiva *“relegados”* de la posibilidad de ser introducidos o valorados en un nuevo juicio oral originado por la declaratoria de nulidad de otro anterior.

Por otra parte -dice el autor- el artículo 386 del Código Procesal Penal dispone que la Corte debe señalar el estado en que debe quedar el procedimiento, concepto utilizado también por el legislador en el artículo 373 letra a), situación que debería traducirse, en los casos en que así lo disponga la Corte, en una reapertura de la audiencia de preparación de juicio oral, para el solo efecto de eliminar aquellas evidencias provenientes de actuaciones realizadas con infracción de garantías constitucionales y que por cierto fueron autorizadas judicialmente en su momento. De esta forma, se debería ordenar por la Corte la entrega de un auto de apertura saneado, para que un nuevo tribunal no inhabilitado entrare a conocer el caso respectivo.

Destaca el autor la trascendencia de los dos recientes fallos de la Segunda Sala de esta Corte (Roles 678-07 y 1836-07), que hacen operativa la reforma del artículo 373 letra a), permitiendo reclamar de una infracción acaecida en la fase de investigación, aún cuando esa diligencia y la respectiva evidencia recogida hayan traspasado el filtro de la audiencia de preparación del juicio oral. No obstante la trascendencia de tales decisiones, queda un problema aún no resuelto, cual es el relativo al efecto que deberían tener esos pronunciamientos, ya que si bien se anula la sentencia y el juicio oral respectivo, no queda clara la suerte que debe seguir aquella evidencia que motivó la nulidad de estas etapas procesales.

A juicio del comentarista, debería ser la propia Corte que pronuncia el fallo anulatorio, quien debería determinar el estado procesal de la causa y señalar en la sentencia el medio probatorio que debe ser excluido del auto de apertura, evitando así que esa evidencia viciada ingrese nuevamente al debate en el nuevo juicio oral que debe llevarse a cabo. Esta proposición -que Rieutord considera la mejor de todas- concuerda parcialmente con la opinión de Tavolari, anteriormente citada, según la cual, la anulación del fallo y del juicio oral no es suficiente, correspondiendo anular, además, la audiencia de preparación y el auto de apertura, pero discrepa en cuanto al órgano jurisdiccional que deberá corregir el auto de apertura- dictar uno nuevo- tarea que, en concepto de Tavolari, debería cumplir el Juez de Garantía.

Rieutord considera poco práctica la opción de que la Corte disponga retrotraer el procedimiento al estado de celebración de la audiencia de juicio oral, ya que ello traería serios inconvenientes para una nueva realización de este tipo de audiencia, pues abriría un nuevo debate sobre una cuestión que se supone ya fue resuelta por el tribunal *ad quem*. Añade que si la Corte Suprema está habilitada para ordenar la realización de un nuevo juicio completo, puede también modificar el auto de apertura que lo motiva, teniendo en especial consideración que el artículo 277 del Código Procesal Penal deja a salvo el recurso de nulidad por alguna infracción producida con motivo de la dictación del auto de apertura.

8.- El profesor Héctor Hernández, de la Universidad Alberto Hurtado, señala que la sentencia de nulidad -contra lo que sugiere el artículo 372- no sólo tiene por objeto anular el juicio y la sentencia y ordenar la práctica de un nuevo juicio, sino que, además, debe asegurar las condiciones de éste, retrotrayendo el procedimiento hasta donde sea necesario con ese fin. En algunos casos sólo será necesario repetir el juicio, en otros deberá enmendarse el auto de apertura, en otros, en fin, deberá reabrirse la investigación. No es algo que la ley pueda resolver exhaustivamente, razón por la cual ésta ha optado porque sea la Corte competente la que lo resuelva en cada ocasión.

Se ha entendido- indica- que el artículo 386 no permite arribar a una modificación del auto de apertura ni menos un retorno a la etapa de investigación, entendiendo que el *“estado en que hubiere de quedar el procedimiento vendría definido por la propia ley y consistiría exclusivamente en la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado para la realización del nuevo juicio oral.”* Dada la redacción del precepto, está claro que *“quiere obligar a una actividad que necesariamente consiste en algo más que la anulación y remisión de los autos”*, ya que si la *ratio legis* hubiera sido la mera anulación y remisión, el texto legal habría rezado simplemente: *“si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere”*; por tanto, dicha interpretación es equivocada y suprime el deber impuesto por la ley a la Corte.

A mayor abundamiento, la subsistencia del recurso de nulidad como medio de corregir lo que se resuelve incorrectamente en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 277) y la regulación en materia de nulidad procesal (artículo 165), según la cual la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, *“salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad”*, son factores que, unidos a los demás, determinan que sea la Corte Suprema la encargada de revisar en sede del recurso de nulidad y hacer todo

lo necesario para que el nuevo juicio se desarrolle en las condiciones legítimas que le faltaron al primero. Lo único discutible es cómo debe hacer esto último.

“Se podría pensar que la Corte enmendara directamente el auto de apertura o dictara uno nuevo; o bien que se ordenara al tribunal que lo dictó que lo modifique en un sentido determinado; o bien en que ordenara la realización de una nueva audiencia de preparación, en la cual, sin embargo, debe necesariamente excluirse la prueba en cuestión, etc.”

Caracteriza la cuestión como opinable, para la cual existen varias alternativas legítimas y se inclina porque la Corte ordene al tribunal que dictó el auto de apertura que lo modifique en un sentido determinado. (*“Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿Para qué está la Corte Suprema”*, conferencia pronunciada el 24 de agosto de 2007 en el marco del IX Seminario de Actualidad Jurídica Chilena, Universidad de Valparaíso. Una versión reducida fue publicada en el Boletín del Ministerio Público, edición especial No. 32, septiembre 2007, Págs.,. 236-241.”

9.- La iniciativa de ley que se analiza, propone que esta Corte, cuando acoja un recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, indique no sólo cuáles son los derechos y/o garantías constitucionales infringidas, sino que en el evento de que la infracción se hubiese cometido en la etapa de investigación, señale en su caso la o las pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de derechos y/ o garantías constitucionales, debiendo en este caso ordenar retrotraer el procedimiento hasta la audiencia de preparación de juicio oral, única etapa en que el vicio podría ser salvado. En dicha audiencia, el Juez de Garantía no inhabilitado deberá ordenar la exclusión de dichas pruebas.

Como puede apreciarse, el proyecto guarda en general coincidencia con las ideas vertidas por la doctrina sobre este tema, discrepando sólo en la parte que asigna al Juez de Garantía no inhabilitado la función de excluir las pruebas obtenidas ilegítimamente y modificar el auto de

apertura, función que según otras opiniones, debería cumplir la misma Corte que acoja el recurso de nulidad. (Rieutord, Hernández)

10.- En el fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Arica, en los autos sobre recurso de nulidad Rol N° 113-03, acogido por infracción al derecho fundamental a la defensa, se ordena, una vez invalidada la sentencia y todo lo obrado, remitir los antecedentes al Tribunal de Garantía correspondiente para la preparación de un nuevo juicio oral, lo que involucra, según Rieutord, de quien es la cita, rectificar la incorporación de una evidencia al auto de apertura de dicho juicio.

11.- Ahora bien, si la iniciativa parlamentaria le entrega a la Corte Suprema la facultad de señalar específicamente en su sentencia las pruebas obtenidas con infracción de garantías constitucionales, podría pensarse en que sería procesalmente más conveniente, económico y menos burocrático, que este mismo Tribunal rectificara el auto de apertura, como lo propone Rieutord y Hernández lo acepta como una alternativa ,ya que ha sido la Corte quien ha constatado y sancionado la existencia de probanzas viciadas, que han de ser excluidas, “saneándose”, por así, decirlo, el auto de apertura.

12.- La Defensoría Penal Pública, en su propuesta de modificación al artículo 386 del Código Procesal Penal, presentada a la Comisión Mixta, -transcrita en el acápite 2 que antecede - optó por la vía de que la Corte que acoja el recurso por infracciones cometidas en la etapa de investigación, establezca con precisión las modificaciones que fueren procedentes, remitiendo los autos al Juez de Garantía para la rectificación del auto de apertura correspondiente, indicación con la que concuerda el proyecto en actual estudio.

13.- Al tenor de lo preceptuado en los artículos 260, 266, 276 y 277 del Código Procesal Penal, siendo la preparación del juicio oral y el auto de apertura materias propias del Juez de Garantía y atendido especialmente que el artículo 276 dispone que ese 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, podría estimarse más ajustado a los principios y normas del Código del Ramo y por ello sistemáticamente más coherente, que la Corte Suprema determine con precisión la o las pruebas logradas con infracción sustancial de garantías en la etapa de investigación y, retrotrayendo el proceso hasta la audiencia de preparación de juicio oral, ordene al Juez de Garantía respectivo que excluya en el nuevo auto de apertura aquellas pruebas.

En consecuencia, la modificación planteada en el proyecto de ley en comento resulta acertada - sin perjuicio de lo opinable de la alternativa elegida-desde que, llenando un vacío actualmente existente, permitiría obtener en la práctica todos los efectos del recurso de nulidad en lo que a cautela de garantías se refiere.

14.- Ahora bien, en la fundamentación del texto propuesto se alude a dificultades procesales del Ministerio Público y a la “*situación desmejorada*” en que se hallaría, como consecuencia de la “*inconsistencia*” que se produciría en la aplicación práctica del artículo 386, sobre todo, tratándose de vicios ocurridos en la etapa de investigación.

Creemos que la única “*ratio*” posible de asignar en el presente caso, no es la conveniencia o inconveniencia que pueda existir para algún interviniente en el procedimiento- que debe garantizar iguales derechos y oportunidades a todos- sino la necesidad de materializar a través de la reformas legales conducentes, el gran avance que experimentó nuestro sistema procesal penal en lo que a garantías constitucionales protegidas por el Derecho Penal Adjetivo se refiere y trazar con claridad y precisión los alcances que en este particular -y sensible- ámbito posee el recurso de nulidad.

15.- El proyecto incluye una referencia a la exclusión de todo recurso contra la resolución del Juez de Garantía, dejando a salvo la facultad del Ministerio Público de solicitar el sobreseimiento definitivo.

Como en esta resolución que el Juez de Garantía debe pronunciar como efecto de la sentencia que anuló todo lo obrado y ordenó una modificación del auto de apertura, habrá de excluir las pruebas ilícitas obtenidas en la fase investigativa, resulta coherente la aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 para la misma contingencia procesal.

16.- En lo meramente formal, nos parece que el texto redactado es demasiado extenso, por lo que podría ser conveniente sustituir la coma escrita después del vocablo “*pruebas*” por un punto y la frase siguiente sería “ *Esta resolución no será susceptible de ...* ”.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar.

Dios guarde a V.E.

Urbano Marín Vallejo
Presidente

Carola Herrera Brümmer
Secretaria Subrogante