

# **EXTENSIÓN**

---

**SEMINARIO:**

**PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO  
AL RECURSO EN EL PROCESO PENAL**

Santiago de Chile • Octubre, 2012  
Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 223.013

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-05-9 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-33-2 (Volumen 5)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

# Índice

---

Presentación .....	7
Conferencia del profesor Jorge Bofill G. ....	9
Primera mesa, derecho al recurso como garantía del imputado: Revisión integral y beneficios de la Ley 18.216 .....	31
Segunda mesa. Derecho del recurso como garantía del imputado: Prohibición de la <i>reformatio in peius</i> . Constitucionalidad del Art. 387 inciso 2º del Código Procesal Penal .....	47
Tercera mesa. Derecho al recurso como garantía del imputado: Determinación de la pena y recurso de nulidad. Criterios de admisibilidad de los recursos .....	61
Conferencia del profesor Julián López M. ....	79



# I. Presentación

---

Las presentaciones que se incluyen en este volumen de la colección “Extensión”, dan cuenta de lo expuesto por destacados académicos y abogados en el seminario organizado por la Universidad Católica del Norte y la Defensoría Penal Pública, en agosto del año 2010, denominado “Problemas actuales del derecho al recurso en materia penal”, el que además contó con el patrocinio de la Asociación Regional de Magistrados de Antofagasta y el Colegio de Abogados de Antofagasta.

El tema elegido para este seminario no es casual, pues si bien el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal implicó un cambio sustancial en el sistema recursivo chileno, se han presentado problemas que el legislador no previó y que han tenido que ser resueltos a nivel jurisprudencial, sin que exista, tampoco, un tratamiento doctrinal uniforme.

Si bien el derecho al recurso está previsto tanto en la Constitución chilena, como en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la naturaleza del sistema recursivo en un sistema penal acusatorio es distinto al que tradicionalmente se ocupaba en el país, de manera que los recursos que se previeron en el sistema criminal en Chile debieron ajustarse a los principios de oralidad e intermediación. Sin embargo, este nuevo sistema de revisión no podía renunciar al derecho que se reconoce a los intervinientes a que la sentencia sea revisada. Es esa tensión la que se reflejó en la discusión que produjo este seminario.

En ese sentido, las ponencias que presentamos en este volumen son un aporte a la comunidad jurídica nacional, pues por un lado se trata de ponencias con un muy alto nivel de profundidad y desarrollo y, por otro lado, la enorme relevancia práctica y teórica

## **EXTENSIÓN**

de los problemas planteados serán de ayuda a litigantes e interesados en conocer la operatividad del proceso penal. Con ello, también, la Defensoría cumple uno de sus objetivos institucionales más relevantes: generar y difundir información de defensa penal.

## II. Conferencia del profesor Jorge Bofill Genzsch<sup>1</sup>

---

Antes de todo muchas gracias por la invitación. Es un placer volver a esta ciudad y a esta Universidad. He tenido la suerte de venir en sucesivas ocasiones, siempre por motivos de discusiones relacionadas con Derecho Procesal Penal. Espero estar a la altura de la invitación.

Ésta es, por así decirlo, la conferencia de apertura de este seminario durante cual van a ser discutidos distintos temas bastantes más puntuales que la aproximación que pueda hacer yo; y me parece que precisamente, por tener esta naturaleza de ser la primera conferencia, tiene sentido hacer algunas preguntas con miradas retrospectiva en lo que dice relación con el proceso penal, con lo que en su momento fue el diseño original de la reforma que comprende tanto al Código Procesal Penal como a sus leyes complementarias, incluida la reforma constitucional.

Han pasado diez años desde la promulgación del Código Procesal Penal y en dicha época, incluso antes, cuando estaba en proceso de discusión, habían muchas preguntas que no tenían respuestas. Los críticos en su época decían que el Código era muy poco de Derecho Procesal, pues está plagado de conceptos, muchos principios, algunas reglas, pero también con muchas cosas por desarrollar. Por lo tanto, ésta es una característica que siempre fue pensada para que la jurisprudencia desarrollara reglas a partir de los principios establecidos en el Código explícita o implícitamente.

En su época nos preguntábamos cuánto tiempo debía pasar para que hubiera un acervo jurisprudencial más o menos asentado. La respuesta fluctuaba entre los veinte o treinta años como

---

<sup>1</sup> El profesor Jorge Bofill G. es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y doctor en Derecho por la Universidad Friedrich-Alexander de la República Federal Alemana con especialidad en Derecho Penal y Procesal.

un marco temporal razonable y realista, para que las numerosas instituciones que están en el Código Procesal Penal y en sus leyes complementarias se asentaran en cuanto a su verdadero significado. Por lo tanto pienso que por lo pronto estamos a mitad de camino. Éste es un paso intermedio en la evolución de nuestro sistema procesal penal y yo no daría nada por seguro, no diría que ninguna de las instituciones y ninguna de las líneas jurisprudenciales que hoy en día uno puede analizar o encontrar es definitiva.

Sin embargo diez años es también un plazo razonable que permite hacer una evaluación de cómo han ido avanzando las cosas y, en este contexto, yo creo que la primera pregunta que se plantea es: *¿cuál es el modelo de Código Procesal Penal o cuál es modelo de proceso penal que tenemos al día de hoy, año 2010, en Chile, producto de estos diez años de reforma y su posterior aplicación práctica?*

Quisiera recordar también, en esta línea, que si uno analiza cómo surgió o cuál es la génesis de la reforma procesal penal, ella fue discutida, de partida, en muy poco tiempo. Hasta principios de los años 90' el tema de la sustitución del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal prácticamente no existía en Chile. Vino a darse recién a comienzos de los años 90' con algunas ideas académicas, algunos seminarios que se realizaron, y la idea prendió recién, con carácter ya más político, a mediados del año 1994, lo que motivó que el primer proyecto de código —de Procedimiento Penal en esa época todavía—, ingresara a la Cámara de Diputados. Y al año 2000 prácticamente todas las leyes de la reforma ya estaban o promulgadas o en proceso de serlo. Estamos hablando, por lo tanto, de un proceso de difusión que tuvo lugar en muy poco tiempo. Comparativamente, no existe un proceso de reforma —particularmente en el mundo europeo—, que se haga un periodo tan breve y, por lo tanto, eso va también en abono de la idea de que es necesario darle tiempo a la reforma para los efectos de entender qué significan muchas de las cosas que hoy día están en discusión.

También deberíamos recordar, en este contexto, que a lo largo de la discusión legislativa los proyectos, o el proyecto de Código de Procedimiento Penal y luego Código Procesal Penal en particular, sufrieron grandes modificaciones. Por lo tanto, muchas de las cosas que hoy día tenemos como decisiones legislativas —por ejemplo el sistema de recursos que es lo que convoca a este seminario de hoy—, fueron di-



señados como producto de discusiones que se fueron dando en un periodo de tiempo extraordinariamente breve. En cuanto a lo que tenemos hoy día por sistema de recursos, se referirá particularmente al profesor Julián López, y considerando que nuestras exposiciones son complementarias, no me voy a referir mayormente, salvo con algunas excepciones, al sistema de recursos. No obstante, vale la pena recordar que cuando la Cámara de Diputados analizó el Código de Procedimiento Penal o el Proyecto desde 1995 al año 1997, derechamente alteró todo el modelo que venía en el anteproyecto original, que establecía un proyecto de recurso de casación —es decir con el nombre del sistema antiguo y del sistema procesal civil—, y lo sustituyó por el que se denominó como “recurso extraordinario”, que tenía por objeto permitir —a pesar de su nombre de extraordinario—, que las cortes de apelaciones, por regla general, revisaran el establecimiento de los hechos efectuada por el tribunal de instancia en el juicio oral.

El establecimiento del recurso extraordinario era una idea incompatible con los principios de oralidad e inmediación como método de adjudicación de los hechos por el tribunal. Era prácticamente una verdadera apelación. La Cámara de Diputados no estuvo dispuesta a incorporar modificaciones radicales al diseño del proyecto de nuevo proceso penal y, entonces, incorporó el recurso extraordinario como un recurso de apelación encubierto. Por lo tanto, cuando esto llegó al Senado, el tema fue discutido nuevamente y de ahí salió el sistema recursivo que tenemos hoy día.

Luego, cuando uno analiza cuáles fueron las discusiones previas, durante el proceso legislativo para los efectos de diseñar las normas de los artículos 364 y siguientes, y en particular los artículos 373 letra a) y 374 en materia de recurso de nulidad por infracción de garantías fundamentales, eso es prácticamente una discusión que se dio al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sin intervención más que de los senadores y de sus asesores. Sólo ellos sabían lo que se iba a promulgar.

Insisto. Todo esto lo tomamos de la idea de que no hay que tener ni extrañeza, ni nerviosismo, ni tener una posición demasiado crítica cuando nos encontramos con decisiones de tribunales que no parecen ir por la línea en que el Código está concebido, porque me parece que en este Código hay un gran encargo a los tribunales. De hecho, en materia de

recursos hay un encargo a la jurisprudencia que está constituido por el desarrollo de las garantías fundamentales, particularmente las causales de nulidad del artículo 373 letra a) y 374. ¿Cuáles fueron en su época las decisiones básicas sobre el modelo que se esperaba que constituyera los pilares del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal? Hoy muchas de estas cosas nos parecen obvias. En su momento algunas de ellas lo eran, pero otras no tanto y fueron objeto de particular discusión. Por ejemplo, pensemos en el hecho de entregar la investigación al Ministerio Público. Hoy día, nosotros estamos ya completamente acostumbrados a la idea de que, en un sistema de enjuiciamiento criminal, la investigación tiene que estar, por de pronto, separada de la función de juzgamiento. Pero en Chile, además, se le entregó a un órgano autónomo —separado del Poder Judicial—, en circunstancias que existen más alternativas para lograr lo mismo, como un juez de instrucción.

No sé cuantos de ustedes recuerden que los profesores de Derecho Procesal de la Universidad de Chile se oponían tenazmente a la idea de entregarle la investigación al Ministerio Público. Ellos eran de una opinión bastante inflexible y dura, en el sentido de que la “facultad de conocer” de los tribunales incluye, en virtud de disposiciones constitucionales, necesariamente la facultad de investigar. Ellos sostenían en su época que el anteproyecto de código (luego el proyecto de nuevo código) adolecía claramente de inconstitucionalidad producto de esta decisión de entregar la investigación al Ministerio Público.

Y esto no vale sólo como anécdota, porque la férrea oposición de estos profesores generó que posteriormente, para zanjar la duda, se diera lugar a la modificación constitucional que incorporó a la Constitución al Ministerio Público en los artículos 80 A) y siguientes, y cuando uno analiza el estado de la cuestión durante este tiempo y al día de hoy —y en particular lo que está haciendo el Tribunal Constitucional al que me quiero referir posteriormente—, en materia de decisiones relacionadas con el proceso penal se va encontrar con que la norma del actual artículo 83 de la Constitución Política, que es la que regula el ejercicio de la acción penal, y se lo encarga primeramente al Ministerio Público, pero también al ofendido y a las demás personas que señala la ley, por de pronto es una norma en la que los diseñadores de la reforma procesal penal tuvieron muy poca intervención, porque la ley que incorporó la modificación constitucional fue discutida más a nivel político que a nivel de especialistas. La Ley 19.519 y la redacción del artículo 83 es lo que

hoy día nos provoca, probablemente, los problemas más grandes que tenemos en materia jurisprudencial. Particularmente cuando uno toma en consideración lo que está haciendo el Tribunal Constitucional en esta materia, en razón de su particular lectura de lo que significa el derecho a la acción por parte de las víctimas o del querellante particular.

En su época, también se tomó la decisión de que, por lo general, los jueces no debieran intervenir en las decisiones del ministerio público respecto de la persecución penal, y se diseñó, en consecuencia, un modelo donde la formalización de la investigación dependía única y exclusivamente del ministerio público. La inconformidad que los restantes intervinientes pudieran tener respecto de las decisiones del ministerio público en esta materia, eran entregadas, por la vía de la reclamación, al fiscal regional. La verdad es que no estuvo en la cabeza de nadie que la formalización de la investigación pudiera estar sujeta algún control por parte del juez de garantía. Lo mismo ocurría con la decisión de pedir al juez el sobreseimiento de la causa o acusar y llevarla a juicio oral. Chile es uno de los pocos sistemas que tiene raigambre europeo-continental, en el cual la decisión del ministerio público de cerrar la investigación y llevar la causa a juicio oral no pasa por un control mínimo de mérito por parte del juez de garantía. Aquí, con el fin de mantener el criterio o la idea del principio acusatorio lo más claramente impresa posible, se decidió que la acusación dependía única y exclusivamente del ministerio público y que el juez lo único que podría hacer son aquellas cosas que durante la audiencia de preparación de juicio oral, el Código permite y que se pueden hacer en términos de mejorar la acusación, de depurarla de vicios formales y naturalmente de tomar decisiones acerca de las pruebas ofrecidas tanto por el acusador, como por los restantes intervinientes.

Probablemente la única excepción en esta materia estaba constituida por el “forzamiento de la acusación” que de alguna manera permite o exige la intervención del juez para efectos de permitirle al querellante llevar la causa al juicio oral sustituyendo al fiscal en la causa.

En dicha época, es importante recordarlo también, el diseño original del Código establecía que habían solamente dos alternativas una vez cerrada la investigación que eran: el sobreseimiento definitivo de la causa —porque el temporal seguía siendo bastante excepcional—, y por otro lado la acusación. La facultad del fiscal de no perseverar fue algo que

vino a aparecer “entre gallos y medianoche”, ya pasada la medianoche en la discusión en la Comisión del Senado. Esto también es importante tenerlo presente cuando uno se enfrenta a las enormes dificultades prácticas que ha provocado. Por ejemplo, se ha discutido arduamente si la facultad de no perseverar procede o no, sin formalización de la investigación. Las alternativas que ofrece el Código tampoco son más, por lo tanto una causa donde no hay formalización de la investigación y en la medida en que no haya ejercicio de la facultad de no perseverar, uno se pregunta dónde queda más allá del limbo jurídico.

El punto es que en el Senado se discutió la posibilidad de establecer que el juez dictara sobreseimiento definitivo cuando el fiscal cerrara la investigación y manifestara no contar con suficientes antecedentes para llevar la causa a juicio oral. Esa, en su época, se discutió como la manifestación más clara y más evidente del sistema y el modelo acusatorio que desde antiguo dice que *no hay un juez donde no hay un acusador*. Por lo tanto, lo que se propuso en su momento como criterio fue que si el fiscal, al cerrar la investigación, manifestaba al juez no tener antecedentes para acusar, entonces el juez simplemente sobreseía la causa de manera definitiva. Esto parecía coherente con el principio de única persecución que establece el artículo primero del Código. Eso era lo que parecía coherente en su época. Sin embargo en la discusión legislativa en la Comisión del Senado el representante de la Corte Suprema, don Mario Garrido, manifestó reiteradamente la preocupación de la Corte Suprema, porque ésta simplemente no podía concebir que el juez tuviera que prácticamente ponerle un timbre a la decisión del fiscal y eso tuviera las enormes consecuencias jurisdiccionales que supone un sobreseimiento definitivo.

Eso, en el fondo, era no comprender el sistema acusatorio. Sin embargo la discusión anterior motivó que en algún minuto, cuando se estaba redactando el Informe del segundo trámite constitucional, el Senado introdujera algo que nunca había sido discutido: el artículo 248 letra c). Es decir, la facultad de no perseverar no sólo no ha formado parte del criterio original; no sólo no fue discutido nunca, sino que se incorporó terminada la discusión y por lo tanto ver al 248 letra c) como un cuerpo ajeno al sistema del Código, y que plantea todas las preguntas que plantea, simplemente tiene que ver con que fue redactado para los efectos de satisfacer una protesta de la Corte Suprema frente a esta incorporación que estaba haciendo el Senado de una causal de

sobreseimiento definitivo; y no es de extrañar entonces, que nosotros tengamos una norma como esa, donde no tenemos claras las consecuencias de la facultad de no perseverar, donde no sabemos si las investigaciones respecto las cuales se ejerce esa facultad se pueden reabrir o no, ni tampoco cuáles son los efectos respecto del imputado. Alguien podrá decir que sigue corriendo la prescripción y la pregunta que sigue después entonces es ¿y en qué queda el principio de única persecución del artículo 1° del CPP? Porque el principio de única persecución estaba pensado para que el imputado tuviera cierta seguridad: *“o me acusan y voy a juicio en que me condenan o absuelven; o no me acusan y me sobreseen”*; pero nunca estuvo pensado para el caso o para la situación de no perseverar en la investigación, que deja en un estado incierto el proceso.

Más allá de cuál fue el origen del artículo 248 letra c), se plantean todas estas preguntas a las que acabo de hacer referencia. Estas son todas situaciones breves, que es importante tener presentes cuando uno analiza la jurisprudencia y también cuando pretende diseñar, o dibujar, o describir cuál es el sistema del Código Procesal Penal o del proceso penal chileno actual.

En estos diez años hay cosas que indudablemente han andado mejores que otras. Probablemente si uno tuviera que hacer un ranking de lo que ha andado peor, debería incluir inevitablemente todo lo relacionado con el control de identidad y la audiencia de discusión de medidas cautelares. Esto es lo que más ha involucionado en el Código Procesal Penal.

Ustedes recordarán que en el Código original, año 2000, había una norma que era muy importante que era el artículo 141, que regulaba la improcedencia de la prisión preventiva y que establecía varias reglas absolutas en las cuales la prisión preventiva simplemente era improcedente. Por de pronto, no procedía cuando los hechos materia de investigación en los eventos de condena no merecieran determinadas penas; e incluso si el juez haciendo un pronóstico, con los antecedentes con que se cuentan cuando se hace la audiencia de medidas cautelares, estimara que en un evento de condena el imputado iba a ser objeto de algún beneficio de la Ley 18.216. Eso, al igual que el control de identidad, y que el control de la legalidad de la detención, fue objeto de sucesivas modificaciones legales, en virtud de las cuales, la inter-

vención del legislador por motivos políticos —muchas veces injustificados, pero por motivos políticos—, lo que ha hecho es transformar al Código, en uno que hoy es, yo diría, incluso bastante más duro que el antiguo Código de Procedimiento Penal.

Nuestras estadísticas carcelarias así lo demuestran. Los imputados sujetos a prisión preventiva no han hecho sino aumentar; y lo mismo sucede con la relación entre privados de libertad con y sin sentencia. Probablemente a estas alturas lo único que va quedando es que incorporemos delitos inexcarcelables, porque no hay ninguna norma en el Código Procesal Penal hoy en día que pueda modificarse para endurecer más el sistema de prisión preventiva, salvo que queramos llegar directamente a los delitos inexcarcelables; y la verdad es que, más allá de que hay algunas voces que estén dispuestas a hacerlo, sería una cuestión bien impresentable habiendo Chile suscrito todos los tratados internacionales que ha suscrito.

Eso explica también de alguna manera, que teniendo nosotros un gobierno conservador, que tiene un discurso mucho más conservador y explícito en lo que dice relación con el así llamado “*combate a la delincuencia*”, hoy día no tengamos, todavía, ningún proyecto de ley que tienda a modificar la prisión preventiva, como típico mecanismo de reacción frente a la delincuencia, sino más bien nos estemos yendo por otro lado y tengamos un proyecto de ley que modifica la Ley 18.216 y que va a incorporar el brazalete electrónico, que es algo que también se ha estado haciendo exploratoriamente en algunas fiscalías.

Ni hablar del control de identidad, ni tampoco de la audiencia de control de detención, que hoy día parece ser un trámite. Yo por lo menos no he asistido a ninguna audiencia de control de detención en los últimos dos años (después de la agenda corta), en que realmente haya una discusión con mucho sentido, porque el juez tiene las manos prácticamente amarradas para estos efectos y el fiscal es el que termina mandando en esa audiencia, producto de todas estas modificaciones legales.

Yo diría que probablemente la única modificación legal del Código que ha sido realmente positiva es la del artículo 373 letra a), que amplió el ámbito que la Corte Suprema puede controlar respecto a la infracción de garantías que hacen procedente la nulidad, incluyendo no sólo el juicio sino también la investigación. Yo sólo quiero recordar que antes de esa modificación, e incluso hasta un par de años después, la Corte

se negaba sistemáticamente a revisar infracciones ocurridas durante la etapa de investigación, lo que resulta paradójico, porque todos sabemos que si en alguna etapa del procedimiento penal se vulneran garantías fundamentales, es durante la investigación, particularmente en la calle, en los cuarteles policiales, que es donde no existe ninguna posibilidad o muy poca posibilidad de control jurisdiccional. La Corte sin embargo leía lo que ella entendía ser la literalidad de la regla del 373 letra a) y se negó sistemáticamente a examinar la investigación, hasta que se incorporó esta modificación y un par de años después de ella, enmendó en un buen sentido la línea jurisprudencial.

A diferencia de las cautelares, todo lo que significa oralidad, ha funcionado perfecto. Si uno analiza para atrás, en diez años todas las reglas que tiene el Código Procesal Penal, que tienden a impedir que las audiencias deriven o evolucionen desde la oralidad a la incorporación de antecedentes escritos, o han funcionado perfectamente o han resultado innecesarias, porque hoy día en Chile, me parece que en materia procesal penal no hay nadie que tenga una opinión distinta en cuanto a cómo se puede desarrollarse una audiencia en el tribunal. Lo mismo se puede decir respecto del rol pasivo que el Código le asigna a los jueces en las audiencias, en el sentido de estar atento a la información que le proporcionan las partes, sobre todo en la etapa del juicio oral, ahí también hay una línea jurisprudencial que es importante tener presente.

Probablemente donde hemos andado un poco más lentos es en lo que dice relación con el sistema de recursos. Tanto a nivel de Corte Suprema como, particularmente en la actualidad, a nivel de corte de apelaciones, la evolución de la jurisprudencia ha sido bastante lenta. Sin embargo, se nota el cambio. Hay algunas materias en las cuales la corte es más valiente y más atrevida que en otras, en lo que dice relación con ir diseñando garantías. Hay sucesos también que en la práctica provocan cambios casi verticales.

¿Qué dicen ustedes de lo que ocurrió hace días atrás con el sistema de reconocimiento fotográfico?<sup>2</sup> Un caso más de aquellos en que el juez

---

<sup>2</sup> Nota: Se refiere a un caso ocurrido en junio del año 2010, en que Carabineros adujo haber capturado al "violador de Ñuñoa", autor de varios ataques sexuales. La policía, guiándose por la descripción hecha por las víctimas, detuvo a un hombre completamente ajeno a los hechos, y lo presentó como el autor reconocido por las víctimas. El juez de garantía, basándose en que éstas hablaban de un agresor de ojos claros, en circunstancias de que el detenido los tenía oscuros, decidió dejarlo en libertad. A ello se apeló por parte del ministerio público, decidiendo la Corte

liberal—garantista dejaba libre a un delincuente, llegaba la prensa y fue noticia el hecho que la corte le revocara al juez su decisión de no dejar en prisión preventiva a un imputado por el delito de violación, por falta, según el juez, de antecedentes; particularmente por lo discutible del reconocimiento fotográfico. La Corte de Santiago que hoy día, probablemente, es una de las más duras en materia de medidas cautelares y prisión preventiva, le revocó esa decisión y, para suerte del sistema, días después el examen de ADN, al que se sometió voluntariamente el imputado, dijo que él no era y fue liberado. Todo esto provocó un gran escándalo y hoy día tenemos a un ministerio público que se negó durante muchos años a establecer estándares en materia de reconocimiento fotográfico, pidiendo la asesoría a la Fundación Paz Ciudadana, para los efectos de diseñar un buen sistema de reconocimiento.

Entonces, todavía están pasando muchas cosas en el sistema, como para que uno piense o sienta que ya estamos donde estamos, las cosas son las que tenemos a la vista y tenemos que quedarnos con lo que hicimos.

En lo que me queda yo quisiera referirme, más concretamente ya, a un par de temas, particularmente temas que tengo entendido son de interés de los operadores del sistema en esta ciudad y en la Región de Antofagasta. Uno de esos temas tiene que ver con el otorgamiento de beneficios o reconocimiento de beneficios de la Ley 18.216 y un par de temas más que son relevantes. Quiero alcanzar a tocar ojalá, la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en lo que dice relación con el artículo 387 inciso segundo, en aquella parte que niega el recurso al imputado que es condenado por segunda vez en un juicio oral, que es una norma muy particular en el Código, y a la cual me voy a referir en detalle. Y quisiera terminar al menos con una referencia a la jurisprudencia que ha desarrollado el Tribunal Constitucional en relación con el sentido de la facultad del querellante de ejercer la acción penal, porque hoy ya hay una línea jurisprudencial clara del Tribunal Constitucional, que nosotros tenemos que al menos que tener en cuenta.

Voy a proyectar un texto de una sentencia a fin de facilitar la comprensión de lo que explicaré a continuación. Cuando uno quiere analizar jurisprudencia esto es indispensable, o sea, no podemos pretender ha-

---

de Apelaciones de Santiago decretar la prisión preventiva del hombre. Cinco días después una prueba de ADN demostraría su completa inocencia, razón que llevó a que fuera dejado en libertad.



cer un análisis más o menos serio de jurisprudencia, sin ir mostrando los textos de lo que se trata, porque sólo eso permite ir entendiendo más en su fineza los argumentos en desarrollo.

En materia de beneficios de la Ley 18.216. Probablemente atender al texto de la sentencia no es tan relevante, porque cuando uno revisa la jurisprudencia se encuentra con que hay conductas bastante estándar. La primera de ellas, es la de las cortes de apelaciones. Las cortes de apelaciones con el antiguo criterio de que la decisión sobre los beneficios de la Ley 18.216 no forma parte de la sentencia, simplemente dicen “*el recurso de nulidad no procede*”, y esa es la regla en la gran mayoría, en casi la totalidad de las cortes de apelaciones del país.

La Corte Suprema, por su parte, lo que hace frente a estos recursos usualmente, es declararlos inadmisibles, o sea, ni siquiera entramos a discutir del recurso.

Probablemente, la jurisprudencia disidente es la de esta Corte de Antofagasta o por lo menos, en realidad, de algunos ministros de la Corte de Antofagasta. ¿Qué han dicho? Y me voy a permitir leer el considerando tercero de la sentencia sobre esta materia. Se trata de una sentencia del año 2008<sup>3</sup>, pero que es una de varias que marcan una guía. Dice esta sentencia en primer lugar, “*(...) debe dejarse sentado la procedencia del recurso de nulidad frente al pronunciamiento sobre los beneficios de la Ley 18.216, respecto de la cual se deja constancia que, si bien el recurso no lo ha planteado, en la audiencia se hicieron presentes normas constitucionales, tratados internacionales y, se invocó las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad conocidas como las Reglas de Tokio. El procedimiento penal actual prohíbe el recurso de apelación respecto de la sentencia definitiva, permitiéndose su impugnación únicamente mediante este recurso de nulidad, por lo tanto debe tenerse presente que por obligación del constituyente, toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado, y es el legislador quien debe establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, de manera que no es posible dejar en la indefensión al imputado frente a un pronunciamiento*

---

<sup>3</sup> Se refiere a la SCA de Antofagasta, rol núm. 108-2008.

*condenatorio perjudicial para éste, debiendo el órgano jurisdiccional respetar el debido proceso”.*

Cuando uno se pregunta cuál es el origen de la jurisprudencia mayoritaria, lo que tiene que hacer es ir a buscar en el sistema antiguo, y en el sistema antiguo lo que uno encuentra o encontraba, como modelo de trabajo era que, primero, el juez del crimen tomaba su decisión en esta materia; la sentencia era objeto de recurso de apelación ordinario que, entre otras cosas, incluía la revisión de la decisión del juez de primera instancia respecto de la misma materia, y siempre se entendió que dado que el verbo que utiliza la ley es el “*podrá*” la decisión de conceder beneficios era discrecional tanto del juez de primera instancia, como de la corte de apelaciones.

En el estrecho sistema del recurso de casación en el fondo del antiguo sistema procesal penal, existía un fetiche que era que cada vez que un juez tenía una facultad o algo estaba entregado a lo que la Corte Suprema entendía era *discrecional* del juez del fondo —sea éste el juez del crimen o la corte de apelaciones—, la Corte Suprema no podía meterse, porque ella no estaba para tales fines, sino que sólo para revisar infracciones de ley. Este era el criterio de la Corte Suprema permanentemente.

Eso le permitía “salir jugando” cuando le planteaban los recursos que decían relación con beneficios de la Ley 18.216, o también cuando los recursos se planteaban respecto de la forma en que el juez había valorado la prueba en cualquier delito, cuando de acuerdo al Código o alguna ley especial, dicha prueba estuviera regida no por el sistema de la prueba legal tasada, sino por un sistema distinto, particularmente el de apreciación de la prueba en conciencia. De hecho, la Corte Suprema nunca varió esa posición. Es decir, nunca quiso entrar a analizar el establecimiento de hechos por parte de un juez cuando el sistema que regía era uno distinto al de la prueba legal tasada. Eso resultaba en su época coherente con la idea de que solamente algunas de las reglas del Código de Procedimiento Penal antiguo eran leyes que parecían normas imperativas de valoración de la prueba, porque allí donde el Código de Procedimiento Penal dice que “*el juez del crimen podrá*”, también establece una facultad de valoración, tampoco allí hay una ley reguladora de la prueba, de manera que la causal séptima del artículo

546 del Código de Procedimiento Penal siempre fue una causal en la cual la corte actuó bastante tímidamente en términos de entrar o no a revisar la decisión del juez de fondo respecto de los hechos.

Lo que explica las actuales decisiones mayoritarias en materia de la Ley 18.216 es eso. Y esto no es algo que sea propio de la naturaleza de la decisión ocasionada por los beneficios de la Ley 18.216, esto no tiene que ver con una mirada de si éstas son o no son garantías, sino que tiene que ver con un prejuicio. El punto es que, en mi opinión, lo que la jurisprudencia mayoritaria no alcanza a vislumbrar cuando decide respecto del otorgamiento o no de beneficios es que está resolviendo sobre la libertad del condenado. El condenado los está enfrentando a una situación dramática. O sea, llenamos el código de garantías para los efectos de ver cómo lo juzgamos; llenamos al código de reglas sobre el debido proceso, llenamos al código de reglas sobre el derecho de la defensa. Tenemos un sistema que dice *“si usted es primerizo o es condenado en determinadas condiciones o tiene una buena prognosis, entonces tiene derecho a no irse preso, a no cumplir su condena efectivamente”* y de pronto el juez responde *“si la ley dice ‘se podrá’, esto es discrecional y como es discrecional no me pronuncio”*.

La verdad es que yo discrepo profundamente de esa interpretación, porque creo que en materia del otorgamiento o no otorgamiento de los beneficios de la ley, estamos efectivamente hablando de una cuestión de garantías. De hecho, esto es tan paradójico como que existe otra línea jurisprudencial de todas las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema que dice —recientemente hay un pronunciamiento en recurso de queja en una causa así—, que dice *“cuando el juez que rechaza el otorgamiento de beneficios no lo fundamenta entonces nosotros sí podemos revisar esa decisión; y revisamos esa decisión, ¿por qué?, porque no fundamentó, y nosotros vamos a tomar la decisión en su lugar”*. Pero la verdad es que es bien incomprensible que cuando el juez escriba un fundamento, si ese fundamento es malo, absurdo, eso niegue el derecho al recurso del condenado, quien sólo puede optar a este derecho cuando se produce una afectación tan burda como que el juez diga *“no voy a fundamentar nada”*. Eso es una situación inexplicable cuando uno se aproxima al problema. Insisto, no puedo entender qué significa eso de que la decisión sobre beneficios de la Ley 18.216 no es parte de la sentencia. Eso también es un fetiche o un prejuicio o una frase vacía que no dice nada.

En otras ocasiones la corte dice que esto es un asunto meramente administrativo, pero yo me pregunto ¿cómo va a ser meramente administrativo que un juez con competencia en lo criminal decida si otorga o no otorga un beneficio? El Código Procesal Penal, por lo demás, dice que mientras no existan los jueces de ejecución de pena, el cumplimiento de las condenas tiene que ser controlado por los jueces de garantía, o sea, ¿las transforma en cuestiones jurisdiccionales o no? Entonces la verdad es que, insisto, más allá de que aquí estamos hablando simplemente en dos idiomas distintos, que se trata de dos discursos sordos entre sí, en mi opinión, es indudable que el recurso de nulidad debería ser procedente.

Dicho eso, uno no puede negar que también es importante tener en cuenta que nuestra jurisprudencia desde el primer día evolucionó hacia reconocerle al ministerio público y también al querellante particular, el derecho al recurso de nulidad, particularmente el del artículo 373 letra a), a pesar de que si hay algo que suena contraintuitivo en materia jurídica es que el Estado pueda ser titular de una garantía constitucional, y el, b) Ministerio Público es el Estado. Es un organismo autónomo pero representa al Estado en la persecución penal. Es el Estado haciendo persecución penal. Y es bien incomprensible que las garantías constitucionales que están establecidas a favor de los ciudadanos, le sean reconocidas en ese sentido al ministerio público en particular, pues uno puede discutir más la situación del querellante particular, aunque aun en este caso es claro que en definitiva el querellante particular también lo que hace es persecución penal y siempre se ha sabido que las garantías le son reconocidas más al imputado a través de tratados internacionales. Viene del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que habla del “imputado”; viene del Pacto de San José de Costa Rica que habla del “imputado”; y por lo tanto, la verdad es que, cuando uno lee la Constitución Política junto a los tratados a la única conclusión razonable que puede llegar es que el Ministerio Público no puede ser titular de garantías constitucionales y el querellante tampoco.

Entonces, cuando uno plantea esto, lo plantea en el sentido de que la decisión respecto de las medidas alternativas de la ley sí es recurrible por vía de nulidad, porque lo que está en juego ahí es una garantía fundamental y el mecanismo es el recurso de nulidad, y ese recurso de nulidad, a mi entender por lo menos, es un medio que le pertenece al

imputado, que no le pertenece al Ministerio Público, ni le debe pertenecer tampoco al querellante particular.

Ésta, yo sé, no es la línea de la Corte Suprema; yo sé, no es la línea de las cortes de apelaciones. Hay, excepcionalmente, una decisión de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt del año 2005 que dice eso exactamente, que es la única decisión por voto unánime que yo he podido encontrar que dice el Ministerio Público no tiene garantías fundamentales, porque el Ministerio Público es Estado y por lo tanto no tiene nada que hacer recurriendo por el artículo 373 letra a). Existen también algunos votos en minoría, particularmente de los Ministros, en su época Chaigneau y Ballesteros en la misma línea.

Lo que quiero decir es que, a mí en lo personal, el hecho de que hasta el día de hoy en tres años haya sólo una sentencia que resuelva de esta manera en materia de recursos, del derecho o de la posibilidad o la eventualidad del Ministerio Público respecto del recurso de nulidad del 373 letra a), no me dice nada y yo creo que hay que seguir intentándolo para los efectos de conseguir eventualmente un cambio en la jurisprudencia. Yo entiendo que esto va a ser objeto del panel de discusión después, así que me parece que lo puedo dejar ahí.

Me quedan algo más de cinco minutos y tengo que optar entre dos temas. Tengo que optar entre lo que dice relación con la inconstitucionalidad del artículo 387 que también es un tema que van a ver después y por lo tanto si algo tuviera que decir, eventualmente, pediré la palabra en ese minuto.

Me parece más relevante irnos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de la supuesta inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de una serie de normas legales que los querellantes suelen impetrar frente a situaciones en la cuales el querellante se siente desvalorado frente al Ministerio Público. Aquí hay algunas de muchas decisiones citadas del Tribunal Constitucional que es como una especie de *extraneus* al tema procesal penal y que igualmente se involucra y toma unas decisiones bastante extrañas, muchas veces en lo que dice relación con el funcionamiento del sistema que creo merece una mirada más atenta, sobre todo allí donde va estableciendo líneas jurisprudenciales bastante asentadas como la que voy a mostrar ahora.

Típicamente los querellantes frente a un fiscal que no quiere formalizar la investigación, recurren de inaplicabilidad, y piden, por ejemplo, “la

*inaplicabilidad del artículo 230, porque el fiscal no quiere formalizar la investigación. Yo tengo derecho a la acción penal en virtud del artículo 83 de la Constitución Política, mi derecho a la acción penal es derecho a una tutela judicial efectiva que es un criterio que estableció el mismo Tribunal Constitucional, y lo que yo quiero es que usted declare inaplicable esto para que el fiscal tenga que formalizar".* Algo así es lo que le terminan pidiendo al Tribunal Constitucional.

En otras situaciones, lo hacen respecto de las normas relativas a la suspensión condicional del procedimiento, allí donde el querellante sólo tiene el derecho a ser oído y a apelar, pero no a meterse en la decisión del juez o a participar en la decisión de suspender o no condicionalmente la investigación. También hay fallos relacionados con ese tema.

Hay otros fallos, y esos son casos donde el fiscal formalizó la investigación, pero le ha anunciado al querellante particular que lo que está haciendo es discutir y conversar una suspensión condicional con el imputado o con la defensa. El tercer tipo de situaciones que se presentan en esta materia es aquélla en que el fiscal anuncia que lo que va a hacer es ejercer la facultad de no perseverar en la investigación cuando no se ha formalizado la investigación, y el querellante lo que quiere es tratar de llevar la causa a juicio oral. Estas son las tres típicas situaciones que dan lugar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia.

La primera decisión, y probablemente la madre de todos los problemas en esta materia, es la causa rol número 815 del año 2008. Más allá de las opiniones y los votos en esta materia, cuando uno analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es sumamente importante ver quién redacta la sentencia y ver quién concurre al voto de la mayoría, ver quién concurre con prevención y ver quién concurre con votos disidentes, porque las líneas de cada uno de los miembros, o de algunos de los miembros del Tribunal Constitucional son particularmente claras en esta materia. Yo diría que en la sentencia de que estamos hablando el personaje más importante es Juan Colombo Campbell que recién cesó en el cargo, quien mantuvo la batalla más dura, y la mantuvo hasta el final. Él fue el creador de esta jurisprudencia, pero después esta jurisprudencia fue evolucionando, él no estaba de acuerdo con esa evolución y paradójicamente quien había sido el creador de esta jurisprudencia, se transformó en el llanero solitario y al final él votaba

siempre por acoger estos requerimientos manteniendo la opinión que ya había dado en este rol número 815, dado que el resto del tribunal fue evolucionando a una solución parcialmente distinta, que probablemente para muchos de nosotros no es satisfactoria, pero parcialmente distinta, y que a Colombo no le parecía.

Todo esto tiene que ver con cuál es mi prejuicio o mi concepción previa del sentido del artículo 83 de la Constitución, allí donde le reconoce al ofendido el derecho a ejercer la acción penal y, más allá de que probablemente no vamos a alcanzar a ver todo lo relevante de esta materia, lo importante es que los Ministros del Tribunal Constitucional —en esta primera sentencia—, y también los querellantes que van por esa línea y no así el Ministerio Público, lo que entienden es que el derecho a la acción penal que otorga al artículo 83 de la Constitución al ofendido es prácticamente un derecho al juicio oral. O sea, en el fondo, cualquier obstáculo normativo que impida que yo llegue al juicio oral es una norma inconstitucional, porque lo que hace es atentar contra o simplemente desconocer mi derecho a la acción penal. Ahora, naturalmente que éste es un argumento perfectamente circular o una petición de principio, porque lo que se quiere hacer es demostrar que el sentido del derecho a la acción penal es algo que el artículo 83 no dice. Si uno se pone a desentrañar cuál el sentido del derecho a la acción penal, probablemente lo van a encontrar mucho más limitado que lo que pretende esta jurisprudencia, pero lo que es propio de esta jurisprudencia, en definitiva, es eso.

Paradigmáticamente, y para poder respetar el tiempo, la evolución va desde acoger un recurso de inaplicabilidad del artículo 230, porque puede atentar en contra del artículo 83 de la Constitución, pero sin consecuencias claras, porque el fallo rol número 815 lo que hace es decir *“lo acojo, y lo acojo en el sentido de que el 230 no puede ser interpretado como si el fiscal puede actuar discrecionalmente”*, y uno dice, *“ya, y, ¿qué más?”* Y no dice nada más el fallo, porque, bueno uno podría pensar que eventualmente el artículo 186 que le permite al juez controlar la actuación del fiscal en materia de formalizar la investigación o no, podría eventualmente dar para que el juez cuando el fiscal no haga tal actuación intervenga a favor del querellante, aunque allí donde el artículo 186 menciona al “afectado” parece que se refiere en realidad al imputado. Esto no lo dice la sentencia rol número 815. Y por lo tanto, esta jurisprudencia nos llevaría a entender que el juez de garantía le

puede fijar un plazo al fiscal para que formalice, a instancia del querellante, aunque en ninguna parte dice que lo puede obligar a formalizar. Ese es el sentido del fallo 815 en esta materia.

Y sin embargo esta jurisprudencia después fue evolucionando con los sucesivos fallos que terminaron en un resumen que hace el fallo rol número 1841 que también tiene que ver con quién lo redacta, lo redacta Carlos Carmona que es uno de los últimos ministros que ingresó al Tribunal Constitucional designado por la presidenta Bachelet, que es especialista en Derecho Público y Administrativo, y lo que él termina diciendo es que la jurisprudencia ha ido evolucionando en el entendido o en el sentido de que la discrecionalidad del Ministerio Público es una “discrecionalidad no arbitraria”; y esa discrecionalidad no arbitraria significa que está sometida a control jurisdiccional en distintos momentos del proceso penal. Por ejemplo, en lo que dice relación con la decisión de formalizar o no la investigación, está el artículo 186, y le dan al artículo 186 en esta interpretación el sentido de que “*dado que la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir quien puede ejercer el 186*”, y por lo tanto, cuando el querellante lo que quiere es que el fiscal formalice y éste no lo quiere hacer, lo que debe hacer es ir al juez, invocar el 186, pedir audiencia, explicar su situación para que el juez se convenza y le diga al fiscal “*formalice la investigación*”. Ahí está el control de la discrecionalidad en la formalización.

Probablemente ninguno de nosotros vea el artículo 186 de esa manera. Si uno va al espíritu de la ley, claramente el 186 está pensado para el imputado, pero el problema está en que nosotros tenemos un Tribunal Constitucional que hoy día en el año 2010 nos dice “*el fin de la historia de la evolución de esta discusión es que estamos en este sentido del artículo 186*”. Entonces tendremos que preguntarnos cómo van a empezar a reaccionar los jueces de garantía cuando les invoquen el 186, qué va a pasar cuando los jueces rechacen la orden de formalizar al fiscal y los querellantes apelen, les digan que no, se vayan de hecho, en muchas cortes de apelaciones van a hacer lo que están haciendo hoy día, que es acoger recursos de hecho que no proceden para los efectos de entrar a conocer el fondo y se van a empezar a pronunciar. O sea, yo casi diría que éste es probablemente el paso siguiente en la evolución de este problema. Pero el origen está aquí, está en el Constitucional, que por tratar de mejorar una mala jurisprudencia, que era mala, pero que no tenía consecuencias, genera una jurisprudencia que



desde la perspectiva de ellos es mejor, pero con consecuencias que causa distorsiones en el sistema.

Entonces, cuando uno analiza jurisprudencia procesal penal, tiene necesariamente que ver lo que está pasando en el Tribunal Constitucional, porque esto si bien hoy día parece que no ha permeado demasiado es importante que lo tengamos en cuenta, porque yo creo que queda poquito tiempo para que los querellantes empiecen a entrar por este lado, y un abogado que toma una causa penal en calidad de querellante, por responsabilidad profesional tiene que intentarlo, más allá de los gustos personales en éstas y en varias materias.

Esto me parece que es una cuestión muy relevante que hay que tenerla en consideración. Lo paradójico, como dije recién, es que hasta antes de su retiro el ministro que se mantuvo en contra, disintiendo y votando para declarar la inaplicabilidad era Juan Colombo. Hoy día, sus sucesores en el Constitucional en esta materia son Raúl Bertelsen y Mario Fernández, que son personas que vienen de orígenes ideológicos completamente diferentes, y que sin embargo leen esto de la misma manera. Ellos entienden también que la garantía de la tutela judicial efectiva, que es un concepto que importamos a la legislación chilena desde el artículo 24 de la Constitución Española, comprende el sentido que ya he descrito, como un verdadero derecho al juicio oral.

Eso me parece que es lo que yo quería explicar hoy día tratando de respetar el tiempo que me parece que es importante para los efectos de esta discusión. Muchas gracias.

## Ronda de preguntas

### Pregunta:

La primera pregunta es si a su juicio la resolución que se pronuncia sobre la concesión o no de una medida alternativa al cumplimiento de la pena, es una resolución que se pronuncia sobre normas de derecho penal, en el sentido clásico de normas de Derecho Penal, referida a penas privativas de libertad, lo que podría ser una vía para permitir el conocimiento por vía recurso de nulidad. Y por otra parte le quiero preguntar, partiendo de la premisa que la jurisdicción es una facultad debida por el Estado, es decir, debe ejercerse; si en su opinión, el tribu-

nal que declara inadmisibile el recurso de nulidad para no pronunciarse sobre la concesión de medidas alternativas, en realidad lo que está haciendo es denegar jurisdicción, que es un acto debido.

**Respuesta:**

No sé si me queda clara la idea de la segunda parte de la pregunta. Yo creo que cada vez que un tribunal declara inadmisibile algo que no lo es, termina transformándose en una forma de evitar un pronunciamiento. Lo que están haciendo en rigor la mayoría de las cortes es atentar contra el principio de inexcusabilidad de los tribunales, en el sentido de evitar pronunciarse sobre el fondo de las materias sometidas a su conocimiento. Ahora, cuando eso viene hecho por la Suprema la verdad es que hay poco que hacer, porque esa es la forma que utiliza la Suprema para, por así decirlo, usar un *certiorari* que no tiene.

Esto se trata de la función y la libertad que la Corte Suprema se reconoce a sí misma, pero es algo que también me parece tiene que ver con responsabilidad del legislador, porque el legislador también le dice a la Suprema que puede declarar inadmisibile algún recurso cuando crea que no viene suficientemente fundado. O sea, siempre estamos encontrando soluciones a medias. Alguna vez, —naturalmente que la Corte Suprema norteamericana es algo completamente diferente—; se ha discutido la idea de incorporar algo así como el *certiorari* de la Corte norteamericana en la Corte chilena; pero terminamos en una discusión, voy a usar una expresión que a mí no me gusta: “administrativa”, relacionada con la carga de trabajo de la Suprema. Por lo tanto, lo que hacemos es reconocerle a la Suprema en algunos ámbitos algunos mecanismos para que termine decidiendo que las cosas son o no son.

Entonces, si bien es cierto que yo creo que hay un tema de responsabilidad de los propios jueces que recurren al mecanismo de la inadmisibilidat para evitar pronunciamientos, también es parte, en alguna manera, del diseño legislativo que, estoy convencido, le atribuye a la Corte Suprema demasiadas competencias, porque en definitiva cualquier cosa puede llegar para arriba. Si uno se va a la jurisprudencia del mismo Constitucional, hay muchos de estos ministros que dicen algo así como *“se pide la inaplicabilidad del 387 porque no permite recurrir, privando del derecho al recurso, y en realidad qué tanto se reclama por el 387, si se puede entablar recurso de queja”*, eso dice el

Constitucional. Entonces me está diciendo el Constitucional “Váyase a la Suprema”. Y claro, una Suprema que decide todo necesita de alguna manera mecanismos que le permitan distribuyendo cargas.

Yo creo que a mí, más que el tema de inadmisibilidad en sí mismo, me molesta el criterio que dice que “*esto no es parte de la sentencia*” o “*esto es una cuestión administrativa*”, y esto engancha con la primera pregunta tuya, porque no reconocer que en el otorgamiento o no de los beneficios de la Ley 18.216 hay una decisión punitiva, me parece a mí de una ceguera y falta de comprensión del sistema que es inaceptable. Y yo creo que, además hoy día es un argumento, como interpretación “*pseudoauténtica*”, la intención legislativa de “crear penas”. Hay un proyecto que el gobierno está enviando para modificar los beneficios de la Ley 18.216; pero el discurso del gobierno hoy día no es sólo que van a modificar el sistema de beneficios, sino también que van a crear “penas” nuevas, y las van a crear en la Ley 18.216. Es decir, esta ley tiene esa cara penal que es evidente.

Probablemente esta discusión nosotros no la tendríamos si la ley estuviera en el Código Penal, porque ahí nadie discutiría que dentro del Código Penal es una regla penal. Sólo porque es una ley especial llegamos a esta discusión, donde por alguna razón nos cuesta reconocer de norma punitiva a la que establece. No puede ser que sean más importantes las normas de determinación de penas del Código, que dicen que la pena es *un grado más o un grado menos* o es *una parte más o una parte menos de un grado*, que la decisión de hacer efectiva la pena o conceder un beneficio. Desde la lógica de la garantía, por lo menos yo no tengo dudas.



### III. Primera mesa. Derecho al recurso como garantía del imputado: Revisión integral y beneficios de la Ley 18.216

---

#### **Intervienen:**

- Dn. Ignacio Barrientos Pardo, asesor jurídico, Defensoría Regional de Antofagasta;
- Dña. Fabiola Rivero Rojas, defensora penal pública;
- Dn. Enrique Letelier, académico, Facultad de Derecho, Universidad de Antofagasta.

#### **Intervención de don Ignacio Barrientos:**

El derecho al recurso es una de las garantías más importantes del imputado y sin duda también, para que tenga eficacia debe cumplir con ciertas características y satisfacer ciertos estándares. Esa será la discusión de hoy.

Vamos a partir de un concepto que viene desarrollándose en la jurisprudencia internacional desde hace mucho tiempo, que es el concepto de la revisión amplia o íntegra y que se ha instalado en algunos ordenamientos jurídicos cercanos como Argentina en un fallo especial, el caso Casal, de septiembre del año 2005, y en dictámenes del Comité de Derechos Humanos y en fallos de varios tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y para nosotros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo muy importante que es el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica.

No está demás decir que a las preocupaciones que están subyaciendo al tema que discutiremos no escapó al medio chileno. Del momento mismo de la creación del recurso de nulidad se planteó que este recurso venía a cumplir la exigencia del artículo 8.2, letra h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a que se exigía la existencia de un recurso que permitiese la revisión de las sentencias. Un recurso efectivo, que se pronunciara sobre el fondo de lo que se planteaba al tribunal.

El profesor Bofill ha señalado que en la génesis hubo una discusión acerca de la creación de un “recurso extraordinario” que se desechó luego por el Senado, que reformuló el sistema de recursos y creó el recurso de nulidad, estimando que el recurso extraordinario implicaba una apelación encubierta, que podía significar un quiebre en los principios de oralidad e inmediatez, que son principios muy importantes en el juicio oral; y éste mismo, por lo tanto, perdía centralidad.

Pero podemos recordar que en la génesis del recurso de nulidad se planteó que era necesario hacerse cargo de los problemas límites que se planteaban en cualquier control legal de la sentencia, y que en muchos de los casos se referían a los hechos. Y así se recordó que, sin perjuicio de la existencia en varios países de la Europa continental del recurso de casación clásico, los tribunales igualmente entraban en la consideración de elementos de hecho por la vía de estimar que se vulneraba el principio de inocencia en cuanto a la prueba suficiente para llegar a una sentencia condenatoria.

Esta es una cuestión que ha sido planteada hace no mucho. No está de más recordar que hace un tiempo, año 2008, el presidente del Tribunal Constitucional —Juan Colombo—, se despachó un par de afirmaciones en relación a la segunda instancia. Está en la prensa. Lo quiero recordar porque es un tema que se lanzó a la discusión y los profesores que participaron en la creación del Código Procesal Penal alzaron su voz para plantear su desacuerdo de este planteamiento del presidente del Tribunal Constitucional que, además, estaba llamado a resolver planteamientos sobre el tema de los recursos.

Escucharán ahora algunas referencias de derecho comparado que nos permitirán ilustrar cuál es el estado de la cuestión. Pero también, surgirán temas como la libre valoración de la prueba, el valor de la garantía

de la intermediación, referencia a la presunción de inocencia, la suficiencia de la prueba, etc.

Quiero dejar planteadas algunas interrogantes, antes de comenzar el debate.

- ¿Satisface el recurso de nulidad del Código Procesal Penal los estándares internacionales de derecho al recurso?
- ¿Es necesaria —como plantea el presidente del Tribunal Constitucional— la doble instancia o se puede lograr eficacia recursiva a través de un rediseño institucional o, sobre todo de un mejoramiento de la práctica forense o judicial?
- ¿Permite el recurso de nulidad un control efectivo de la motivación fáctica en la sentencia condenatoria?
- ¿Hay exceso de formalismo en el examen que efectúa la Corte Suprema o de Apelaciones?
- Y, por último en un tema que nos resulta muy atractivo especialmente en esta región desde la Defensoría y parte de la Corte de Apelaciones, en materia de la concesión de beneficios de la Ley 18.216, ¿Se cumple con la idea de revisión integral, desarrollada por la jurisprudencia internacional, si no se puede impugnar la parte que deniega un beneficio?

Todas estas son cuestiones que creo es necesario que debatamos en este momento.

### **Intervención de don Enrique Letelier**

Muchas gracias por la invitación a los organizadores. Yo quisiera comenzar agregando otra pregunta: ¿Si lo que entendemos por “derecho al recurso” desde la perspectiva de los ordenamientos procesales internos, es lo mismo que se entiende por derecho al recurso desde la óptica de los pactos internacionales? Pregunta de la que se derivan algunas consecuencias. Una importante es en cuanto al objeto del recurso, al ámbito de revisión. Otra consecuencia importante es el problema de las legitimaciones para impugnar. Otra, son los intereses para impugnar; y otra dice relación con los estándares de satisfacción del recurso y la aplicación de algunos principios como la bilateralidad de los recursos. Entonces, hay que preguntarse si los redactores de los pactos internacionales al decir que alguien tiene *derecho a impugnar*,

tuvieron el mismo objetivo que el legislador interno al consagrar que una persona tiene derecho a impugnar.

Hay que partir de una premisa. Creo que la impugnación es un derecho fundamental —creado o reconocido, explicación iusnaturalista o positivista—, porque está establecido en instrumentos internacionales y, además, se encuentra garantizado en el artículo 14.5 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o Pacto de Roma, aunque no lo diga expresamente, y en el Protocolo Adicional Número 7 de ese mismo Convenio, que ahora sí consagra expresamente el derecho al recurso.

En esta línea, cabe preguntarnos cuál es el núcleo irrevertible del derecho al recurso consagrado en los pactos internacionales. Me saltaré el tema de la legitimación porque podríamos estar tardes completas hablando del tema, pero no es el de la mesa. Tampoco es el tema el interés para impugnar, que nos plantea la interrogante de si podría el Ministerio Público ser una parte vencida cuando la sentencia es absoluta.

Dejo lo anterior como inquietud.

En lo que sí me quisiera concentrar es en la pregunta si los pactos internacionales al tratar derecho al recurso se refieren a recursos de amplia cognición, o de cognición restringida.

Prefiero hablar sobre un recurso de amplia cognición y no hablar de recursos ordinarios o extraordinarios, ya que esta clasificación no corresponde a parámetros universales. En Chile sí existe esta clasificación, que depende de si el recurso tiene o no causales, o tiene o no más o menos requisitos. En otros países, como Italia, a la casación se le considera recurso ordinario. Lo mismo en Portugal, porque el parámetro es la cosa juzgada de la sentencia impugnada. Por ello prefiero hablar de cognición y no de ordinariedad.

Se da el primer problema de que los pactos internacionales no redactan en la misma forma la garantía sino según su traducción en diferentes idiomas. Es fácil sin ningún problema apreciar que para el artículo 8.2 de la Convención Americana, lo central radica en someter la sentencia al *tribunal superior*. Para el artículo 14.15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también. Pero en Europa, el Protocolo



Adicional Número 7 del año 1984, en la traducción en el inglés dice que se conceda a toda parte el derecho a *apelar de una resolución judicial*. En la traducción al italiano se refiere al *doblo grado de jurisdicción*; y en español, algo similar. Cada una de las versiones no son coherentes.

Yendo un poco más allá, y si tomamos exclusivamente el caso del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice que “toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho que el fallo condenatorio o que la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un *tribunal superior* conforme a lo prescrito por la ley” ¿Qué significa que la pena y el fallo sean sometidos a un tribunal superior?, ¿significará solamente que el tribunal superior puede revisar el *quantum* de la pena y el fallo, en el sentido que si es condenatorio o absolutorio?

Me parece que la garantía no puede ser tan restringida, más cuando la armonizamos con otra garantía constitucional que es la motivación. Por lo tanto, estimo que debemos leer los pactos internacionales en el sentido que la competencia del tribunal superior es para revisar: la pena impuesta, el fallo y, además, los fundamentos del fallo y de la pena impuesta. Esa es la competencia funcional de que debe estar dotado el tribunal que conoce el recurso como garantía constitucional.

El problema es trasladar esta garantía, que sostiene como núcleo del derecho al recurso la revisión por el tribunal superior del fallo, pena y fundamentos de ambos, a la figura clásica de la casación, en la que incluimos nuestro recurso de nulidad, que se consideraba como una casación ampliada. En el caso de España tenemos que en el juicio ordinario conocido por las Audiencias Provinciales no hay recurso de apelación, sino que solamente de casación. A propósito de esto, solamente hay casación para juicio ordinario y apelación para procedimiento abreviado —que no tiene nada que ver con nuestro abreviado— y para conocimiento de faltas; y se trata de una apelación con causales, tasada. Es extraño, pero así es. A propósito de esto, España fue condenada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2000, en el famoso caso de *Cesario Gómez Vásquez*, en que se consideró que la casación española no satisfacía los estándares del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Desafortunadamente, el Comité de Derechos Humanos no es un órgano jurisdiccional y sus resoluciones no tienen fuerza vinculante para los estados suscriptores.

Esta condena que experimentó España y algunas posteriores no despertó reacciones inmediatas en la jurisprudencia española, pero sí un poco tardías. Con el tiempo el Tribunal Constitucional español declaró que la casación española se asimilaba funcionalmente al artículo 14.5 del Pacto. En consecuencia se permitía que el Tribunal Supremo, que conoce la casación pudiese revisar más allá de la recta interpretación del derecho. Insisto, la vía fue declarar que había una *asimilación funcional* de la casación al recurso del artículo 14.5.

Con posterioridad, hubo una modificación legislativa que data del año 2003 ó 2004, en que se crearon salas en los tribunales superiores y en la Audiencia Nacional y para conocer el recurso de apelación. Pero aún no se ha modificado el procedimiento que crea el recurso. De tal forma que orgánicamente está la reforma, pero funcionalmente no existe. Por tanto, no hay apelación.

Viendo esos casos uno agradece tener lo que tiene, porque un respetadísimo autor, Fermín Villa, dice que el sistema español es asimétrico, ya que tiene apelación para delitos de menor entidad, y no tiene apelación para los de mayor entidad, sino que una casación que es bastante restrictiva.

En el caso de Italia, ésta desde el año 1988 tiene un nuevo Código de Procedimiento Penal que es de estilo acusatorio y que reemplazó a un código inquisitivo del año 1930. Pero ocurre que el defecto del código italiano es que en la parte de recursos se dejó la regulación a una ley posterior. Entonces, modificaron toda la ley de enjuiciamiento, pero copiaron el sistema de impugnación del código antiguo y lo promulgaron en el nuevo Código de Procedimiento Penal del 88'. Entonces éste tiene un sistema nuevo de enjuiciamiento penal pero con un sistema de impugnaciones prácticamente copiado intacto del código del año 1930. Esto significa que en Italia, donde que hay un juez para la indagación preliminar —no hay Ministerio Público—, otro juez distinto para audiencia preparatoria; donde hay un juicio oral y público, tenemos apelación y casación.

Entonces, a la pregunta si en Italia se satisfacían las exigencias del artículo 14.5 del Pacto, podemos responde que la verdad es que en esto los italianos se fueron al extremo. En el año 2006 se introdujo una modificación a la casación italiana. Italia es un país de una tradición impugnatoria muy fuerte y una tradición casacionista —perdónenme

el neologismo— increíble. No por nada los libros más poderosos de la casación civil son italianos. Incluso, la casación está garantizada constitucionalmente y no sólo contra sentencias definitivas, sino también contra la resolución que se pronuncia respecto a la libertad de las personas. Es decir, el legislador no puede eliminar la casación. En el año 2006 se intentó eliminar la apelación. Y también se modificó la casación en el sentido de que se permite como causal de casación la falta de motivación, y la contradictoriedad o manifiesta ilogicidad de la misma, cuando el vicio resulta del texto de la providencia impugnada o bien de algún otro acto o procedimiento específicamente indicado en los motivos recabados. Antes de esta reforma la causal era la falta o la manifiesta ilogicidad de la motivación *cuando el juicio resulta de la sentencia impugnada*. Por tanto, se permitía a la casación revisar la sentencia, porque en el Código del 88' la casación se había transformado en una tercera instancia. Con esta reforma se quiso ampliar la causal incluyendo la contradictoriedad y, además, no solamente se refiere a un vicio en la sentencia impugnada sino a otros actos del procedimiento, lo que por supuesto permite el control no sólo de la sentencia sino de los actos anteriores, para poder revisar el *travisamento del fatto*, es decir, la tergiversación o alteración de los hechos, que puede ser ya sea una alteración en la prueba que se admite o bien en la ponderación de la prueba. Así, los autores dicen que la corte de casación podría examinar si se admitió erróneamente una prueba ilícita, pero además podría examinar si se le dio credibilidad a un testigo creíble o no creíble. Se abre una puerta por la vía de la casación. Entonces, el paradigma que los hechos son intangibles para la casación se cae.

¿Qué pasó en España? En España no se ha modificado la ley. No hay casación. La doctrina está enojada. Entre ellos, según el sector geográfico, se aboga por el establecimiento de una apelación para todos; y se dice que en realidad el principio de inmediación se puede respetar con la repetición del juicio por los sistemas técnicos. Se está intentando una apelación para todo.

Pero existe un fallo del Tribunal Supremo, del año 2006, que rescata una idea que dio Carnelutti en la mitad del siglo XX: que el proceso de valoración de la prueba es complejo que incluye al menos dos actos: la percepción y la inferencia. La percepción es el contacto directo del juez con la fuente. La inferencia es la relación que el juez hace del objeto percibido, con sus propias percepciones de la realidad. Si por el ejemplo el

juez dice en su sentencia que ha percibido un objeto de metal alargado con una punta, con un canto mas afilado que otro y con un extremo más grueso y concluye que eso es una manzana —perdón por el ejemplo—, podríamos decir que el juez comete un error en la inferencia. Este fallo del Tribunal Supremo dice que el tribunal de casación, revisando el proceso lógico que lleva el esclarecimiento de los hechos, puede llegar incluso a revisar el juicio de la inferencia. Por supuesto que no puede revisar la percepción, porque eso sería intentar que el tribunal de casación estuviese en *par conditio* con el tribunal de juicio, lo que es imposible. No hay dos realidades paralelas, y por mucho que repitiésemos el juicio, finalmente es otro juicio, otro tribunal. Por tanto, el tribunal de casación puede llegar en la revisión de los hechos hasta el límite de lo percibido y eso es una idea que está en un artículo que dice justamente límites al recurso de casación. Por lo tanto, creo que al reflexionar sobre nuestro sistema de recursos debemos tener presente a lo menos dos cosas.

En primer lugar, que cuando uno interpone un recurso de nulidad por el artículo 374 letra e) referido a falta de elementos de la sentencia, uno dice “*ojalá que pase, para que la Corte revise*”; pero no es para que revise los hechos, así burdamente. La Corte, entiendo yo, podría revisar el juicio de inferencia; y no solamente por esa causal, sino que creo que podría ser por la causal que protege el debido proceso y la que se refiere correcta aplicación de la ley, ya que esta última impone al juez fallar conforme a los estándares de la lógica, la normas de la ciencia, etc. Esto lo dice Carnelutti. Si el juez se equivoca en el juicio de percepción hay un error de ley. En nuestro caso porque no está aplicando la norma del 297.

En segundo lugar, tenemos que tener clara la motivación de la sentencia. Sin ésta, es imposible que la corte realice estas revisiones hasta el juicio de inferencia, porque no dispone de material, tanto las Cortes de Apelaciones, como la Corte Suprema.

### **Ignacio Barrientos:**

Quisiera complementar un punto, señalando que —en el caso español— los dictámenes que se han referido a esta infracción por parte de la casación española al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refieren más bien a la forma de funcionamiento, cómo se hace la revisión, no necesariamente a la norma de derecho

objetivo que contempla sólo el recurso de casación. Esto es importante, porque en nuestro caso, si el recurso de nulidad se aplica con excesivo rigor podemos entrar a una situación parecida a la de esas latitudes, en que la insuficiencia del sistema deriva funcionamiento del sistema. Por ello, quisiera que Fabiola, que expone en seguida, nos cuente su experiencia en la aplicación del recurso de nulidad.

### **Exposición de doña Fabiola Rivero:**

Quisiera agradecer la invitación por parte de la Universidad Católica del Norte, sobre todo en un tema que es del todo atingente a lo que sucede todos los días en nuestros tribunales. Además quisiera agradecer mi inclusión como mujer penalista, junto a la moderadora doña Loreto Flores, somos las únicas invitadas.

Para empezar, quisiera plantear ciertos conceptos que me parecen del todo atingentes.

Varios de los presentes nos dedicamos al ejercicio del Derecho tratando directamente con personas. Creo que ninguno se dedica al derecho corporativo, sino que ejercemos sobre derechos humanos, desde diversas perspectivas y sitios, pero trabajamos en solucionar el conflicto de otra persona, conflicto penal en este caso. Y más allá de la perspectiva valorativa —incluso religiosa, cuando vemos al imputado como el prójimo—, cuando hablamos del derecho al recurso o impugnación, estamos hablando de un derecho fundamental; un derecho humano, reconocido por la Constitución, por la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, etc. Es ese punto de partida, un derecho humano, el que no se debe perder.

Con estas consideraciones, y respondiendo con lo que planteaba Ignacio, ¿podemos señalar que el excesivo ritualismo, formalismo, las exigencias puramente positivas pueden pasar por sobre estos intereses que son superiores? Personalmente creo que el llenar de formalismos y escollos para la simple presentación o admisibilidad del recurso de nulidad, como medio idóneo para perpetrar beneficios de la Ley 18.216, es un error, desde el punto de vista de la intención propia de la ley, porque la misma Ley 18.216 en su artículo 24 señala que si el tribunal

se niega a conceder beneficios de esta ley, entonces debe exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia. Desde ese punto de vista, a título personal, creo que es claro que la concesión o no de beneficios es parte de la sentencia, y coincido con el profesor Letelier en que esta norma es de carácter punitivo y, desde de esa lógica, obliga a los sentenciadores a incorporar estos antecedentes dentro de la redacción de su fallo, y fundamentar por qué razón se concede y por qué no se concederá un beneficio. De forma tal que si los sentenciadores no fundamentan por qué razón no están concediéndolo y se limitan a señalar "*porque no hay antecedentes suficientes*", en definitiva se están vulnerando normas sobre la necesaria fundamentación de la sentencia y también una norma breve, que a veces se olvida, que es la norma del artículo 36 del Código Procesal Penal, que obliga a la fundamentación de toda resolución judicial penal. No solamente la sentencia sino que cualquier tipo de resolución penal debe ser fundada.

Desde esa perspectiva, en definitiva cómo no va a ser idóneo el recurso de nulidad, ya sea por la causal del artículo 374 letra e), en relación al 242, es decir, por falta de fundamentación o bien, como decía el profesor Letelier, con una lógica como errónea aplicación del derecho. Desde mi experiencia como defensora puedo decir que hemos tenido bastante éxito con ambas causales, interpuestas juntas o de forma subsidiaria una de otra. Hemos logrado asentar una buena jurisprudencia que acepta que se revise por esta vía el fallo, de modo de que analizar caso a caso si los sentenciadores finalmente han incurrido en las causales mencionadas.

### **Ignacio Barrientos:**

Me gustaría describir cómo se llegó a esta jurisprudencia que menciona Fabiola. Como Defensoría demostramos positivamente la existencia de jurisprudencia de otras regiones y de la Corte Suprema, que por un lado nos negaba el paso al recurso de nulidad, por las razones que ya se han expresando; pero también se nos negaba a través de los recursos de amparo; y, por último, cuando alguien dijo que no es po-

sible recurrir por nulidad y nos dicen que una parte de la sentencia no es sentencia definitiva, entonces apelamos; y cuando apelamos, nos dijeron que no porque tenemos el recurso de nulidad.

Cuando se demuestran que están cerradas todas las vías recursivas y que en la decisión acerca de la concesión o no de beneficios de la Ley 18.216, se ha incurrido en error en la apreciación de la situación fáctica y también en la apreciación de los requisitos jurídicos de la ley, se dan supuestos para que el tribunal superior revise la decisión tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Por ello, seguiremos sosteniendo que esta decisión de tribunales de garantía y tribunal oral es recurrible a través del recurso de nulidad.

### **Enrique Letelier:**

Para los que no escucharon, quisiera recordar palabras de Jorge Bofill: norma penal es toda aquella que incide sobre la libertad de aquél contra quien se dirige la persecución penal. ¡Cómo es posible entender que la decisión que niega una medida alternativa no es parte de la sentencia! Ésta forma parte de la decisión de la sentencia y debe ser revisada por el tribunal que está llamado a dictar la misma.

### **Fabiola Rivero:**

Brevemente quiero referirme a la necesidad y el imperativo de carácter internacional público que implica para los jueces de mérito pronunciarse respecto de la concesión de medidas alternativas a la privación de libertad, que en nuestro ordenamiento se encuentran en la Ley 18.216. Quisiera recordar las Reglas de Tokio. Éstas propenden a que los estados miembros de las Naciones Unidas tiendan al establecimiento de medidas diferentes a la privación de libertad, con el objetivo de evitar las consecuencias que trae aparejada tal privación de libertad.

En Chile tenemos sólo la reclusión nocturna, la libertad vigilada y la remisión condicional de la pena. Sin embargo, debemos recordar que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, Ley 20.084, contiene una serie de normas que evitan la encarcelación del adolescente infractor de ley. Y muchas de las que están incluidas en el catálogo de sanciones de esta ley son medidas alternativas establecidas en las Reglas de Tokio. Entonces, pensando sobre todo en el fin de la pena, y ade-

más tomando en consideración la criminalidad más leve, y los bienes jurídicos tutelados, creo que en definitiva hay exigencias de derecho internacional público que obligan al Estado a establecer más medidas alternativas, y que pueden ser parte de inspiración para que los sentenciadores puedan visualizar que medida alternativa será idóneo para alcanzar los fines de la pena.

Creo que en esta sala, la mayor parte de los asistentes estará de acuerdo que no existe duda alguna que la cárcel, y además en las condiciones de las nuestras, no cumplen con los estándares mínimos de humanidad. Por ello es que en esto no podemos ser neutrales: debe evitarse la cárcel, la privación de libertad. Incluso desde el punto de vista criminológico está asentado que la cárcel fomenta la reincidencia, o lo que es lo mismo, ella es menor entre quienes cumplen la pena en libertad. Frente a la fuerza de esta realidad, los litigantes no podemos negar que las medidas alternativas son beneficiosas para las personas. No está mal desempolvar algunas veces los textos algunas veces olvidados y recordar cuál es el fin del derecho.

### **Ignacio Barrientos:**

Yo quisiera volver un poco a las preguntas que había planteado. Cuando pregunto acerca de la doble instancia, no quiero que se interprete como que planteo la reinstalación de la apelación. Probablemente si tuviera una forma de expresarlo, sería que es necesario sentarnos a pensar sobre la forma como se revisa la fundamentación de las sentencias. Todo para determinar si en esa revisión hay una revisión medianamente formal o no. Como decía Enrique, si en definitiva el núcleo del derecho al recurso es la revisión del fallo, de sus fundamentos y de los fundamentos de la pena, entonces examinemos cómo eso se hace en Chile. Si la revisión es formal, claramente estamos en un nivel inferior al que nos piden las normas internacionales. Es conveniente por lo menos discutir esto.



## Ronda de preguntas

### Pregunta:

Para Enrique Letelier. Hay un fallo argentino de la Corte Suprema que hace reconocimiento expreso a la posibilidad de una apelación, pero pone como límite, o señala que podría haber revisión, en la medida que no se afecta la inmediación. ¿Tú crees que es posible ese planteamiento con la normativa actual, o crees que sería necesaria una modificación legal? En otras palabras ¿podrían los tribunales con la que tienen hoy día resolver por esta vía?

### Prof. Enrique Letelier:

Yo no soy partidario de aquello, habiendo conocido otras realidades. Primero quiero decir que no me parece necesaria una modificación. Creo que los tribunales tienen herramientas para corregir. Ese fallo es el caso *Casal* que aplica una doctrina alemana, y lo aplica *in extremis*, en el sentido que el límite es la inmediación y con esto quiere decir que el límite de lo que se puede revisar por casación es lo percibido.

Ahora yo creo que en virtud de la norma del artículo 297, en relación al 374 letra d), y también al 373 letra b), si el juez no realiza una correcta inferencia a propósito de lo que percibe, está incumpliendo el mandato del artículo 297. En consecuencia, está aplicando incorrectamente la norma que regula cómo debe hacerlo. Aquí creo que podría, con esa herramienta, deducirse recurso de nulidad por el 373 b), o bien si se prefiere el 374 letra d). Fíjate que en España se introdujo una causal de casación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 852, que es la infracción de garantías constitucionales, y ahí se entiende que radica la potestad para poder revisar incluso el juicio de inferencia, según el fallo del Tribunal Supremo. Por tanto los autores, como Gimeno Sendra, dicen *“señor litigante, cuando presente recurso de casación deben invocar infracción a la garantía constitucional del debido proceso, esto es, causal del artículo 851 y, además, invocar la infracción especifi-*

ca, es decir, la errada aplicación del derecho". Yo no soy partidario de modificar, me parece que las herramientas están y que hay que darle tiempo al Código, y esto es una cosa a la que se le puede sacar mucho partido.

### **Profesor Julián López:**

Yo tengo otra pregunta, porque a partir del fundamento de la exposición de ambos, de esta idea de que el recurso cumple un rol de derecho fundamental, sin duda uno tiende a simpatizar con la idea de aumentar o expandir los regímenes recursivos. Uno entendería que siempre la posibilidad de revisión de una sentencia condenatoria tiene esa dimensión de garantía; pero el problema que yo veo es que nosotros estamos en un país en que el derecho al recurso es tanto para la parte acusada como para la parte acusadora, y entonces mi duda es en qué medida el recurso puede representar no sólo una ventaja efectivamente para el imputado, sino quizás una desventaja. Ello porque, específicamente en el problema de los beneficios de la Ley 18.216, la idea parece tener implícita la premisa de que tenemos Cortes que son más proclives a conceder beneficios que los tribunales inferiores, y yo no sé si esta es una premisa correcta. Lo mismo pasa con esta idea del derecho al recurso como una amplia revisión. ¿Qué pasa si nosotros reconociéramos o estableciéramos un recurso de amplio espectro que permitiera a un tribunal de alzada entrar a revisar todo? ¿Beneficiaría efectivamente al imputado? Mi sensación es que sería una distorsión del sistema.

### **Profesora Fabiola Rivero:**

Yo creo que no es necesario modificar el tenor del Código a fin de visualizar al recurso como una garantía. Yo creo que es un trabajo que debería ser para los jueces, más que incurrir en una conducta de cambio legislativo o de incorporar artículos. Creo que debe ser un trabajo de la dogmática, de estos espacios de discusión, donde en definitiva se señale y se posicione el derecho a la impugnación, pero como una garantía del imputado y no de otro interviniente. Creo que los fallos nacionales e internacionales deberían ir en ese sentido.

**Profesor Ignacio Barrientos:**

Sólo me gustaría aclarar que si ustedes revisan el programa que se les entregó, se darán cuenta que pusimos cada uno de los títulos de las mesas como “Derecho al recurso”. Porque partimos de la base que si hay que revisar la forma en cómo se revisan los fundamentos de la sentencia, hay que preguntarse también de qué tipo de recurso estamos hablando: ¿Qué recurso? ¿Qué es el derecho al recurso? ¿Es una garantía para todos los intervinientes?, ¿Es una garantía para el imputado que sufre en carne propia los resultados adversos? Entonces no sé si estamos hoy en condiciones de responder sus inquietudes y también las nuestras, pero así como decía Fabiola, estos son los espacios para empezar a conversar y sentar las premisas para seguir discutiendo más adelante.

**Enrique Letelier:**

No puedo dejar pasar la pregunta, porque es todo un tema. Además la pregunta que nos plantea Julián viene con su estampa, porque es incisiva. Va al fundamento de la impugnación, porque si vemos el recurso como derecho, tenemos que preguntarnos si seguimos con la vieja premisa que el recurso es un medio de control, o bien es una forma de hacer efectiva la doble persecución penal. Tenemos que decidir, y eso es una decisión política. La tradición dice que es forma de control, pero uno podría decir que al ser una forma de control de la decisión jurisdiccional por qué entonces no sometemos directamente el caso a un tribunal superior que está mejor preparado. Entonces hay quienes podrían decir que es una forma de control político, que todos los actos del Estado deben estar controlados políticamente, pero ocurre que si uno lo analiza y se pregunta por qué se consagra a favor del imputado, el fundamento es la doble persecución penal y no la bilateralidad del recurso.

Ahora creo que con esto, con ampliar la revisión en la nulidad, no se distorsiona el sistema como tú señalas, siempre y cuando no se altere

la intermediación y se respete el reenvío, porque si vamos a tener que con esto el tribunal de nulidad va a irrespetar la intermediación y va a dictar sentencia de reemplazo, yo creo que en todos los casos se nos viene abajo el sistema. Pero si sencillamente lo que se va a discutir en sede de nulidad es la existencia de la causal del recurso y nada más que eso, y luego procedemos al reenvío, me parece que en ese caso no se distorsiona.

## IV. Segunda mesa. Derecho del recurso como garantía del imputado: Prohibición de la *reformatio in peius*. Constitucionalidad del Art.387 inciso 2° del Código Procesal Penal

---

### Intervienen:

- Doña Loreto Flores Tapia, jefa de estudios de la Defensoría Regional de Antofagasta
- Don Cristian Aguilar Aranela, fiscal regional de Antofagasta.
- Don Pedro Casanueva Werlinger, defensor regional de Antofagasta.

### Exposición de la jefa de estudios de la Defensoría Regional , Sra. Loreto Flores Tapia:

Muchas gracias a los valientes que se quedaron a esta hora. Entiendo que la atención naturalmente decae. Para intentar centrarnos un poco en el tema que esta mesa va a debatir, quisiera decir algunas palabras sobre el trasfondo del derecho a recurso como una garantía del imputado. Esta es la premisa que, por lo menos la defensa sostiene.

Y para ilustrar un problema en relación a nuestro Código Procesal Penal, quisiera contarles el primer caso práctico de mi experiencia como defensora. Es un caso en que en el juicio oral hay dos posiciones muy contrapuestas. El Ministerio Público solicita por un delito determinado una pena de quince años y un día, obviamente con la extensión de la pena no se podía acceder

a ningún beneficio, y el imputado se hallaba en prisión preventiva. Y por su parte, la defensa solicita, la absolución, solamente la absolución sin una medida alternativa. Finalmente, el resultado del juicio es una sentencia que condena a una pena de 541 días, por la recalificación hecha por el tribunal, y además, con beneficios de la Ley 18.216. Hasta ahí pareciera ser que la defensa ha ganado. El Ministerio Público nos adelanta que no va a recurrir, que se va a conformar con eso. Luego, nuestro cliente, ya en libertad, va a la oficina y le plantea a la abogada: *señorita abogada, yo soy inocente, quiero recurrir*. Entonces aquí nos encontramos frente a un caso que normalmente es complicado.

Para los estudiantes de Derecho, ya se van a dar cuenta que el cerebro funciona en forma rápida. En segundos, que se hacen una eternidad cuando nos enfrentamos a una situación compleja, en términos de decidir qué se les va a contestar a nuestro cliente. Por una parte, viene esta parte de nuestro cerebro, todo lo que nos han incorporado dentro de la defensa: derecho al recurso como garantía del imputado, reconocido por tratados internacionales, incorporados en nuestra Constitución a través de su artículo 5° —independiente del debate acerca de la jerarquía de los tratados internacionales—. Una garantía naturalmente no puede afectar los intereses de las personas respecto a la cual esa garantía se ha establecido. Por lo tanto, mi primera respuesta debería ser “*recurramos*”. Y la segunda respuesta inmediatamente, como una abogada sería, probablemente sería “*recurramos, pero, le tengo que advertir lo siguiente*” y en ese *le debo advertir* claramente que, tal como están establecidas nuestras normas en el Código Procesal Penal, el derecho a recurso tiene dos limitaciones, por decirlo así.

Una limitación es la imposibilidad de recurrir de la segunda sentencia, cuando pudiere ser más perjudicial para la persona que recurrió, no habiendo recurrido a su vez el Ministerio Público. Es decir, habiéndose conformado con la primera pena.

Y en segundo lugar, el que no existe expresamente la prohibición de la denominada *reformatio in peius* —reforma en perjuicio— respecto del segundo juicio. La norma expresa del inciso tercero del artículo 360 nos pone esta segunda limitación. Y ahí volvemos un poco al inicio de la mesa. Primero, ¿puede una garantía integrante del debido proceso perjudicar a la persona respecto de la cual se estableció esta garantía? En segundo lugar, ¿es constitucional el inciso segundo del Art. 387

en cuanto establece una limitación para recurrir de una sentencia? Es cierto, no se puede impugnar la segunda sentencia en la medida que la primera no haya sido absoluta, pero establece una limitación que no está en los tratados internacionales. Otra interrogante que surge entonces es, *si es necesaria una norma expresa* que prohíba la *reformato in peius*, para garantizar de esa forma el derecho a recurso. Finalmente, tal como está establecida en nuestra legislación, ¿acaso no tenemos una limitación concreta para ejercer este derecho al recurso porque eventualmente la persona que recurre va a ser perjudicada por su propio recurso?

Para responder estas interrogantes y estos temas nos acompaña en esta oportunidad el fiscal regional de Antofagasta, don Cristian Aguilar Aranela; que antes de ser fiscal regional de la ciudad se desempeñó como fiscal adjunto en Taltal y, Antofagasta. Es magíster en Derecho Procesal Penal de la Universidad Central, post grado en Derecho Penal en la Universidad de Mar del Plata. Autor de varias publicaciones en la que se destacan: “*Código Procesal Penal, comentarios y concordancias*”; “*Delito y receptación*”; “*Manual de delitos sexuales*”. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Antofagasta y profesor de la Universidad Católica del Norte en el área penal. Por otra parte me acompaña, el Defensor Regional de Antofagasta. Con anterioridad también se desempeñó como defensor local de la ciudad de Antofagasta Iquique. Candidato a magíster en Criminología y Justicia Penal de la Universidad Central; diplomado en Derecho Penal de la Universidad Alberto Hurtado, especializado en Derecho Penitenciario. Sobre este tema ha sido invitado a distintas conferencias en el extranjero. Además es miembro de la comisión encargada de redactar el Código deontológico para defensores penales públicos.

### **Exposición del fiscal regional de Antofagasta, Sr. Cristian Aguilar Aranela**

Buenas tardes. Como primera cosa quisiera agradecer la gentil invitación que me cursaron los organizadores. Me refiero a la Defensoría Regional representada por don Pedro Casanueva; y a esta casa de estudios representada por don Manuel Núñez, su Director. También me permito destacar la importancia de este tipo de actividades en nuestra región, que nos sirven para intercambiar ideas académicas, tal vez refrendadas o no con la jurisprudencia en nuestra zona.

La moderadora, doña Loreto, ha introducido dos temas que se vinculan al derecho al recurso. Por separado me voy a hacer cargo de cada uno de ellos.

En cuanto al primero, lo que se discute a mi juicio es la existencia en nuestro país del principio de prohibición de la *reforma peyorativa* en el juicio de reenvío. En otras palabras, si interpuesto un recurso de nulidad por la defensa respecto de una sentencia condenatoria, acogido éste por la Corte, y ordenado en consecuencia un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, en el segundo juicio corresponde que exista un límite en cuanto a la penalidad en el sentido que no supere la impuesta por la primera sentencia, en el caso que la segunda sea condenatoria. A eso más o menos se reduce el tema según lo que yo comprendo.

Y nuestra postura en el particular es responder de forma negativa. Y lo digo por lo siguiente: en primer lugar, la norma que en forma expresa regula la materia en nuestra ley procesal penal es el artículo 360 en su inciso final, el que establece que cuando un interviniente recurriere a la Corte, el tribunal superior no podrá modificar la sentencia en su perjuicio. Claro está, en la medida que sea el único recurrente. Ello significa que, y de acuerdo a nuestro sistema de recursos, que la reforma peyorativa solamente tiene una vigencia o alcance, o cobra valor, respecto a la Corte Suprema o a las cortes de apelaciones. Me baso en el tenor literal de la norma del artículo 360. Será aplicable, por tanto, en este caso para el recurso que se presente contra la sentencia definitiva condenatoria en procedimiento abreviado, o respecto de aquella que el tribunal de juicio oral dicte en un juicio oral en procedimiento ordinario. Esta prohibición solamente, en nuestra percepción, será aplicable en los casos en que el tribunal superior dicte sentencia de reemplazo en los términos del artículo 385, o sea, cuando se condene por un delito que no es tal, o bien se aplique una pena superior a la que en derecho corresponde, o se aplique una pena cuando no corresponda aplicar ninguna. En estos tres casos nuestro ordenamiento permite que se pueda dictar sentencia de reemplazo por el tribunal superior, con independencia a si la causal invocada sea las del artículo 373, o del artículo 374 conocidas como motivos absolutos de nulidad. A nuestro juicio, sólo en esos casos es posible postular que existe la prohibición para el tribunal superior en la sentencia de reemplazo de no perjudicar al imputado, es decir a la defensa. En otras palabras, la sentencia de reemplazo no podrá contener una pena superior a la primitiva, o sea, a la anulada.



Como segunda línea argumentativa que fundamenta la postura que estoy planteando, es que, nuestro sistema recursivo se encuentra en la ley positiva, lo que significa que todos los intervinientes frente a una sentencia conocen las causales para impetrar el recurso de nulidad; y si es así, conocen también que el efecto puede ser en dos líneas: la primera, que se acoja el recurso y se ordene el nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado; y la segunda, es que se dicte sentencia de reemplazo en los casos antes mencionados. Si esto es así, a la defensa corresponde plantear a su representado el efecto que pueda producir la presentación de un recurso de nulidad ante un tribunal superior, porque es perfectamente posible que, acogido el recurso y ordenada la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, el imputado sea absuelto o sea condenado. Si es condenado, es posible que lo sea a una pena inferior o una pena superior a la sentencia primitiva. Para nosotros eso tiene lógica desde el punto de vista que se asegura el derecho al recurso y se cuenta con la libertad de la defensa letrada para optar de una forma o de la otra, naturalmente asumiendo las consecuencias que produce, sería y objetivamente, presentar la vía de impugnación.

Como tercera idea, el efecto que produce el fallo del tribunal superior al acoger el recurso de nulidad sin dictar sentencia de reemplazo es ordenar el nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado. Esto es, en otras palabras y en suma, que la sentencia declarada nula por el tribunal superior, como el juicio que le antecede, debe repetirse completamente no teniendo ningún valor los medios de pruebas incorporados, la forma que se fundamentó la sentencia primitiva, las circunstancias modificatorias, las agravantes, entre otros, y debe hacerse todo de nuevo. Si aceptáramos como postura o como principio la prohibición de de la reforma peyorativa en el juicio de reenvío, le estamos poniendo un límite al tribunal oral para el segundo juicio, lo que es, desde mi punto, de vista inaceptable, porque estaríamos otorgando en un efecto ultractivo a la sentencia anulada. Ultractivo en el buen sentido de la palabra, todos entendemos que se refiere a la vigencia de la ley en el tiempo, pero esa es la idea y la repito en otros términos: estaríamos dándole valor a una sentencia invalidada por el tribunal superior, y eso nos parece que escapa a las normas que contempla nuestro ordenamiento. Finalmente, el hecho que exista un límite para el tribunal oral que conoce del juicio de reenvío, o sea, del segundo juicio, es en definitiva restringir su función

jurisdiccional porque significa, en otras palabras, limitar la sentencia en el caso que sea condenado. Pongo el siguiente ejemplo que indicaba la señora moderadora: imputado condenado a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, si aceptáramos de alguna forma este principio significaría que el nuevo tribunal oral, al conocer del segundo juicio, no podría dictar una pena mayor a los quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo. Por lo tanto, las reglas de determinación de pena no tendrían ningún valor, circunstancias agravantes, atenuantes, extensión del mal causado u otros. Sólo para el caso que sea naturalmente, condenado. Por todas esas razones o impresiones de orden general que he querido compartir con ustedes, me inclino por la tesis que no corresponde admitir la prohibición de reforma peyorativa en el segundo juicio o de revivir. Resta por agregar que no existe norma expresa, y ya lo dije al inicio, que lo permita en los términos antes anunciado.

En cuanto al segundo tema, respecto a la constitucionalidad del artículo 387, eso ya se encuentra zanjado por el Tribunal Constitucional, en el sentido que dicha norma es constitucional. Obviamente compartimos el fallo como institución, por cuanto es importante siempre dejar por establecido, en base a nuestra Carta Fundamental, que sólo al legislador corresponde establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, y tenemos una norma positiva que indica que respecto de la resolución que falle un recurso de nulidad no procede ninguno, salvo que se trate de una sentencia condenatoria con un juicio anulado y que primero hubiese sido absolutoria, es decir, en favor de la defensa. No nos parece que lo anterior atente contra la Carta Fundamental y así ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional. El legislador establece un límite y ese límite se encuentra en el artículo 387 del Código Procesal Penal. Pero también es prudente indicar que hay otras vías que pueden ser utilizadas por la defensa como también por cualquier otro interviniente: nos referimos el recurso de revisión y al recurso de queja contemplados en el Código Procesal Penal y en el Código Orgánico de Tribunales, respectivamente. Se habla o se discute mucho si procede el recurso de queja en materia procesal penal. Nuestra postura es que sí, totalmente, se trata de una vía en contra de sentencias dictadas con falta o abuso, por lo tanto nos parece que no puede afirmarse que no exista o que se encuentre impedido de recurrir y restringirse el derecho

al recurso cuando la misma ley positiva ha establecido normas que fijan un límite por alcance. Eso es todo. Muchas gracias.

**Loreto Flores Tapia (moderadora):**

Haciendo un pequeño resumen de lo que se ha expuesto, en relación con la institución de la prohibición de reforma en perjuicio, en primer lugar creo que se ha señalado que cuando la ley lo ha querido señalar, lo ha dicho expresamente estableciendo las limitaciones, en relación con el artículo 385. Además ha señalado su segundo razonamiento lo que se denomina la aceptación de una situación de riesgo previsible, es decir, la defensa puede prever el riesgo y lo asume. En tercer lugar, cuáles serían los efectos de la sentencia anulada. En relación con el segundo tema, esto es, la inconstitucionalidad del inciso segundo del Art. 387, básicamente ha apuntado a lo que el fallo del Tribunal Constitucional ha referido sobre el tema. Pero también al hecho que se establece un límite y que existen otras formas o vías de impugnación que son el recurso de revisión y la queja.

**Exposición del defensor regional de Antofagasta, don Pedro Casanueva Werlinger:**

Yo quisiera plantear, aclarar, algo que a mi entender es obvio y, conforme a lo que se ha planteado en la mesa, creo que no está demás recalcar. Esto es que las leyes no están solas en el mundo y que nuestro ordenamiento jurídico está conectado con otros ordenamientos. Nuestro Código Procesal Penal y nuestra Constitución Política no viven en una isla sino también tienen conexiones con el resto del mundo, con la comunidad internacional y con el Derecho Internacional y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recordar también aun cuando todos conocemos y sabemos que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política hace entrar los tratados internacionales de derechos humanos a nuestro orden interno, independientemente de la discusión si estos tienen jerarquía constitucional, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y algunos podrán decir que forman parte del bloque de constitucionalidad, cualquier nombre que se le quiera dar; o un bloque de garantía también respecto a los ciudadanos.

Distintos instrumentos jurídicos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 14.5 y 8.2.h, respectivamente, aseguran

la posibilidad de tener una revisión o un recurso ante un tribunal superior. Al existir entonces esa relación debemos reconocer también lo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha señalado en materia de ciertas garantías procesales, elevando al rango de garantías fundamentales el debido proceso, el derecho de defensa y también el derecho al recurso.

En consecuencia, el derecho al recurso, conforme a la doctrina que emana del Derecho Internacional, comprende, entre otros, la prohibición de una reforma en perjuicio. Hay una postura muy clara hoy día, y desde el año 85', en el Tribunal Constitucional Español, que señaló que la prohibición o interdicción de la reforma peyorativa formaba parte del ordenamiento jurídico, tanto español como también en el ámbito europeo, como principio fundamental. Es decir, se trata no sólo de una garantía interna sino que principalmente internacional. Nosotros creemos que así es, que aquí tenemos los mismos argumentos para entender en Chile que la reforma en perjuicio no es aceptable por cuanto vulnera la libertad del ciudadano, sometido al proceso penal, de poder recurrir, pues se afecta la tranquilidad de este ciudadano condenado, para que pueda entonces decidir con calma de espíritu, la posibilidad de interponer o no un recurso. Hoy día está claro especialmente para los jóvenes que la prohibición de la reforma en perjuicio rige, o que la reforma peyorativa rige en Chile en una norma o a través de una norma en forma muy clara y sin discusión en el ámbito de las cortes de apelaciones.

Sin embargo, lo que motiva esta discusión es la siguiente pregunta: ¿qué pasa cuando la corte anula una sentencia y ordena la realización de un nuevo juicio? El tribunal nuevo e inhabilitado que va a tener que constituirse para conocer el nuevo juicio ¿tiene alguna limitación? Nosotros creemos que sí, tiene una limitación, una limitación que está fundamentalmente dada precisamente por este principio elevado a garantía y que está ligado al respeto de los derechos fundamentales, entre los que encontramos el derecho al recurso. ¿Cuál es entonces esa limitación? Ésta es que ese segundo tribunal no podrá exceder una especie de límite o de barrera punitiva que está establecida por la sanción que fue dispuesta en el primer juicio. Además, recordemos que se está trabajando bajo la lógica de que el Ministerio Público no ha interpuesto recurso alguno, que ha sido solamente el imputado el que recurrió. En consecuencia, podemos también señalar que el Ministerio

Público de alguna forma expresó su voluntad de conformidad respecto a la sentencia y malamente podría el fiscal, que se conformó respecto de la sentencia que no recurrió, luego intentar entonces superar la pretensión punitiva originalmente aceptada. Planteaba el colega Fiscal Regional que ¿cómo vamos a entender que existe una limitación al segundo tribunal en el juicio de reenvío?, ¿vamos a poner como limitación la sentencia o la pena establecida en el primer juicio en circunstancias que la corte de apelaciones ha anulado el fallo?

Respecto de este tema hay distintas visiones y hay distintas escuelas. Claro hay algunas que plantean esa tesis de la nulidad para todos los efectos. En consecuencia, anulada la sentencia y anulado el juicio, no quedaría nada, o sea es como si nada hubiese ocurrido. Pero eso es contrario a la realidad porque efectivamente algo ocurrió. Sería incomprendible entonces que en el juicio de reenvío nadie podría decirle a un testigo: “Ud. Señor dijo una cosa absolutamente distinta. Ahora dice que la señorita estaba con polera negra y en el primer juicio dijo que estaba con polera roja”. Si entendemos la nulidad como algo que nunca existió, no se podría confrontar al testigo en este caso con su anterior declaración prestada igualmente ante un tribunal. Eso implica entonces que hay allí un cierto error, en esa concepción de entender que fácticamente nada ocurrió. Por eso creemos que tiene mucho más sentido la tesis de la unidad del proceso, que señala que si bien aceptamos que hay una decisión de nulidad, no elimina todo, sino que es una continuación. La sentencia que anula sirve de nexo entre el primer juicio y el siguiente. No se trata de procesos distintos, no son juicios distintos, pues están interconectados a través de la sentencia de nulidad, lo cual permite exigirle al tribunal de reenvío, a la hora que vaya a resolver la situación, que jamás podrá traspasar una barrera esencial, que es una barrera de garantía, cual es la condena que ya se había establecido previamente.

### **Loreto Flores Tapia (moderadora)**

Finalmente como se ha señalado, se refiere a lo que es para muchos el único requisito que debería motivar un recurso que es el agravio. Por lo tanto, si el Ministerio Público al haberse conformado con una sentencia, o inclusive en un ejemplo en el cual la primera sentencia que se anula se concede exactamente la pena que solicitaba el Ministerio Público, de qué forma esta limitación pudiera constituir un agravio para el Minis-

terio Público, toda vez que está en el límite de la constitución jurídica que el propio Ministerio Público señaló en su acusación.

Quisiera abrir el debate respecto a este tema.

### **Jorge Bofill:**

Tengo un comentario respecto de la cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que dice relación con el artículo 387, porque en mi opinión el asunto está bastante lejos de ser superado. Lo comento porque si uno revisa para atrás las decisiones del Tribunal Constitucional, se va a encontrar con que, en primer lugar, varias de las decisiones que toman son declarando inadmisibles los recursos por no existir gestiones pendientes, simplemente porque la sentencia del segundo juicio ya había sido dictada. Obviamente, este artículo no cobra sentido y aplicación sino hasta que se sabe con certeza que hay una segunda decisión condenatoria. Posteriormente, el Tribunal, al analizar un par de recursos aplicó un criterio un poquito más extenso. Hubo casos también en los cuales el requirente se anticipó a la eventual aplicación del artículo 387.

El criterio del Tribunal sigue siendo variable en cuanto a entender que hay una potencialidad o posibilidad concreta de la aplicación de la norma, por lo que hay casos en que declara admisible el requerimiento, y en otros casos no. Además, en algunos casos prescinde de la exigencia de una posibilidad concreta de aplicación y le basta una eventualidad abstracta. Por lo tanto no hay una línea clara en cuanto qué significa que esté pendiente o no. Son pocos casos en los que el Tribunal ha entrado al fondo. El caso *Tocornal* fue el primero declarado admisible, y luego fue el caso *Aarón Vásquez*.

Pero el caso de Aarón Vásquez es bien especial porque ocurre que respecto de la primera sentencia quien recurrió el Ministerio Público, puesto que la calificación jurídica del hecho era aceptada por la defensa, por lo que ésta dice *“yo no recurrí porque esta sentencia a mí no me causaba agravio”*. El Tribunal Constitucional titubea mucho en esto del artículo 387 porque sabe que está pisando un terreno muy fangoso, lo que hace es decir algo así como *“Bueno, si usted no recurrió usted no hizo uso del derecho al recurso, así que no venga ahora a pedirme que*

*le permita recurrir*". Eso es considerado central en el caso de Aarón Vásquez.

Donde sí hay un pronunciamiento un poquito más de fondo es en la última sentencia de esta materia del año 2008, que marcó ahí, en un voto de mayoría del Ministro Colombo en que dice que el legislador es el que eligió el sistema que tenemos, y que en este caso es de única instancia, y ahí radica el debido proceso, pues es al legislador a quien corresponde establecerlo según la Constitución. De ese debido proceso forma parte la regulación del recurso que está en el artículo 387. Eso naturalmente que es circular porque da a entender que es el artículo 387 es constitucional porque lo estableció el legislador, es decir, porque existe. Pero adicionalmente el argumento de esa sentencia es nuevamente circular, porque dice: *"Usted recurrente no me puede pedir que yo declare nulo este proceso, porque usted lo que hizo fue aplicar el sistema. O sea, usted perdió la primera vez, recurrió contra esa sentencia; hubo un nuevo juicio y volvió a perder"*. La verdad es que no se analiza que si la norma impugnada es constitucional o no. Basta que exista y se haya aplicado. No se analiza si es que hay afectación del derecho al recurso.

En la disidencia de ese fallo sí hay argumentos y yo estoy de acuerdo con él cuando dice que, en definitiva, cuando el primer juicio es anulado ese juicio ya no existe. Cuando la primera sentencia es anulada, esa sentencia ya no existe. Entonces uno no puede decir que la condena del segundo es la segunda condena, sino que es *la* condena. Es respecto de esa condena que debe existir un recurso que satisfaga el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otros. O sea que la condena del segundo juicio no es una segunda condena sino que es una primera condena, porque desde el punto de vista jurídico el juicio anulado dejó de existir. Este argumento no es mío, este argumento lo usan Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa en el voto de minoría.

Más allá de todas cosas yo creo que en definitiva lo que uno tiene que analizar, para entender el caso del artículo 387, es en qué situación se encuentra el imputado cuando ha sido condenado una vez y se ordena un nuevo juicio, desde el punto de vista jurídico, cuando perfectamente los vicios que pueden estar invocando sean completamente diferentes a los vicios del primer juicio; y podemos estar incluso bajo la presencia de motivos absolutos de nulidad cuyo

efecto es que ahí derechamente no hay un procedimiento. Es como si el Tribunal estuviera diciendo: “*Da lo mismo cómo lo condenen la segunda vez. O sea, en el segundo juicio, si el defensor no puede hablar no importa; si a usted no le permiten defender su prueba tampoco importa; si el tribunal no fundamenta la sentencia, gracias*”. Y la respuesta que da el voto de mayoría, también de Enrique Navarro, es que en el fondo que acá hay un recurso de queja disponible, por lo que no es cierto que el imputado quede desamparado, sin acceso a un recurso. Sin embargo, el recurso de queja es un recurso disciplinario, no es un recurso jurisdiccional. Por ello es muy restringido. Tampoco satisface el estándar de ser un recurso amplio como el que se discutió en el panel precedente. Yo creo que el tema del artículo 387 todavía va a dar para mucho. Va a depender también mucho de cuál sea la integración del Tribunal. A mí me gustaría ver, por ejemplo, qué va decir el Ministro Carmona en sus decisiones cuando se vea presentado un recurso de esta naturaleza. Así es que yo creo que no hay una jurisprudencia tan clara por ahí.

### **Ignacio Barrientos Pardo:**

Yo quisiera hacer un comentario en relación con la prohibición de la *reformatio in peius* para que especialmente los alumnos que no están vinculados con el tema procesal penal, sepan que no es una cuestión meramente académica. En la actualidad hay un recurso de queja presentado por el Ministerio Público respecto a una decisión de una de las salas de la Corte de Apelaciones Antofagasta, en que se discute el tema sobre la extensión de la prohibición de la *reformatio in peius* en un segundo juicio.

Es un tema que esperamos se zanje pronto, pero ésta es una cuestión de fondo. Para que nos entendamos, en términos muy simples, esto de la prohibición de la *reformatio in peius* es en definitiva es *ir por lana y salir trasquilado*, es decir, ir a pedir algo y salir perdiendo. En definitiva, como dice Cafferata Nores, en cuanto al segundo juicio, se trata de haber ganado el recurso y luego obtener un resultado peor en el segundo juicio. Es decir, se pierde porque se gana. De eso se trata artículo 387, una situación similar, en que en virtud de la nulidad declarada se debe



hacer un nuevo juicio, y es posible que el segundo juicio sea peor para el imputado, e incluso luego que no pueda impugnar esa sentencia por haber sido condenado en ambos juicios.

En cuanto a lo que sostenía el Fiscal Regional que se trata de tener libertad para recurrir, asumiendo los riesgos de una sentencia peor, es que precisamente ese es uno de los argumentos para sostener que aquí estamos frente a una norma legal que vulnera el derecho al recurso, porque es el imputado quien tiene que hacer consideraciones estratégicas para ver si recurre o no, y si decide no recurrir por el temor de que en el segundo juicio le vaya peor, díganme ustedes de qué libertad estamos hablando, o sea, en definitiva me parece que aquí hay otro argumento.

Ahora, una cuestión que quiero plantear es la naturaleza de la prohibición de la *reformatio in peius* hoy día en el Código Procesal Penal, en su artículo 360, inciso tercero. Esta norma ha sido interpretada por la doctrina en el sentido que se aplica respecto a todos los intervinientes. Perfecto, esa es la interpretación que se ha dado. En ese sentido parece que una aplicación cobra sentido, mucho sentido.

Pero si uno hace un ejercicio de aplicación del 360, se da cuenta que el en materia de recurso de nulidad, no se puede aplicar al Ministerio Público, porque el Ministerio Público si recurre, la única posibilidad que tiene es que se le anule la sentencia y el juicio. O sea, nunca va a haber prohibición de reforma peyorativa respecto a un recurso del Ministerio Público, porque la corte nunca está autorizada para dictar sentencia de reemplazo. Y en el caso del recurso de nulidad a favor del imputado, la situación es que el artículo 385 establece que sí se puede dictar sentencia de reemplazo, pero ésta es solamente para absolver o para rebajar la pena impuesta en la sentencia que se reemplaza. O sea, por el diseño del sistema de recursos, entendemos que no se puede reformar en perjuicio del imputado una sentencia, pero no por el artículo 360, sino que porque lo dice el 385. Luego, nos terminamos preguntando para qué está el artículo 360, inciso tercero, en cuanto al recurso de nulidad. Como buenos intérpretes debemos buscarle un sentido a la norma, una

interpretación útil y ahí nos quedamos pensando que esta norma que supuestamente tiene mucho sentido, porque se incorporó una institución novedosa que no existía en el Código de Procedimiento Penal, termina siendo casi, en relación con el recurso de nulidad, un adorno procesal. A lo mejor, por la norma que tenemos, no podemos hacer más. Esa es una solución, no la mía; pero por lo menos pensemos que esa norma no está bien, que esa norma necesita algo en relación al estándar el derecho a recurso.

## V. Tercera mesa. Derecho al recurso como garantía del imputado: Determinación de la pena y recurso de nulidad. Criterios de admisibilidad de los recursos

---

### **Intervienen:**

- Don Christian Scheechler, profesor de la Universidad Católica del Norte (moderador).
- Don Gonzalo Medina Schulz, jefe nacional de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública.
- Don Dinko Franulic, ministro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Don Oscar Clavería, ministro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

### **Christian Scheechler (moderador):**

Comenzaremos con la intervención de don Gonzalo Medina Schulz, quien es jefe del Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública Nacional y profesor de la Universidad de Chile. Su presentación se denomina “Determinación de pena y el recurso de nulidad”. Con posterioridad a las tres pre-

sentaciones se le dará espacio para que la audiencia pueda realizar las preguntas que estimen pertinentes.

### **Presentación de don Gonzalo Medina Schulz**

Buenas tardes y los agradecimientos por supuesto a la Defensoría Regional de Antofagasta y a la Universidad Católica del Norte por esta invitación y la realización de este seminario sobre el recurso de nulidad. De lo que hemos escuchado en las ponencias de hoy día, queda bastante claro que existen aún materias abiertas, no resueltas, y que requieren quizás un mayor trabajo de refinamiento dogmático. En lo personal creo que uno de los aspectos vinculados a la idea del recurso de nulidad es su extensión y qué materias abarca. No obstante, me ocuparé de un tema que va más allá del recurso de nulidad. Se trata de una cuestión relevante de toda la praxis penal del sistema chileno: la determinación de la pena.

Es claro que buena parte del esfuerzo desarrollado en el proceso penal está dirigido principalmente al establecimiento de la incriminación para el delito de que se trata y el grado de realización del hecho típico, así como el grado de participación del inculpado. Pero pareciera que hay una especie de relajamiento una vez que hemos alcanzado la cumbre del consenso en torno a esos requisitos: cuál era el delito y cuál el grado de participación; y cuando viene el momento de fijar cuál es la magnitud de la sanción —aún más en el caso de los adolescentes— que se le va aplicar al sujeto que hemos declarado responsable por ese hecho, entonces las cuestiones de razonamiento legal desaparecen. Simplemente ya sabemos que es culpable y desde ahí parece tornarse una cuestión irrelevante el que la pena vaya, por ejemplo, de cinco años y un día a diez. Se resuelve más menos, según criterio del tribunal, que la pena sea de cinco años y un día, y entonces todos quedamos felices de aquello. O bien puede resolverse que son diez años; y tampoco nunca se sabe mucho por qué fueron cinco y uno, y no diez.

Bueno, si no sabemos el por qué, preguntémosle al órgano destinado a controlar la aplicación del derecho que en nuestro sistema son los tribunales superiores, a través del recurso de nulidad. La respuesta es “Ah, no. Ésta es una facultad discrecional del tribunal de instancia, sobre la cual no nos cabe conocer”. Este fenómeno —que no es un fenómeno del proceso penal actual, sino que igualmente existía en el antiguo y

su recurso de casación en el fondo—, da cuenta que por mucho que uno cambie los nombres de las cosas, y por mucho que uno cambie las instituciones del Derecho Penal, hay algunas prácticas subyacentes que las modificaciones legales en nada han desterrado, sobre todo en la manera en la cual afrontamos y resolvemos los conflictos penales. Tomen ustedes a modo de ejemplo una sentencia de la Corte Suprema, de 22 de abril de 2009, que sostiene en su considerando 6°: “Que lo expuesto permite sostener que el dictamen cuestionado no ha incurrido en ninguna de las hipótesis que se señalan, toda vez que el hecho que el recurrente no esté de acuerdo con los racionamientos y conclusión adoptada por los jueces de fondo, para no hacer uso de la rebaja de pena al menos en un grado, de modo alguno autoriza la procedencia del recurso de nulidad, pues al no existir anomalía formal alguna los sentenciadores son soberanos en la apreciación de los hechos que constituyen las circunstancias de aminorar de la responsabilidad que en el caso convergen”.

De donde venía este considerando (y este es un problema clásico en la determinación de la pena): “Que lo aseverado por la defensa del condenado constituye un error y se encuentra en pugna con la doctrina prácticamente unánime —ojo unánime— y con una jurisprudencia de esta Corte que especialmente en el último tiempo se ha vuelto uniforme, pues en los casos como el de autos en los que la pena señalada por la ley en el delito de que se trata consta de dos o más grados, y concurriendo dos o más circunstancias atenuantes, sin que concurra ninguna agravante, el artículo 68 inciso tercero del Código Penal autoriza, es cierto, una rebaja de la pena en uno, dos o más grados a lo mínimo señalado por la ley, lo que constituye una mera facultad del tribunal, según se deduce del empleo en el precepto del verbo potestativo 'podrá'”.

Si ustedes se fijan, entre el juego de esos dos considerandos, lo que está diciendo en buenas cuentas la Corte Suprema es que el tribunal de instancia puede hacer lo que se le venga en regalada gana, porque el legislador le había entregado una facultad potestativa no discrecional, sino completamente arbitraria. Es decir, decide si baja o no baja, decide si baja en uno, dos o tres grados; y lo hace como si realmente eso no fuera más determinante, en términos del resultado del proceso penal, que decidir, por ejemplo, si estamos en una forma de hurto simple o hurto calificado.

La verdad es que las consecuencias —en términos de la magnitud de la sanción— son mucho más dramáticas que el juego de las reglas de la aplicación de pena de nuestro Código. El problema de la determinación de pena — tal como les decía—, no ha sido abordado suficientemente por la doctrina ni la *praxis* nacional, donde la verdad es que no tiene sentido alguno hablar de una facultad arbitraria —como nuestros tribunales afirman—, sino del ejercicio razonado de la potestad de aplicar sanciones. Es cierto que se entrega —y todavía eso es discutible—, una potestad facultativa de rebajar la pena, pero que ello no significa que no vaya a ser una facultad: primero, fundada; y, segundo, que no sea una facultad que deba ejercerse conforme a reglas que expresen la razonabilidad de la elección de una de esas alternativas por parte del tribunal.

Qué es lo que pasa en materia de recurso de nulidad con esto. Hay dos problemas esenciales. Uno es que, efectivamente, hemos alcanzado un cierto consenso en que las resoluciones deben ser fundadas. Este es un avance significativo en el marco del proceso penal nuevo, en virtud de lo dispuesto en las normas pertinentes sobre contenido de la sentencia, recurso de nulidad, motivo absoluto de nulidad por falta de contenidos esenciales del fallo y artículo 36 del Código Procesal Penal; todos los cuales obligan a la fundamentación de la sentencia.

Claramente hemos progresado, pero es un progreso que en algunos minutos empieza a verse casi como una trampa del formalismo. Una vez que el tribunal se ha pronunciado o, por lo menos, ha razonado sobre lo que ahí sucede, pareciera verse satisfecho lo que espera el justiciable respecto a la sanción que se le impone. El problema está ahí. En la relación de la causal de infracción de derecho, errónea aplicación de derecho y cómo se vincula con el deber de fundamentación. El deber de fundamentación no tiene que ver simplemente con que uno quiera que los jueces trabajen más y por esa vía, uno le exija que escriban largos fallos, en que se pronuncien de todo. El nivel fundamentación es lo que permite explicitar las razones por las cuales se adopta una determinada interpretación de las normas en el caso concreto, y permite por esa vía entrar en el debate con lo que el tribunal decide y por vía del recurso de nulidad intentar cuestionar de alguna manera si es correcta o incorrecta la aplicación del derecho.

En ese sentido, la Corte Suprema se ha abierto mucho más a la idea del deber de fundamentar la sentencia. Pero insisto, un deber que cada vez se va satisfaciendo de manera un poco más formal. En materia de determinación de la pena la verdad es que ambas cosas coinciden. Existen pocas afirmaciones sobre cuáles son los argumentos para aplicar una determinada sanción, y más aún, no hay ninguna posibilidad de conocer cuáles son los razonamientos jurídicos que hay detrás. Por esa vía, si ustedes se fijan, lo que hace el órgano jurisdiccional es negar la posibilidad de entrar a un debate razonado sobre la entidad de la sanción. No hay manera al parecer de discutir, y en la práctica eso ha llevado a una cuestión que en intereses estratégicos de la defensa suelen ser bastante apetecible, que es la aplicación sin más del mínimo de la pena: cinco y uno, quinientos cuarenta y un días. Siempre queda ahí y nunca se sabe mucho por qué. Y claro, nadie reclama, porque si uno reclama le dicen que ésta era una potestad discrecional. No existe ningún grado de diferenciación al interior de los criterios de determinación de pena que permita afirmar, no hay una *praxis* judicial. No hay una *praxis* tampoco en los operadores habitualmente que sean capaces de diferenciar que pese a que autor- inductor y autor- material tengan por regla del Código Penal la misma pena, obedezca de todas maneras el autor- inductor a una forma de participación distinta a la del autor material en el hecho principal y que justificaría hacer una diferenciación en cuanto a la magnitud de la sanciones aplicada. Nada de eso hay, y como nada de eso hay, ni por parte de los operadores ni por parte del tribunal, no existe después la posibilidad de recurrir de nulidad cuestionando la manera en que los tribunales aplican las normas sobre determinación de pena.

En materia de responsabilidad penal adolescente, la Ley 20.084 establece de manera bastante más explícita el deber de fundamentación de la sanción impuesta, por vía del artículo 24, y los seis criterios que entrega para determinación de pena, recurriendo ya a la vieja idea de la extensión del mal causado, de atenuantes y agravantes; va a entregar una serie más de normas sobre la edad del adolescente infractor, sobre el grado de participación, el grado de ejecución del hecho, la idea de la idoneidad de la sanción de acuerdo a los fines de la ley. En esa variedad, la verdad es que el deber de fundamentación de la resolución y, por esa vía, el recurso de nulidad procedente por falta de fundamentación, es una cuestión que ha alcanzado algo más de asidero

en la *praxis* del sistema procesal penal. Pero aún así las enumeraciones o las referencias a los criterios expresados siguen siendo bastantes pobres en términos reflexivos. “Dado que el adolescente tiene 17 y no 16, entonces aplicaremos internación en régimen semi— cerrado y no una pena que no implique alguna forma más intensa del control de la libertad, ¿pero por qué el que tenga 17 o 16 es relevante en ese caso? Resultados extratípicos se vuelven a considerar, cuestiones como en casos de homicidio uno encuentra sentencia que dicen *“le aplicaremos internación en régimen cerrado dado que el resultado del homicidio fue la muerte de una persona”*. ¡Obvio, de eso se trata el rango de pena del hecho por el cual lo estamos sancionando!

Hay problemas efectivamente ahí, sobre la fundamentación y el razonamiento judicial, que es deficitario en materia de determinación de pena y que requiere también de alguna forma abordaje. Y adicionalmente subyace a todas estas argumentaciones, la idea de que la disparidad en interpretaciones de una misma norma no sería motivo razonable de infracción del derecho. Si ustedes se fijan, lo que dice en buenas cuentas la Corte Suprema, es simplemente que el hecho que los recurrentes disientan de la interpretación del tribunal no es ninguna infracción relevante en la materia. La verdad es que ahí el problema que subyace de fondo tiene que ver con cómo uno entiende los problemas de enunciados jurídicos en el sistema normativo, y cómo uno resuelve la plausibilidad, por así decirlo, la corrección de enunciados normativos. Uno puede jugar entre dos aspectos. Por un lado, la idea de la afirmación de una única interpretación correcta de las disposiciones, en lo cual uno se acerca más bien a la tesis de Dworkin; capaz idealmente en condiciones perfectas de desentrañar el significado final o verdadero de la norma jurídica; o bien uno se acerca a las teorías más modernas sobre la corrección de enunciados jurídicos y sus formulaciones, que dan cuenta de la idea que de lo importante no es que haya una única interpretación, sino que existen diversas interpretaciones que pueden coexistir al mismo tiempo, sin que ninguna de ellas signifique salirse del ámbito legítimo de la interpretación de una norma jurídica. Lo relevante es con qué argumento, con qué fundamento sostengo yo una u otra interpretación.

En ese esquema, lo lógico que debiese pasar vía recurso de nulidad y vía de facultades entregadas a la Corte Suprema de unificar eventualmente interpretaciones diversas al interior del ordenamiento jurídico,



sería una función en algún sentido de *direccionamiento interpretativo* por parte de la Corte Suprema en materia de interpretación de normas. Por desgracia, creo yo, la Corte Suprema ha sido bastante reacia al uso de la facultad de uniformar criterios en materia de jurisprudencia dispersa, con lo cual también le ha hecho de alguna manera el quite a los temas más profundos más serios en materia de la interpretación de la ley penal y procesal penal.

A modo de conclusión de todo esto, si ustedes se fijan, la idea del recurso de nulidad y de la revisión es, en buena parte, independiente de la discusión que uno puede tener si es un derecho fundamental o no lo es. Es evidentemente un mecanismo de corrección respecto a decisiones que pueden adolecer de distintos vicios, de arbitrariedad o de falta de sustento jurídico para su afirmación, o de otro problema. Por vía del recurso se posibilita que un órgano distinto conozca de lo mismo, y eventualmente subsane los defectos que se han originado en la primera resolución de la controversia jurídica.

En materia de determinación de pena es quizás el área más deficitaria en esta materia del Derecho Penal, donde menos existe un desarrollo del razonamiento jurídico; menos existe un desarrollo del deber de fundamentación de las resoluciones judiciales y, consecuentemente, es el área donde el recurso de nulidad encuentra menos terreno fértil para poder prosperar como mecanismo de control de la arbitrariedad del Poder Judicial. Como sostuve, no es una práctica generada por el proceso penal nuevo, es una práctica revestida bajo nueva terminología, pero procedente del antiguo procedimiento penal. Uno podrá cambiar los códigos, poner a los jueces otros títulos, crear instituciones y un montón de otras cosas más; pero los procesos penales son realidades que superan evidentemente la mera dimensión dispositiva o normativa. El recurso de nulidad quizás, y la manera en que los tribunales superiores lo manejan, es una de las mejores herramientas para determinar efectivamente qué tan bien o qué tan mal están funcionando nuestras resoluciones de conflictos penales. Gracias.

### **Moderador:**

Agradecemos la presentación de señor Gonzalo Medina. En un momento, luego de las tres presentaciones, vamos a dar paso para que ustedes hagan las preguntas que estimen pertinentes. A continuación

dejo con ustedes al ministro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, don Dinko Franulic Cenitic.

### **Presentación de don Dinko Franulic Cenitic**

Hoy día le decía a la moderadora que esta acá presente, que sentía como en aquellos años en que en el fútbol profesional había jornadas dobles. Los días domingos había jornadas dobles. El partido de fondo, el Colo Colo con la U.de Chile qué se yo, era el partido que todos iban a ver; y en el preliminar jugaba, por ejemplo Magallanes con Colchagua. Aquí es algo parecido, y se arma esta pelea porque todos vienen a ver a Julián López, y los hacen escuchar a un juez local.

Vamos a ser bien rápidos precisamente para que Julián gracias a este partido no dure menos que lo real. Bueno, a propósito de la intervención de Gonzalo, él encuentra y tiene alguna referencia a la conducta judicial, particularmente a nivel de argumentación y más particularmente a nivel de fundamentación de pena. Tiene toda la razón. Pero la fundamentación de los tribunales, por regla general, es tributaria de las argumentaciones de las partes. Muchas veces es precisamente la falta de fundamentación, la que hace que el tribunal no se haga cargo de muchos de estos temas. Y sobre la visión de un juez que ya viene del sistema antiguo, creo que ha habido un cambio muy fuerte a nivel de fundamentación. Los estándares del Código Procesal Penal son bastante importantes y se han ido cumpliendo. Ciertamente puede no ser el nivel deseable, y ciertamente uno podría esperar otras cosas. Y ha habido un avance también en materias de resolución de recurso de nulidad. Algunos temas que eran intocables ahora sí lo son.

Nos tocaba hablar a nosotros del tema de la admisibilidad del recurso de nulidad, y esta variación a la cual se está haciendo referencia uno también la puede apreciar en la admisibilidad del recurso. Ciertamente si uno ve las normas que se refieren al control de admisibilidad del recurso de nulidad, en la práctica se restringen a cuestiones tan formales como el hecho que el recurso esté patrocinado por un abogado, los plazos, que tenga fundamentos. Quizás uno pueda agregar una petición concreta especial, en el caso que existan dos causales y que consisten en determinar que se interponen conjunta o subsidiariamente. Los criterios de admisibilidad de la reforma fueron los que venían del sistema anterior, tiempos en que con una rigidez muy grande se recha-

zaban los recursos de casación. En materia penal lograr que la Corte Suprema acogiera un recurso de casación en la forma o en el fondo era casi imposible. Eso ha ido evolucionando. Si uno mira una de las primeras resoluciones, hay muchas cosas que se decidían vía análisis de admisibilidad del recurso. Por ejemplo, determinar que carece de fundamentos sobre la base que sus fundamentaciones en sí mismas no le parecen correctas al tribunal que hace el estudio de admisibilidad. En fin, entender que el recurso es inadmisibile sólo porque la argumentación le parece mala al tribunal. Y también hay una serie —y en eso sí debo reconocer que es medio indefendible—, en que se examinan en la admisibilidad las peticiones que se someten al juzgamiento del tribunal. Por ejemplo, y según la causal del recurso, si no se pide la nulidad del juicio y de la sentencia; si por error se pide la nulidad del juicio, debiendo pedirse la nulidad de la sentencia; si no se pide una, si no se pide la otra; en fin, hasta, por ejemplo exigir en el control de admisibilidad la especificación del agravio, o el hecho de señalar las formas que deben contener la sentencia que se dicte en el evento que el recurso se acoja; o determinar el sentido de la sentencia de reemplazo; o incluso el hecho pedir que se dicte sentencia de reemplazo, son cuestiones que lentamente se han ido desterrando. Yo no sé si ustedes con un control más macro lo pueden ver pero son cuestiones que se han ido desterrando y se están viendo bastantes más recursos que los primeros años.

Estamos de acuerdo que todo imputado tiene derecho al recurso, pero también es cierto que hay una política de la Defensoría que conspira contra la posibilidad que los tribunales fundamenten adecuadamente los recursos, y es aquella que tengo entendido que ya es una cuestión a nivel nacional, y que consiste en que la decisión de impugnar una sentencia no la toma el abogado, sino el imputado. Luego, si el imputado quiere recurrir, aunque el abogado le diga “*aquí no hay nada que hacer*”, se recurre igual. Bueno, y eso significa ciertamente una recarga para el tribunal. Entonces claro, podemos hablar en teoría mucho rato, pero el tema es que nosotros sufrimos una carga, tenemos que administrarnos; administrar un sistema que nos sobrecarga, tema laboral, civil, etc.

Entonces, sí, este es un asunto complejo. Se nos exige un deber de fundamentación, se nos exige elevar los estándares, pero además

no hay ningún filtro en el recurso de nulidad, porque sencillamente vemos que si el imputado quiere recurrir, se recurre. Por tanto, al decidir, tenemos que hacer un análisis muy formal del tema de la admisibilidad, porque claro, tiene derecho a un pronunciamiento, es así, pero también nos llena el sistema de recursos. Y eso también pasa muchas veces por los criterios de la Corte Suprema, que particularmente suelta o aprieta las exigencias de admisibilidad, precisamente, sobre la base del nivel de recursos que están ingresando. Por tanto, lo último, el recurso cuando se ejerce indiscriminadamente como política institucional, baja la calidad a niveles realmente impresionantes. Recursos de nulidad que tienen muy poca fundamentación, que no toman los parámetros ya establecidos, cuestiones que ya están establecidas, y se vuelve a insistir en lo mismo. Entonces yo quisiera hacerlos partícipes del problema, sobre todo a la Defensoría, en el sentido que nuestra acción podría ser bastante mejor en los niveles de fundamentación que se nos están pidiendo, si los recursos de nulidad obedecen también a aquellos casos en que verdaderamente la situación amerita recurrir y en que realmente hay un vicio; y no a una política indiscriminada frente al mero requerimiento del imputado. Por último, creo también que ya en el último tiempo, particularmente la Corte Suprema ha establecido un criterio bastante más amplio en materia de admisibilidad, en el sentido de entender que no es el minuto, que la revisión de la admisibilidad plenamente formal, y admitiendo por lo tanto a tramitación los recursos, particularmente cuando no le toca a ella conocerlos y los reenvía. En ese punto hay un criterio bastante más amplio en la Corte Suprema, pero sí que le llama la atención en lo que yo estaba aseverando, cuidado con esta exigencia que se nos formula cuando *“no se colabora”* por la fundamentación de la sentencia, tanto sobre la base que de la fundamentación de los recursos es muy pobre, tanto cuando se llena el sistema de recursos que realmente no tienen ningún juicio.

**Moderador:**

Bien, para concluir esta parte expositiva vamos a dar paso a la siguiente exposición del ministro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, don Oscar Clavería Guzmán.

**Presentación de don Oscar Clavería Guzmán:**

Buenas tardes. Antes de empezar quiero agradecer a la Universidad por el apoyo, a la Defensoría, y también al público. Creo que hay gente que incluso viene de Calama. Eso significa que el tema es interesante y que hay más involucrados en esta gestión. Y finalmente reconocer a los profesores invitados; sé que significa un sacrificio perder un par de noches en sus casas, con sus familias.

Bueno, tratando el tema concreto. Primero, le vamos a contestar a Gonzalo, no como juez, sino en términos sistemáticos. Aquí en Antofagasta se han anulado bastantes sentencias por error en la determinación de la pena. Porque si los jueces ocupan o utilizan la discrecionalidad judicial, tienen que hacerlo dentro del término de la misma, y esta discrecionalidad está fijada en el artículo 69 del Código Penal; de manera que si ellos aplican una mayor o menor pena, dentro de su libertad, y no acuden a los parámetros que están señalados desde 1874, la sentencia es nula. Y es nula por falta de fundamento. Pero eso va a depender especialmente de los defensores que tienen que exigirle al tribunal una determinación de pena. Por lo tanto el papel del defensor es fundamental. No es muy común que los jueces utilicen la nulidad de oficio por falta de fundamentación de la facultad del artículo 69.

Bueno, y lo que falta del tema es decantar un poco el proceso de admisibilidad. El proceso de admisibilidad, no tienen que olvidarlo, hay que enfocarlo de dos puntos de vista. Según sea apelación o nulidad. En las apelaciones, el proceso de admisibilidad se puede ver en cuenta, o sea, lo puede ver la sala antes de la vista del recurso propiamente tal. Si no hay problema, pasa a la vista; y en la vista también se puede discutir a instancia de uno de los intervinientes. Por tanto ahí está resuelto el proceso de análisis de admisibilidad. Distinto es el recurso de nulidad, y eso no tienen que olvidarlo, que iniciada la vista del recurso de nulidad, sólo corresponde pronunciarse sobre los fundamentos del recurso. Nada más. Y en los alegatos, toda la discusión se va a centrar sobre el fundamento del recurso. ¿Por qué? Porque el proceso de admisibilidad ha terminado y terminó dentro de los cinco días que quedó

el expediente en la corte para los efectos de la adhesión al recurso o del proceso de admisibilidad.

De manera que no corresponde discutir problemas de admisibilidad del recurso de nulidad en la audiencia, y eso está resuelto en el Código, por lo tanto no tenemos nada más que conversar. Tengo que dar una explicación. A partir de un tiempo hasta ahora, el proceso de admisibilidad de los recursos de apelación también se ve en cuenta; pero eso no es por la llegada de mi colega, no, es porque tenemos que disminuir enormemente los tiempos ociosos y aprovechar más el tiempo, hicimos un estudio y descubrimos que tenemos 160 causas de atraso, en temas laborales. Y si ustedes ven hoy día las tablas, laboral está los lunes, los martes y los viernes. Por lo tanto, tenemos que disminuir el tiempo ocioso, pues hoy día necesitamos más tiempo para ver causas. Esa es toda la explicación práctica.

Vamos a la extensión. La extensión del recurso tuvo sus primeros problemas antes de la modificación del año 2005, en que se le dijo por el legislador a la Corte Suprema: *“si usted anula un juicio, tiene que extender la nulidad hasta aquella distancia donde se originó el vicio; y si esa distancia es el proceso de investigación, entonces llegará hasta allá”*. La Corte Suprema no lo entendió así en un principio. Aquí está don Jorge Bofill de la Universidad de Adolfo Ibáñez, cuando tú lo escribiste aún no salía la modificación, estaba por salir. Yo sostengo que la modificación no era necesaria, porque bastaba un mínimo de reflexión. Si yo anulo un proceso porque en la prueba no se incluyó un determinado documento que es sustancial para la resolución de un conflicto, sea laboral, civil, criminal, lo que sea y por ello ha quedado en la indefensión una de las partes, se supone que la nulidad de la sentencia y del procedimiento debe extenderse hasta el período de prueba, de modo que permita incluir el documento omitido y cuya omisión ha dejado en indefensión a la parte. Eso es simple lógica. Bueno, como la Corte Suprema no tuvo esa actitud, vino esa modificación y luego de esa modificación, hoy día en el 2010 estamos discutiendo la extensión del recurso de nulidad, obviamente en las cortes de apelaciones. No vamos a esperar una modificación del legislativo para que las cortes de apelaciones

entiendan que la extensión de los efectos de la resolución que declara nula una sentencia y el juicio oral, debe llegar hasta todo lo que sea necesario para subsanar el vicio que lo originó, de manera que no hay limitaciones, y quien entienda que hay limitación es irracional, porque entonces no se subsana el vicio que justificó el recurso de nulidad.

Por lo pronto, estamos como “*sujetos pasivos*” en un par de recursos de queja, donde hemos extendido nosotros la nulidad hasta la audiencia de preparatoria de juicio oral, y no lo han entendido así todos los intervinientes. Por tanto, estamos a la espera de lo que se resuelva. Pero cualquiera sea la resolución, el razonamiento lógico no cambia. Muchas gracias.

**Moderador:**

Muy bien damos espacio entonces para que los asistentes puedan hacer preguntas. Cedo la palabra:

**Pedro Casanueva:**

Quería citar lo que ha dicho don Dinko Franulic. Efectivamente la defensa y la labor de los defensores en el tema de los recursos está sujeta al cumplimiento de las obligaciones que emanan de los llamados “Estándares básicos de defensa penal pública”, que fija como estándar de lo esperable en cuanto al comportamiento y al despliegue de todas las actividades que el defensor debe desarrollar, entre otros, el agotamiento por la defensa de los medios procesales. Y está el estándar del recurso como estándar importante, ligado a muchos otros, incluso al deber de lealtad con los representados, y también al reconocimiento que el representado en definitiva es que el transmite la última instancia, su visión sobre la forma que quiere ser defendido.

El letrado está llamado entonces a tomar esa propuesta de defensa que le hace el imputado, y lo debe traducir entonces en una argumentación y con un discurso jurídico entendible para todos los intervinientes, presentable también ante la Corte, y eso ocurre en el ámbito de los recursos. Nosotros, aunque no lo parezca, hacemos un esfuerzo para que los recursos lleguen de la mejor forma a la Ilustrísima Corte. Permanentemente se les está recordando a todos los defensores que la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal, está dispuesta y así lo veo yo, a trabajar permanentemente en el análisis y en el trabajo incluso, en

la preparación de estos recursos, de modo que yo creo que la media de los recursos debe ser bastante aceptable. Espero no estar equivocado, porque veo como trabajan y estudian, y como existe un diálogo permanente con los defensores.

Pero a decir verdad, parece complicado decirle que no, por ejemplo, a un imputado condenado a una pena de diez años, o quince años, o veinte años, decirle *"mira no tienes ninguna vuelta, tú quieres un recurso, yo como defensor desde el Olimpo jurídico te digo que no tienes ninguna posibilidad"*. Yo creo que estamos obligados a darle satisfacción a ese requerimiento. Tenemos la obligación de estudiar los antecedentes y de entregarle una propuesta razonable de recurso; y ese recurso debe llegar de todas formas a ser conocido por alguna corte, cualquiera sea la región donde lo estamos entregando, y el defensor allí tiene la obligación de poder desplegar el máximo de sus esfuerzos, incluso de su ingenio jurídico para que ese escrito tenga un nivel de sustento aceptable.

En muchas veces hemos encontrado, señor magistrado,— estoy seguro porque lo converso con los defensores—, defensores que realizan una labor también de contención y a veces, incluso, de convencimiento respecto del condenado y allí determinan que la resolución del caso está bien, y que no tiene ningún sentido un recurso. Pero hay situaciones que son bastante complejas, situaciones límites, en donde también las personas están arriesgando una enorme cantidad de años, como dije, y perdonen la expresión que puede ser bastante dura, pero hay que estar en el pellejo de quien va a estar "bajo reja" diez, quince o veinte años. Yo creo aquí es difícil decirle que no, cuando en definitiva, si tuviera un abogado particular lo más probable que este abogado sí, obviamente a cambio de una remuneración, le hubiera presentado un recurso.

### **Gonzalo Medina:**

Sólo dos apreciaciones referente al comentario. Sí, la tensión entre la voluntad del imputado y la opinión del defensor en cuanto a presentar un recurso es una cuestión compleja. Lo hemos debatido al interior de la Defensoría, y se ha llegado a la conclusión que el criterio decisorio en caso de duda es la voluntad del imputado, entendiendo que él es el titular del derecho a defensa, el derecho a que un abogado lo defienda, y no un derecho del abogado a defender gente.



Hay otro problema que tiene que ver con esto, que es la sobrecarga de trabajo. Pero la verdad es que a la Defensoría corresponde poco y nada de errores en este sentido. Porque todavía no sé de una Defensoría que llegue como los bomberos que prenden fuego, para luego ir a apagarlo. No estamos tampoco nosotros presentando imputados para que los formalicen. No es la idea. Hay ahí un tema distinto, que tiene el sistema que aún no se ha trabajado bien. Y lo último sobre la fundamentación de la pena, sí, es verdad lo que han señalado en el sentido que los intervinientes tienen un defecto grave en cuanto al control que deben pedir, pero ya a esta altura yo no sé qué fue primero, el huevo o la gallina; es decir, no sé si los intervinientes dejaron de alegar cuestiones sobre la materia porque los jueces simplemente no los recogían, o si los jueces nunca han podido ir más allá porque no han querido, o porque los intervinientes no lo han discutido. Reconozco no tener ahí la respuesta, cuál fue primero y si hubo un estado previo en el cual ésta era una cuestión debatida. Lo único que puedo hacer es constatar el fenómeno de la falta de control de hoy día.

**Pregunta:**

Sólo con efecto de constatar lo que escuchábamos de don Oscar Clavería en cuanto a la extensión de los efectos de la nulidad. Yo sé que nos escapamos un poco del tema de la admisibilidad del recurso, pero me parece interesante preguntarle a don Gonzalo Medina si es posible sostener este efecto que planteaba don Oscar en cuanto a extender los efectos más allá del juicio o del auto de apertura, y si de esa forma podría darse un efecto parcial a la declaración de nulidad. Por ejemplo, si hay un error en la determinación de la pena, sólo anular la sentencia en ese sentido y dejarla “viva” en el resto de lo que se estima como correcta.

**Gonzalo Medina:**

Sí, el problema es que la vía esencial para impugnar la determinación de pena es la causal del 373 letra b, infracción en la aplicación del derecho. Ese es el problema esencial y por eso que lo que corresponde es dictar una sentencia de reemplazo, que adicionalmente sólo cabe en el evento que se haya impuesto una pena más alta que aquella que correspondía imponer, y por lo tanto no permitiría, tampoco en los re-

cursos de nulidad por infracción del 373 letra b), a efecto de obtener una mayor pena que aquella que ha impuesto el tribunal de instancia. Yo creo que esa es la vía en la cual debería funcionar el esquema de revisión de determinación de pena.

**Intervención:**

¿Y para el efecto que pidan el recurso de nulidad por falta de fundamentación?

**Gonzalo Medina:**

Derivación a la Corte de Apelaciones.

**Intervención:**

¿Pero anular el juicio también?, esa es la pregunta.

**Gonzalo Medina:**

Yo creo que no tiene sentido anular el juicio en el caso de que la cuestión sea la determinación de la pena. Es posible sí reabrir la audiencia de determinación de pena, a efecto del debate sobre lo mismo, con lo complejo que tiene la audiencia de determinación de pena en el marco del juicio oral, que de verdad es la parte pobre del juicio oral. Ahí también hay un reflejo, por así decirlo procesal, de la mengua del tema material, pero podría hacerlo por esa vía a esa etapa.

**Dinko Franulic:**

Quiero decir un sacrilegio, remitirme al texto de la ley, porque lamentablemente para estos efectos el artículo 374 dice que “el juicio y la sentencia será siempre anulado”. Entonces, sí, se podría plantear en algunos casos, en que no choque con esta norma, que es a propósito de los motivos absolutos de nulidad.

**Pregunta:**

Mi pregunta es muy breve. Quisiera saber si fuese posible recurrir al 374 para anular solamente, por ejemplo, hasta la audiencia de determi-

nación de pena. Si ello fuese posible, aun con todos los recaudos que indica ministro Franulic. Y ese podría ser un buen argumento de que la prohibición de la *reformatio in peius* sí opera en el juicio de reenvío. Ello porque en ese caso ocurre lo mismo que sucede, por ejemplo, en Italia, en que esa misma limitación la tiene el tribunal *ad quem*, y como la competencia funcional del tribunal de reenvío es delegada, justamente por la sentencia del tribunal *ad quem* que declara la nulidad, la nueva competencia del tribunal de reenvío también estará limitada por el límite de la competencia del tribunal *ad quem*. Y en este caso yo creo que sería aplicable la prohibición de *reformatio in peius*.

### **Gonzalo Medina:**

Sí, sólo un último comentario acerca de la última pregunta. Yo creo que estas son materias en las cuales lo único razonable es la reforma al régimen legal. Yo por lo menos no soy de la idea de que el voluntarismo jurídico permita torcer a tal punto la letra de la ley, como ver en la ley algo que no está de ninguna manera ahí. Y lo lógico y lo razonable es evidenciar el defecto de regulación en la materia, y solicitar el cambio legislativo cada vez que pueda hacerlo necesario.



## VI. Conferencia del profesor Julián López Masle<sup>1</sup>

---

Muchas gracias, buenas tardes, primero quiero agradecer la invitación que me han formulado para compartir esta jornada con ustedes, y las mil atenciones que nos han brindado durante esta visita.

La verdad es que estoy algo preocupado después de la presentación del ministro Dinko Franulic porque me otorgó la calidad de partido de fondo y yo, que tengo la edad suficiente para haber asistido a esos programas dobles, recuerdo muchas ocasiones en las que el partido preeliminar era harto mejor que el de fondo, mejor jugado y más entretenido. En consecuencia voy a hacer lo posible por— a lo menos—, alcanzar el nivel del preeliminar.

Lo que quiero plantearles o proponerles hoy día es una revisión del recurso de nulidad a partir de la experiencia de la Corte Suprema, la forma en que la Corte Suprema se enfrentó al tema del recurso de nulidad y la evolución que ha tenido, porque me parece que es algo poco difundido y que merece ser de discusión en cuanto refleja varios fenómenos del proceso.

Primero, permite el acercamiento a una discusión nueva, que empieza dubitativa, con serios problemas, y que en el camino se ha ido enmendando de una manera que permite abrigar cierto optimismo acerca de lo que una evolución jurisprudencial puede significar.

Para llegar a esto, sin embargo, necesito que recordemos el marco general del recurso de nulidad. Qué es el recurso de nulidad. Yo creo que el recurso de nulidad es una pieza más dentro de un sistema de protección de garantías fundamentales. Si uno se pregunta cuáles son las formas en que nuestra ley proce-

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y máster of Laws, Harvard University. Actualmente es profesor de la cátedra de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

sal penal se preocupa de garantizar tales derechos, va a encontrar lo que yo llamaría métodos o sistemas preventivos, y algunos métodos o sistemas correctivos. Entre los preventivos yo creo que está la autorización judicial previa, en que cada vez que hay una potencialidad de afectar una garantía, se requiere que el fiscal vaya donde el juez, le pida una autorización o una orden. También está la cautela de garantías del artículo 10° como sistema preventivo. Pero hay también sistemas correctivos, que son aquellos que operan cuando se ha producido una afectación de garantías. Yo creo que uno de los más relevantes es el incidente de nulidad procesal, particularmente cuando opera la presunción de derecho de afectación de garantías; la ilicitud probatoria del artículo 276 planteado aquí en parte de la discusión, y el recurso de nulidad, que supone que la Corte Suprema dicta la última palabra en materia de alcance de las garantías fundamentales, estableciendo cuándo ha habido una afectación en el juicio que amerita la nulidad de todo el juicio y de la sentencia.

Si ustedes se fijan lo más característico de este sistema es que los roles que se asignan a estos operadores parten de una idea que es absolutamente revolucionaria en nuestra cultura jurídica, y esa idea consiste en que el juez es confrontado directamente a un principio; un juez que durante toda nuestra historia jurídica y de acuerdo a su formación jurídica se ha enfrentado a reglas, de un día para otro es puesto por el Código Procesal Penal a resolver en base a principios. El artículo 9° cuando tiene que establecer una autorización judicial le dice al juez “mire, si hay afectación de garantías entonces usted tiene que dar la autorización”; en la exclusión de prueba le dice el 276 “si la prueba hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, tiene que excluirla”; y el artículo 373 letra a) le dice a la Corte Suprema “si hay infracción sustancial de garantías, usted tiene que anular”; y el juez entonces, que normalmente pregunta “¿y dónde está el articulito que dice eso que usted dice?”, recibe la respuesta del litigante de que “no hay ningún articulito, hay un principio y entonces lo que usted tiene que resolver es si el caso calza o no calza con el principio”; el juez responde “pero el caso que usted me plantea tiene que ver con que entraron a registrar el fundo de este caballero, y la norma dice que tengo inviolabilidad del hogar? ¿Es el territorio que circunda la casa del campo parte del hogar

y goza de inviolabilidad? Y el juez, como está enfrentado directamente a un principio y no puede sino resolver el caso, inevitablemente, cuando resuelve el caso está generando una regla.

Ésta es la lógica en los sistemas de derecho comparado, donde el Derecho Procesal es concebido como una forma de concreción de las garantías constitucionales. La idea es que fundamentalmente a través de la ilicitud probatoria, el juez en su actividad cotidiana está generando reglas que son de aplicación general para todo el sistema. Es decir, cuando al juez se le plantea el problema de ilicitud probatoria, lo que se le está planteando en el fondo es cuál es el alcance que las garantías constitucionales van a tener en la sociedad.

Yo siempre cito a propósito de esto el caso *Stovall*, que es un caso del año 64' en Estados Unidos<sup>2</sup>. Asaltan una casa, asesinan al dueño de casa, la señora queda gravemente herida y está en el hospital en peligro de muerte. La policía toma a un sospechoso, lo lleva a su habitación para reconocimiento y la mujer lo reconoce. Sobrevive, va a juicio oral, repite el reconocimiento en el juicio y la defensa plantea un recurso pidiendo la anulación del juicio, porque el reconocimiento que se practicó en la habitación, y en opinión de la defensa, infringía la garantía del debido proceso, porque cuando se practicó el reconocimiento en la habitación era el único imputado, y era la única persona de raza negra, lo acompañaba solamente un policía y un médico. Y fíjense ustedes lo que pasa en este caso. La Corte Suprema norteamericana rechaza el recurso de nulidad, pero la circunstancia de que lo rechace no le impide, a su vez, generar una regla, de persecución penal: “mire, la práctica de mostrar sospechosos individualmente en los reconocimientos es una práctica que, en principio, infringe la garantía del debido proceso”. No obstante genera una excepción que es la razón que permite rechazar el recurso es que dicen que “cuando haya circunstancias que exijan una identificación, como un delito flagrante— y en este caso lo había porque la señora estaba a punto de morir y era la única que podía disipar la duda sobre el sospechoso— se podrá autorizar la práctica de mostrar individualmente al individuo”.

El caso, lo que va a generar entonces, es una regla de persecución penal que la policía, evidentemente, va a aplicar al día siguiente: *no pue-*

<sup>2</sup> Se trata del caso *Stovall v. Denno*, 388. U.S. 293 (1967).

*de mostrar al sospechoso de manera individual, porque de esa manera se arriesga a que ese reconocimiento no sea válido.* Y entonces se van a empezar a utilizar ruedas de presos como una práctica, como una regla planteada como obligatoria para la policía. Pasan los años y se plantea un caso completamente distinto. Hay una rueda de detenidos en la cual es confrontada la víctima, pero la víctima en primera instancia no puede reconocer a nadie. Entonces, se presenta una nueva rueda donde el único sujeto que se repite es el recurrente, que esta vez viste una chaqueta de color negro de cuero que coincide con la descripción que se hizo de la vestimenta del asaltante. Es además una persona que es diez centímetros más alta que todos los otros reos y, como si esto fuera poco, se le acerca un policía y le dice *“this is the man”*. Bueno, ¿se respetaban las reglas del caso Stovall? Claro. Se le sometió a una rueda de presos, una rueda de detenidos, es decir, no se le mostró a la víctima individualmente. Pero el argumento sigue siendo que aquí se infringen las normas del debido proceso, porque el reconocimiento se ha presentado en circunstancias tan inductivas que la Corte señala con cierta ironía que lo hubiera reconocido aunque no fuera realmente. Entonces surge una nueva regla de persecución penal *“los sujetos tienen que tener alturas similares, aspectos físicos parecidos, no se puede poner a uno una vestimenta que sea inductiva, la policía no le puede hablar al que reconoce”*.

Esa es la función que en nuestro sistema está llamada a cumplir la Corte Suprema. Cuando se le encomienda el artículo 373 letra a), se le está diciendo “mire, en materia de infracción sustancial de garantías la regla de persecución penal que se va a generar, va a partir por el juez de garantía, va a colaborar la corte de apelaciones a través de la apelación; pero la última palabra la va a tener usted, usted tiene que decir en definitiva si la regla que se aplica es A o es B o es C; y allí donde usted fije el límite, vamos a conocer cuál es el sistema de garantías que nosotros tenemos en sociedad”. Vamos a tener una sociedad más libertaria o más autoritaria dependiendo de lo que la Corte Suprema nos diga acerca de cuál es el alcance de las garantías individuales.



Y ¿qué es lo que sucede? Sucede que en un primer momento la Corte Suprema rechaza esta función. Si nosotros vamos a ver la jurisprudencia, hay un primer periodo que va básicamente desde las primeras sentencias de nulidad en el año 2002 hasta el año 2007 y que comprende 38 fallos acogidos, donde lo que se observa, en primer lugar es que la Corte sostiene que no le corresponde inmiscuirse en vicios o problemas de la investigación, porque sólo tiene facultades para conocer de aquellos vicios que hayan ocurrido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, y se ampara para ello en un texto legal que es el artículo 373 letra a), que hace procedente la nulidad “cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido derechos o garantías asegurados por la Constitución”.

Un fallo que podemos mencionar a modo de ejemplo es el del 30 de julio de 2003. Se había impugnado por ciertas irregularidades cometidas en la etapa de investigación, porque se había tratado a un testigo como imputado, se lo había fotografiado en presencia del fiscal sin autorización, se lo había tratado de interrogar, se le había allanado la casa. La corte dice que basta para rechazar el recurso de nulidad planteado, la clara disposición que se contempla en el artículo 161 del Código Procesal Penal que nos dice que *“no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral”* y, que *“la solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisibile”*. La corte dice, entonces, que el momento en que deben presentar prueba o alegarse la nulidad producto de las irregularidades es ante el juez de garantía y precedentemente a que dicte el auto de apertura del juicio oral. Toda presentación en contrario debe ser declarada extemporánea. Así la corte, asilándose en una norma del incidente de nulidad, que no tiene nada que ver con el incidente de exclusión probatoria, porque son instituciones distintas, se niega a inmiscuirse en problemas ocurridos durante la etapa de investigación.

A estas alturas del partido el tema era particularmente complicado, porque la Corte Suprema estaba declarando que solamente cuando se cometiera un vicio o una infracción de garantías durante la tramitación del juicio le tocaba conocer; pero cada vez que los litigantes le llevaban un

problema planteado durante el juicio —los defensores— la Corte decía *“ah no, si se trata de que el defensor no pudo ejercer sus derechos cabalmente, entonces estamos en el artículo 374 que es motivo absoluto de nulidad y le corresponde a la corte de apelaciones”*. De esta manera entonces o era del juez de garantía o era de la corte de apelaciones, pero de la Corte Suprema no era el problema.

Como dijo el Ministro Clavería en la mañana, esto motivó la dictación de la Ley 20.074, de 14 de noviembre de 2005, que para solucionar el problema y modifica la letra a) en el sentido de que donde decía “cuando en la tramitación del juicio” pasa a decir “cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia”. Pero la jurisprudencia de la Corte no cambia inmediatamente. De hecho sigue durante dos años diciendo exactamente lo mismo que decía antes, como si la ley no hubiera cambiado. Una sentencia representativa de esto es la del 31 de mayo del año 2006, que se dicta cuando ya la ley llevaba seis meses de modificada, y en la cual se repite el razonamiento anterior. Aquí se trataba de un imputado que había sido interrogado sin darle a conocer sus derechos. Y la Corte dice que *“las infracciones que se hubieren cometido con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para su nulidad desde que ésta, incluso en el caso de declararse, no podría alcanzar a tales actuaciones, volviendo a realizarse un nuevo juicio con las mismas objeciones que por esta vía reprocha”*.

¿Cuál es la segunda característica de este periodo de la Corte Suprema? Es algo que se deriva de lo que venimos diciendo a través de esta sentencia. La Corte se autoimpone límites en la posibilidad de retrotraer la causa a estados anteriores. Como ustedes saben, la Corte tiene ante sí, para resolver un recurso de nulidad, el artículo 385 que le dice que podrá invalidar sólo la sentencia y dictar una sentencia de reemplazo, y el artículo 386 que señala que si no dicta sentencia de reemplazo, debe determinar el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere. Y el artículo 165, por su parte, establece que la nulidad declarada durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerá el procedimiento a etapas anteriores, *salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad*.

Las dos normas, sin embargo, no son consideradas por la Corte, que en una sentencia dictada en noviembre de 2006 dice “*se infringió su derecho a guardar silencio, a no inculparse* —que era el fundamento del recurso—, *ya que los funcionarios que declararon en juicio lo hicieron como testigos de oídas de su declaración, pero el recurso, tal como ha sido interpuesto, no puede ser admitido a tramitación por la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal, toda vez que las infracciones que se hubieren cometido con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para pedir su nulidad, desde que ésta, incluso en caso de declararse, no podrá alcanzar a tales actuaciones*”. Se insiste en el razonamiento anterior. La opinión de la Corte es que el auto de apertura de alguna manera ha consolidado la prueba que se puede rendir, de modo que no tendría sentido declarar la nulidad de la actuación previa, pues la prueba se va a rendir igualmente. Esto va a hacer que durante todo este periodo los fallos de la Corte Suprema que acogen recursos de nulidad, que son 38, la mayoría es por la causal del artículo 374 letra c). Hay 19 recursos acogidos por esta razón. Y la segunda mayoría son por la causal del artículo 374 letra e), es decir, problemas en la fundamentación de la sentencia. Hay varios fallos famosos como el de las monjas de La Serena, o el de los lonkos mapuches, en que la Corte sencillamente revisa la fundamentación y dice que no se ha fundamentado suficientemente —en el primer caso— ¿por qué se condenó a fulano si parece que está loco?, o —en el segundo— ¿por qué no se condenó a zutano cuando aparece que había antecedentes suficientes para condenar? La sospecha que uno tiene en este periodo, es que el artículo 373 letra e) empieza a ser usado por el tribunal superior como una forma de resistencia a aflojar las facultades de control sobre el tribunal inferior. Es decir, como una manera de revisar aquello que el recurso de nulidad no permite, es decir, la prueba y la valoración que ha hecho el tribunal.

Pero hay también fallos sobre la causal del artículo 373 letra a). Son 12 que se distribuyen de la siguiente manera. En 5 casos se acoge el recurso fundado en infracción a la garantía del debido proceso que ha afectado al Ministerio Público. En 4 por infracción de la garantía del debido proceso que ha afectado al querellante. En ningún caso se acoge un recurso de nulidad por infracción del debido proceso del

imputado. Hay uno por vulneración de la presunción de inocencia; uno por la nulidad del registro; y uno por la producción oficiosa de prueba por el tribunal.

Bueno, todo este panorama va a cambiar en una semana, que es la semana del 6 de junio de 2007, en que se dictó el primer fallo de exclusión probatoria por vicios cometidos en la etapa de investigación, y el 11 de junio se dicta el segundo. El primero es un caso en que un sujeto es detenido en la calle por una orden judicial, y después de esa detención es conducido por la policía, sin orden de entrada y registro, a su domicilio, al que se ingresa y en el que se encuentra un arma, por lo que luego es condenado por tenencia ilegal de armas. Y la Corte dice que “En todo caso, cabe dejar constancia que aun cuando previamente, durante la preparación del juicio oral la defensa del sentenciado trató de excluir el arma de fuego como prueba ilícita ante el juez de garantía, que desestimó su solicitud; ello no limita a esta Corte para revisar el procedimiento por esta vía y concluir como aquí lo ha hecho, pues se trata de dos estadios procesales diferentes; y en el presente caso, existiendo quebrantamiento constitucional procede la presente revisión; siendo de advertir que la expresión ‘cualquier etapa del procedimiento’ ha de comprenderse conforme a la definición que de ello da el artículo 7, inciso segundo del Código Procesal Penal”. La Corte parece haber descubierto la modificación legal de noviembre de 2005, en junio de 2007.

El segundo fallo es aun más explícito: “Que con la reforma de la Ley 20.074, de 14 de noviembre del año 2005, a la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es ahora procesalmente posible declarar la nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Se produce un cambio fundamental en la forma en la que la Corte concibe su función, pese a que aún hay algunas dudas de hasta dónde podía llegar a retrotraerse el procedimiento. La sentencia que de algún

modo expresa mejor el razonamiento de la Corte, es muy reciente, es del 5 de mayo del año 2010, y creo que vale pena leerla: “Que sin perjuicio de lo anterior y atendido que el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, después de conceder el recurso de apelación al Ministerio público contra la resolución de primera instancia que excluye prueba por los motivos señalados, previene que lo dispuesto se entenderá sin perjuicio de la procedencia en su caso del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

Esta Corte entonces se hará cargo del motivo de invalidación esgrimidas en ambos arbitrios procesales, que es de su competencia privativa. El conocimiento del recurso por parte de la Corte Suprema manifiesta la intención del legislador de entregarle la última palabra en materia del balance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales a través de una jurisprudencia consistente en la materia”.

Hay una declaración formal acerca de que la Corte ha asumido esta función. Pero ¿cómo se superan los límites que se habían impuesto en cuanto a retrotraer el estado del procedimiento a etapas anteriores? Se superan a través de la forma en que se superan habitualmente estos problemas en la jurisprudencia, es decir, a través de un caso que deja en evidencia que era absurda la solución dada.

Hay un caso donde el imputado sencillamente había sido representado por una persona que no era abogado, y que luego fue formalizado por ejercicio ilegal de la profesión, pero que ya lo había representado en la audiencia de control de detención, en la audiencia de preparación y en el juicio oral. Entonces la Corte debió pensar “si me apego a mi posición anterior, termino en que la audiencia de preparación del juicio oral, en que este señor había sido representado por alguien que no es abogado, es mi límite”. Entonces el 13 de agosto del año 2008 se rompe con el principio de la etapa anterior. La Corte dice: “El efecto propio de la nulidad es la invalidación del acto que ha provocado el perjuicio y todos aquellos que son consecuencia necesaria del mismo. En este sentido, la sola invalidación de la sentencia y el juicio oral no son suficientes para sanear el grave defecto que se expresa en autos, razón

por la cual ha de extenderse en efecto anulatorio hasta aquél momento en que efectivamente se da inicio a la afectación esencial de los derechos de la inculpada”. Y más adelante, relacionando las normas del Código que ya hemos citado, “Carecería de sentido ordenar de modo expreso a la Corte determinar el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, cuando se está refiriendo justamente a los casos en que es necesario invalidar la sentencia y juicio oral, si sólo pudiese invalidarse hasta éste último”.

A partir de esta consideración, la Corte va a empezar a tener una jurisprudencia completamente distinta a la que había desarrollado. Desde junio de 2007 hasta ahora tenemos 29 recursos de nulidad acogidos y las causales son:

- 373 letra b), 2 recursos (lo que es preocupante para los penalistas sustantivos).
- 374 letra e), motivación de la sentencia, 3 recursos.
- 373 letra a), 26 recursos, de los cuales 20 son por infracción al debido proceso, casi todos ingresados por el imputado, uno o dos del Ministerio Público, manteniéndose eso sí el criterio de que el Ministerio Público es titular del recurso de nulidad por esta causal.

Sin duda sería interesante que sistematizáramos cuál es nuestra jurisprudencia. A mí me gustaría dejarles algunas ideas citándoles la doctrina de algunos fallos:

Hay toda una línea que se ha ido desarrollando sobre la producción de prueba oficiosa por parte del tribunal. En sentencia del 7 de enero de 2009, la Corte dice que “*Los jueces carecen de iniciativa probatoria. Infringe el debido proceso el juez que toma en consideración, para negar los beneficios de la Ley 18.226, un certificado de antecedentes que el Ministerio Público no invocó*”. En la audiencia el fiscal no había acompañado el certificado de antecedentes, y el juez le dice “*A ver, a ver, pásame ese certificado*”. Seguramente tenía algún datito, y le dice “Ah, no. No le puedo dar beneficios de la Ley 18.216”.

El 3 de noviembre de 2009 se produce una situación prácticamente idéntica, pero la decisión de la Corte es más radical, porque la doctrina de la Corte es decir que el Ministerio Público puede legítimamente no hacer valer los antecedentes del imputado con el objeto de adecuar la

pena convenida con el mismo, esto desde el punto de vista de la lógica del sistema tiene consecuencias insospechadas, de alguna manera la Corte está diciendo que hay una verdad procesal que el fiscal puede acordar con el defensor, independientemente de lo que diga su carpeta, y lo considera una decisión legítima, y aquí va un punto que va más lejos de lo que fue el diseño del sistema.

Una segunda línea, muy ligada a la anterior, tiene que ver con los excesos que cometen los jueces con las preguntas que dirigen para aclarar lo que se ha dicho en el interrogatorio o contrainterrogatorio. El primer fallo que conocí al respecto fue redactado por el ministro Franulic, pero ahí el fundamento era distinto del que está tomando la Corte hoy en día, y ese fundamento era que el tribunal no había permitido la objeción de las preguntas por parte de los imputados. Sin embargo, ahora la fundamentación de la Corte Suprema derechamente toman casos en que los jueces han puesto palabras en la boca del testigo, o que han complementado las declaraciones del testigo, y la Corte declara que eso es una infracción al debido proceso porque se pierde el principio de imparcialidad. Cuando el juez produce prueba se convierte en un agente de persecución penal y, en consecuencia, si aportan prueba, esto pasa a producir un motivo o causal de nulidad. Les voy a leer algunas frases:

- *Sentencia del 1º de septiembre de 2009: Los excesos cometidos al pedir respuesta al transgreden el principio contradictorio y de imparcialidad. La incorporación de prueba de cargo del tribunal violan el debido proceso.*
- *Sentencia 4 de noviembre de 2009: El principio contradictorio constituye un elemento del derecho a defensa y asimismo, del debido proceso por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a la iniciativa probatoria. El juez se excede en su facultad de interrogar, al agregar antecedentes y datos a las preguntas del fiscal.*

Una tercera línea, también fácil de reconocer, es la que tiene que ver con la admisión de la prueba excluida. Hay una sentencia del 21 de mayo del año 2010, que señala que “*la admisión de prueba excluida en el auto de apertura es una infracción al debido proceso*”.

Sobre el derecho a defensa:

- Sentencia de 9 de marzo de 2009: *La ausencia del imputado en el juicio oral por una razón no contemplada por la ley viola el debido proceso*. Si se trata del caso de un inimputable, hay norma especial en el procedimiento para aplicación de medidas de seguridad, que permite la ausencia del imputado cuando pudiere entorpecer el desarrollo de la audiencia; pero sucede que en este caso el imputado le había pegado con un palo a un funcionario de Gendarmería y por eso, estimaron que era procedente no llevarlo al tribunal. La Corte dice que esa ausencia no contemplada por la ley viola el debido proceso y lo anula por el derecho a defensa.
- Sentencia de 23 de diciembre del año 2009: *El interrogatorio policial de un imputado sin la presencia de un defensor o de un fiscal, y sin la autorización de éste, infringe las normas legales y las del debido proceso*. Luego, y en la misma línea, hay dos fallos más, del 12 y 13 de mayo del año 2010, en que se dice que “*infringe el debido proceso que la policía tome declaraciones al imputado sin la presencia de un defensor, ni el fiscal ni bajo su responsabilidad y bajo su autorización, y su incorporación bajo la declaración de los policías que la tomaron es prueba ilícita*”. Y “*se infringe el debido proceso cuando a través de la declaración de los policías se incorpora la declaración de un imputado que se interrogó como testigo y sin lectura de derechos. Toda persona detenida tiene derecho a la asistencia de un letrado desde el momento mismo de la detención*”.

Estas sentencias son entre nosotros uno de los pequeños grandes cambios, sobre todo por el impacto que pueden tener en la medida que se conviertan en reglas de persecución penal, como están llamadas a ser. De manera que lo que tenemos es que la Corte Suprema es un órgano que reconoce su función y la comienza a desarrollar, y lo que tenemos por delante es la expectativa de un desarrollo jurisprudencial, que



en ocasiones va a resultar ser satisfactorio y, en otras, insatisfactorias, pero que plantea desafíos que sabemos que alguien está tomando.

Hay otros temas pendientes, como la nulidad parcial, que hasta ahora no ha sido discutida por la Corte Suprema por la vía del recurso de nulidad, sino que por la vía del recurso de queja, con un criterio que en general ha tendido a declarar que ha habido falta o abuso, cada vez que las cortes de apelaciones anulan parcialmente una sentencia. El criterio ha sido estimar que la sentencia es una unidad jurídica indisoluble y, en consecuencia, cuando se declara la nulidad de sólo una parte de la sentencia se comete una falta y abuso que no es aceptable. Y esto, por cierto, es algo problemático desde el punto de vista de un defensor y de un imputado. En este último caso más dramáticamente, porque, por un lado, implica que el imputado absuelto en la sentencia definitiva se vea expuesto a que el recurso de nulidad presentado por otro coimputado, que sí ha sido condenado, termine en anulación del juicio, y, por otro lado, conlleva a que un imputado que ha sido condenado por un delito, pero absuelto por otro, por el hecho de recurrir por el delito que sí fue condenado, termine enfrentando un nuevo juicio y sea condenado por ambos delitos. Esto se parece a la *reformatio in peius*, en que aquí el recurso está operando en perjuicio del imputado.

¿Qué consideración debemos hacer para resolver este problema? La primera consideración es del viejo proverbio procesal, que yo muchas veces miro con recelo, pero que nos dice que en los procesos se reconocen en ciertas ocasiones identidad de objeto y de partes, y esto no significa que el proceso sea uno solo, significa que en un mismo proceso pueden haber varias relaciones procesales. El hecho que una causa acumule varios imputados o acusaciones por diversos delitos es una situación que normalmente está relacionada con la idea de economía procesal, pero que no supone que sea una misma relación que se está pronunciando sobre cada una de estas relaciones o actuaciones. Por eso que vamos a reconocer primero el fenómeno de la agrupación de las investigaciones regulado en el artículo 185, y que otro fenómeno distinto es el de la unión de acusaciones del artículo 274. Fíjense ustedes que el artículo 185 permite la agrupación de investigaciones cuando ello resulte *conveniente*; y por su parte el 274 permite la unión

de acusaciones, ahora por el juez, cuando el Ministerio Público formulare diversas acusaciones que el juez considerare *conveniente* someter a un juicio oral, y siempre que ello no afectare el derecho a defensa. Vamos a dejar hasta aquí este tema y ahora pasemos a la segunda consideración.

¿Qué pasa cuando hay pluralidad de partes acusadoras? En segundo lugar, en la teoría procesal se diría que aquí hay un litisconsorcio activo, porque la suerte de la acusación es una sola. No se puede acoger la acusación de uno y no acogerla del otro, en el sentido de absolución o condena. Hay litisconsorcio activo en el sentido que hay una parte acusadora, y hay una pretensión penal que ha sido ejercida y hay que resolver de la manera A o B, pero situándose dentro de los marcos de las pretensiones penales que se han ejercido. En cambio, desde el punto de vista de la defensa nunca hay litisconsorcio, porque nunca la suerte de un imputado está ligada necesariamente a la suerte de otro. No hay ningún principio que diga que los acusados deben correr la misma suerte. Esta era la segunda consideración.

La tercera consideración es que hay que distinguir entre el error en la decisión, *in iudicando*, y el error en el procedimiento, *in procedendo*, porque van a acarrear distintas consecuencias desde el punto de vista de la legislación. Hay que tener en cuenta también que cuando hablamos de recursos el concepto fundamental que hay que tener en consideración es el agravio, y hemos dicho siempre que el agravio es la medida del recurso, así lo recoge el artículo 360 del Código Procesal Penal.

Por último la vieja doctrina procesal nos va a enseñar que también existe lo que se llama la “cosa juzgada parcial”. Manzini señalaba que: “como el ejercicio de esta impugnación impide que la sentencia sea irrevocable, es posible en el caso de la impugnación parcial que la autoridad de cosa juzgada sea adquirida en un determinado momento, sea adquirida por uno o unos de los capítulos de la parte dispositiva y no por los otros. Así por ejemplo los capítulos no apelados de la parte dispositiva de una sentencia de condena pronunciada en primer grado adquieren autoridad de cosa juzgada mientras que los apelados pueden ser reformados o anulados por el juez de segundo grado”.

Y Maier por su parte expresa que: “la existencia eventual de un recurso sólo provoca en principio el nuevo examen del caso en relación al agravio, error o injusticia puesto en él, y de la misma manera limita el conocimiento del tribunal *ad quem*. Como se concibe la cosa juzgada parcial, el fallo recurrido queda firme en todo aquello que no constituye materia del agravio expuesto en el recurso”.

De la Rúa sostiene que: “La nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser de extensión total. Por razones elementales de economía procesal y el principio del interés jurídico como requisito para la procedencia de actuaciones procesales, la medida de seguridad debe estar dada en primer lugar por el agravio admitido en la sentencia de casación, y se le debe anular parcialmente si el agravio admitido por el tribunal sólo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto del fondo de la causa”.

Entonces, existe doctrina extranjera consistente en admitir que existe cosa juzgada parcial y la nulidad parcial de la sentencia. ¿Cuál es el problema? El problema es de origen normativo. Miremos ahora la legislación comparada.

Partamos en España. La ley española cuando establece el recurso de casación establece que éste procede por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, y en su artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dice que mientras el primer caso le corresponde al tribunal que ha casado dictar la sentencia de reemplazo; en el segundo debe, y aquí leo textual: “ordenar la devolución de la causa al tribunal del que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho”. Y la prohibición de la *reformatio in peius* está textual en el artículo 902, aquí se dice: “la sentencia de reemplazo cumplirá con la limitación de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente en caso que solicitase pena mayor”. El artículo 903 dice: “cuando sea recurrente uno de los procesados la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuera favorable siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y sean aplicables los motivos alegados por lo que se ha casado la sentencia y nunca los perjudicará en lo que les fuere adverso”.

Les parece si ahora visitamos Alemania. En su artículo 358 de la Ordenanza Procesal Penal alemana: *“El tribunal al que haya sido remitido el asunto para el ulterior juicio oral y decisión también debe tomar en consideración la decisión jurídica en que se haya fundado la anulación de la sentencia”*. Roxin dice que con esto se debería lograr que nadie se abstenga de la interposición de un recurso por el temor de ser penado todavía más gravemente en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende obtener una pena más elevada, siempre tendrá que interponer para ello un recurso exclusivo en perjuicio del acusado.

¿Qué pasa en Chile?

En Chile la verdad es que la situación de incertidumbre se genera a partir de lo que yo considero un problema en la historia legislativa, en el desarrollo del proyecto, porque originalmente el artículo 441 del anteproyecto contemplaba una norma inspirada en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y éste en la Ordenanza alemana, que resolvía explícitamente el problema. La norma decía: *“el tribunal de reenvío que corresponda deberá atenerse al fundamento jurídico de la resolución de casación”*. Esto significaba, por cierto, que si la infracción había sido la violación del derecho a defensa en sentido A, el tribunal recibía el mensaje que no podía volver a repetir la violación del derecho a defensa en sentido A, porque ya había sido declarado por sentencia. Como señalé, esta norma estaba inspirada en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, veamos su artículo 453:

*“Reenvío. En los demás casos anulará, total o parcialmente, la resolución recurrida y ordenará la renovación del trámite por el tribunal competente y desde el momento en que corresponda. (...) Cuando la anulación sea parcial el tribunal indicará el objeto concreto del nuevo trámite o decisión. La misma regla regirá cuando según el artículo 352 el tribunal ha dispuesto el reenvío por un aspecto parcial del caso, que requiere un nuevo debate”*.

Entonces, ¿cuál es la situación que nos encontramos hoy en día con las normas de nuestro Código? Nos encontramos yo diría con tres normas básicas:

- Artículo 360, *que nos dice que el tribunal conociendo de un recurso solo podrá pronunciarse sobre las peticiones formuladas por el recurrente, quedándole vedado extender su decisión a cuestiones no planteadas en el recurso.* Es decir, la Corte no puede reformar en perjuicio del recurrente.
- Artículo 385, *que nos dice que la sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho y los fundamentos de derecho de la decisión de la resolución anulada, que no se refiere a los puntos que han sido objeto del recurso y fueren incompatibles con la resolución recaída en él.*
- Artículo 386, *que nos dice que anulada la sentencia de un 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 se dé inicio a un nuevo juicio oral.*

¿Cuál es la fórmula que resuelve la potencialidad de una sentencia de nulidad que perjudicara al imputado?

Yo creo que la fórmula más adecuada es que el defensor le plantee a la Corte una solicitud de nulidad parcial, porque cuando hace esta solicitud yo creo que el artículo 360 no tiene aplicación, porque este artículo le dice que el tribunal que conoce de un recurso sólo podrá pronunciarse de la solicitud formal del recurrente, quedándole vedado pronunciarse más allá de lo que se le ha solicitado. De modo que si se pide nulidad parcial, y se resuelve nulidad total, lo que hay es una decisión más allá de lo solicitado por el recurrente. Por cierto, el hecho que se presente una solicitud de nulidad parcial no constituye una causal de inadmisibilidad del recurso, de manera que solicitada la nulidad parcial y atendándose el juez al contenido de la solicitud, y no siendo inadmisibile, la única posibilidad es la nulidad parcial.

El problema se produce porque desde el punto de vista de la defensa el problema no es planteado de esta manera, por lo que el tribunal se ve en situación de aplicación a las normas del Código tal como están y cuando se encuentran que hay una solicitud de nulidad total, parecería que la iniciativa de la nulidad parcial es del juez y entonces es el juez quien violaría, al declarar una nulidad parcial, el artículo 360 por pronunciarse sobre algo distinto a lo que se le ha solicitado.

El primer consejo entonces, para que podamos generar una jurisprudencia virtuosa en la materia, es que el defensor plantee adecuadamente una solicitud de nulidad parcial. El problema es que algunos nos van a decir que estamos proponiendo una solución que no existe, porque el Código en ninguna parte reconoce la nulidad parcial. Sin embargo, yo creo que hay varias normas que suponen la existencia de la nulidad parcial, por ejemplo:

- Artículo 344, inciso 1º, nos dice que la sentencia será anulada si han transcurrido cinco días sin que se haya dado lectura a la sentencia, salvo que la decisión hubiese sido la absolución del acusado. Ahora la parte final de este inciso nos dice que si siendo varios los acusados, se hubiera absuelto a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados. La norma reconoce que hay una hipótesis en que un juicio que es válido respecto de uno de los imputados no será válido respecto de otro.
- Artículo 375, nos dice que no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva. Por su parte, el artículo 385 nos dice que la sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho, los fundamentos de derecho y las decisiones de la resolución anulada, que no se refieran a los puntos que hubieren sido objeto del recurso o que fueren incompatibles con la resolución recaída en él, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido.
- Artículo 382, que establece la adhesión al recurso. Porque la razón por la cual alguien se adhiere a un recurso es porque, de no hacerlo, no le aprovechará la eventual reforma a la sentencia, si es acogida y hay un resultado más beneficioso. No tendría sentido la necesidad de adherirse al recurso si la nulidad es total, pues declarada ésta, afectará al interviniente, haya adherido o no.
- Por último, creo que el artículo 274 también debería ser citado. Esta norma nos dice que se debe permitir la acumulación de acusaciones siempre que ello no perjudique el derecho a defensa. Y, ¿cuándo puede suceder esto? Cuando hay pluralidad de imputados y la resolución puede ser sólo de tres tipos: o se

condena a todos, o se absuelve a todos o se absuelve a uno y se condena a otros. En las primeras dos hipótesis jamás va haber infracción al derecho de defensa; pero en la tercera hipótesis siempre la hay, porque siempre existirá el riesgo para quien fue absuelto a una reforma en su perjuicio porque se acogió el recurso de nulidad.

Me parece que en materia de nulidad parcial hay un tremendo campo vital desde el punto de vista del desarrollo del recurso de nulidad donde todavía nos queda harta jurisprudencia por desarrollar. Les agradezco mucho la invitación.

## Ronda de preguntas

### Pregunta:

En la corte de apelaciones había una causa donde había tres acusados de haber obtenido un subsidio en perjuicio del Estado. Uno de los acusados era un ex diputado y fue absuelto en el juicio oral; y las otras dos personas fueron condenadas. Se fueron de nulidad y la corte acogió el recurso y anuló el juicio y la sentencia, pero no dijo nada sobre si quien quedó absuelto debía participar en el segundo juicio. Ahora, en una invención medio rara, el defensor del ex diputado absuelto presentó un recurso del artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, para que la corte aclarara si en el segundo juicio debía o no participar su representado absuelto. Y la corte citó el artículo 360, y aquella sobre el plazo para la redacción y lectura de la sentencia, y señaló que el juicio se haría respecto de las personas que habían recurrido y no respecto de quien quedó absuelto.

### Respuesta:

Yo creo que las corte de apelaciones en nuestro país han tenido un criterio de nulidad parcial dispares, pero hay bastante jurisprudencia declarando nulidad parcial. Al parecer es la Corte Suprema quien tiene la puerta cerrada a la nulidad parcial. Por lo mismo me parece que era importante dejarlo como un tema pendiente porque parecería que el desarrollo de la jurisprudencia, partiendo de la “idea de las etapas posteriores”. Ahora ya hay un poco de campo más fértil para entender que

se puede establecer justamente el estado en que va a quedar la causa. Incluso hay fallos donde la Corte Suprema aconseja el estado en que debe quedar la causa, como sucedió en el caso que yo les conté del abogado que no lo era.

**Pregunta:**

Yo quiero preguntar qué pasa si el ministerio público presenta una petición respecto de tres acusados, pero la corte de apelaciones se pronuncia respecto de cuatro acusados y anula la sentencia completa, sin declarar parcialmente la nulidad, ocurre que no hay jurisdicción. La pregunta concreta es: en el segundo juicio, partiendo de la base que hay falta de jurisdicción de parte de la corte porque se pronuncia más allá de lo solicitado por el recurrente, mi pregunta es si se puede plantear al inicio del segundo juicio como excepción la cosa juzgada parcial y pedirles, como incidente, a los jueces del segundo juicio que resuelvan directamente y con eso tener la posibilidad de un recurso de nulidad por infracción a la cosa juzgada. Ahora el “pero” es que el tribunal oral puede decir que la corte dijo que la nulidad era total. Creo que es bueno entender que el tribunal superior falló sin jurisdicción, porque falló en un sentido en el que no estaba facultado para pronunciarse.

**Respuesta:**

Yo creo que esa es la solución. El artículo 264 establece las excepciones de previo y especial pronunciamiento, y entre ellas aparece mencionada en la letra c), la cosa juzgada; y el artículo 265 que se refiere a las excepciones en el juicio oral, y que señala que no obstante lo dispuesto en el artículo 263, si las letras c) y e) no fueron deducidas para ser discutidas en la audiencia de preparación del juicio oral, ellas podrán ser planteadas en el juicio oral. Por lo tanto, se debe plantear por el defensor como una excepción y como dice una resolución negatoria abre la posibilidad de recurrir.

***Se da por terminada la sesión y se les agradece a los relatores y a los asistentes su presencia.***





Diseño y producción:  
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.000 ejemplares se terminó de imprimir  
en diciembre de 2012