

1 Arc 484

K. 15185

MAG
I123d
2014.



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

MAGÍSTER EN DERECHO

(Legum Magister)

Tesis de Magister

Derecho al recurso en el artículo 387 del código procesal penal

Tesista: Renato Ibarra Ruiz.

Profesor Patrocinante: Felipe Gorigoitia Abbott.

Agosto – 2014

MAG
123d
014

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Introducción..... | 3 |
| Capítulo I | |
| Aspectos generales de los medios de impugnación y del derecho al recurso | 4 |
| 1. Medios de impugnación | 4 |
| 1. 1 Fundamentación | 6 |
| 2.1. Derechos fundamentales y derecho al recurso | 8 |
| 2. 2. Derecho al recurso y debido proceso | 9 |
| 2.3. Aplicación general limitada | 14 |
| 2.4. Debido proceso en el proceso penal: Garantías Mínimas | 16 |
| 2.5. Contenido del derecho al recurso | 20 |
| 2.5.a. Acceso al recurso | 22 |
| 2.5.b. Clase de revisión de la sentencia | 28 |
| Capítulo II | |
| Derecho al recurso en el artículo 387 del Código Procesal Penal | 33 |
| 1. Historia del artículo 387 del Código Procesal Penal | 33 |
| 2. Constitucionalidad del artículo 387 | 36 |
| 2.1. Reformatio in peius | 39 |
| 3. Salidas prácticas | 41 |
| 3.1. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley | 41 |
| 3.1.a. Caso Tocornal | 43 |
| 3.1.b. Caso Aarón Vásquez | 46 |
| 3.2. Recurso de queja | 50 |
| Conclusiones | 60 |
| Bibliografía | 62 |

Introducción

El presente trabajo pretende analizar el conflicto existente entre el derecho al recurso contra una sentencia condenatoria, en un juicio penal, que tiene el acusado de un delito, frente a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, así como los fundamentos y criterios que se tuvieron a la vista para entender por parte del legislador acerca de por qué un sujeto enfrentado a un tercer o segundo juicio oral no tiene derecho a impugnar esa resolución a través del recurso de nulidad.

En la realización de este estudio analizaremos la posible pugna existente entre esta disposición del código adjetivo con nuestra Constitución Política del Estado y los tratados internacionales ratificados por nuestro país que regulan esta materia. Examinaremos cómo se ha comportado la jurisprudencia de los tribunales de justicia de nuestra nación, además de las distintas actitudes y soluciones que los intervinientes del sistema han adoptado como “válvulas de escape” frente a la limitación de recurrir, soluciones, como veremos, que de alguna manera buscan abrirse camino y lograr la impugnación de esa sentencia que, a la luz de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 387, pareciera tener una coraza casi impenetrable para su revisión por un tribunal superior. Veremos cómo se ha pronunciado la doctrina al respecto, para finalmente determinar si nuestro Código Procesal Penal, a través de esta disposición, conculca el derecho al recurso.

I

ASPECTOS GENERALES DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y DEL DERECHO AL RECURSO

1. Medios de impugnación

Todos los medios de impugnación de resoluciones judiciales aparecen con el objetivo de evitar la posibilidad de que el juez o tribunal dicte una resolución injusta, o disputada como tal por una de las partes (Calamandrei, 1945, p. 560). Pero su historia y su nacimiento no dan cuenta de un anhelo mayor de justicia ni un reconocimiento a la falibilidad del juzgador y, por ende, a la posibilidad inminente de error, sino simplemente el afán del detentador del poder político de comprobar que los inferiores, en quienes había delegado la autoridad para decidir conflictos, ajustaban su proceder a las directrices, a la filosofía y, por último, a la ideología predominante (Tavolari, 2005, p. 393). Así las cosas, la revisión jerárquica es extensa, hay pocos aspectos de las sentencias del poder inferior que sean inmunes a la supervisión: hecho, derecho, y lógica son todos juego limpio para el escrutinio y la posible corrección (Damaska, 2000, p. 87).

El recurso como lo entendemos hoy tiene vida reciente en el siglo XX. Es en ese período cuando se asigna al recurso, en cuanto vía idónea para la impugnación de decisiones judiciales, la condición de inalienable derecho de la persona frente al juzgamiento estatal. Para decirlo claramente, es el momento en el que el recurso adquiere calidad de garantía de los justiciables (Maier, 2003, p. 254).

Esta característica se acentúa luego de la Segunda Guerra Mundial. Es así como en diferentes Tratados y Pactos Internacionales de postguerra hay referencia expresa a los recursos. En el artículo 14 n° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se dispone que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”, regla que se reitera en la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el Pacto de San José de Costa Rica

(1969), en el artículo 8º numero 2 letra h) “toda persona (inculpada de un delito) tiene el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, ambas normas reconocen que el derecho al recurso se concede a toda persona condenada en causa penal (Tavolari, 2005, p. 394).

Lo que entendemos por recurso se contiene en un concepto aún más amplio, que es el de impugnación que es una actividad que se desarrolla a propósito de las actuaciones procesales defectuosas o jurídicamente desviadas, a la que se atribuye el contenido de ser un remedio jurídico (Carnelutti, 1944, p. 556-557).

Precisando más, la impugnación es una actividad de las partes, que se despliega para atacar decisiones jurisdiccionales; se desarrolla, por lo general, dentro del curso de un proceso y tiende a remover la deficiencia que se acusa en la resolución impugnada por medio de otra decisión. Determina, también, la subdivisión del proceso en diferentes grados, de suerte que el juez de la impugnación es de grado superior al que emitió la resolución impugnada, adquiriendo aquél la necesaria competencia funcional para su conocimiento y resolución (Letelier, 2013, pp. 26-27).

Para Alcalá-Zamora los medios de impugnación son actos procesales de las partes dirigidos a establecer un nuevo examen, total o limitado a determinados extremos, y un nuevo proveimiento acerca de una resolución judicial que el impugnador no estima ajustada a Derecho, en el fondo o en la forma, o que reputa errónea en cuanto a la fijación de los hechos (Alcalá-Zamora, 1945, p. 258-259).

Dentro de los medios de impugnación existen diversas clasificaciones, pero la vía más importante y normal de impugnación es el recurso (Véscovi, 1988, pp. 14-15). El recurso lleva implícito en su contenido la idea de regreso al punto de partida (Couture, 1993, p. 340). Así en la doctrina extranjera se ha señalado por algunos que los recursos son actos procesales de la parte que se estima agraviada (o gravada) por un acto de resolución de un juez o tribunal, por lo que acude al mismo o a uno superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento previsto en las leyes (Fairén Guillén, 1992, p. 481). Otra definición de recurso nos dice que es “el acto procesal de impugnación contra una resolución judicial que se cree injusta, interpuesto por la parte perjudicada y cuya finalidad es la renovación, a través de un nuevo examen del asunto, por parte del órgano jerárquicamente superior y dentro del primitivo proceso, de un estado

jurídico no consolidado, a través de un procedimiento marcado por la ley” (Calvo Sánchez, 1977, p 32).

Dentro de la doctrina nacional se ha dicho que recurso “es el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga la legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento.” (Mosquera y Maturana, 2010, p. 27)

Tavolari nos entrega otra definición caracterizándolo como un “medio de impugnación destinado a atacar resoluciones que no están ejecutoriadas, que opera dentro del proceso en que se dictaron y que provocan, por regla general, una nueva revisión de los antecedentes de hecho y de derecho que les sirvieron de fundamento.” (Tavolari, 2005, p. 49).

Como podemos observar, el recurso se interpone contra una resolución que aún no se encuentra firme y, por ende, prolonga la vida del proceso, en un estado diferente, pero que mantiene unidad respecto de la acción que le permitió nacer o, como lo señala Montero, al producirse dentro de un proceso pendiente, se abre otra fase o período del mismo proceso, que es simplemente continuado (Montero Aroca, 1997, p. 449).

1. 1. Fundamentación

Los fundamentos de los medios de impugnación, y en particular de los recursos, los encontramos en una cara objetiva y subjetiva.

La primera se relaciona con la errónea aplicación del derecho al caso concreto, la falibilidad humana hace que quienes ven en la resolución de un juez un alejamiento en la correcta aplicación de la norma al caso particular, busquen a través de un nuevo examen, una decisión más justa. La impugnación hunde sus raíces en la imperfección humana, de donde se concluye que los medios de impugnación no son más que instrumentos de perfección procesal (Jiménez Asenjo, 1958, p. 318).

La impugnación descansa en la falibilidad de los jueces y en la necesaria legalidad y justicia de sus resoluciones judiciales (Clariá, 1966, p. 444).

Por esta vía los intervinientes de un proceso tienen expectativas de que lo resuelto se enmiende, toda vez que la interposición de un recurso va de la mano de un examen por un tribunal diferente, el cual ya conocerá de un pronunciamiento, tendrá claridad de lo solicitado por las partes y, en ciertas oportunidades, podrá contar con otros elementos de juicio. En efecto, cualquiera que haya intervenido en un proceso de toma de decisiones sabe que el que resuelve o se pronuncia al final, después que otros, y conociendo los pronunciamientos anteriores, tiene más probabilidades de acierto, pues su análisis arranca de un punto en donde se han anticipado perspectivas de análisis, reflexiones jurídicas, enjuiciamientos valorativos sobre la prueba y en donde ha propuesto una solución o, incluso, más de una posible (Del Río, 2014, p.16).

El segundo fundamento, de carácter subjetivo, descansa en que una de las partes o intervinientes del proceso se ve en la necesidad de impugnar una resolución judicial cuando este pronunciamiento no satisface sus pretensiones, causándole un gravamen. Es esta insatisfacción que siente una de las partes frente a la decisión de lo resuelto lo que lleva a la utilización de los recursos, ya que con ello se permite a la agraviada lograr su satisfacción frente a una resolución judicial respecto de la cual se siente perjudicado (Tavolari, 2005, p. 38).

Ambos elementos se encuentran unidos, toda vez que al estar el recurso entregado a la parte lo que impulsa su interposición es la insatisfacción de alguno de los intervinientes en un proceso con la decisión adoptada en una determinada resolución judicial, pero el perjuicio irrogado debe necesariamente ir unido a alguna errónea aplicación del ordenamiento jurídico por parte de la autoridad para que éste pueda prosperar.

De ahí que los recursos se configuren como instrumentos procesales destinados a subsanar los errores que puedan cometerse en el pronunciamiento de una resolución judicial o en el procedimiento en que esta se formó y cumplen, además, el objetivo de mitigar las insatisfacciones que experimenten las partes (Cortez, 2006, p. 9).

Pero en materia de recursos no basta la insatisfacción de intereses y la aplicación anómala de la ley por el juzgador, sino que es relevante y de suyo primordial que una de las partes sea agraviada por una resolución determinada. El agravio existe cuando hay una diferencia entre lo pedido al juez, por una parte, y lo que éste concede al peticionario, por la otra, perjudicando a éste la diferencia entre lo pedido y lo que en definitiva es concedido en

la resolución pronunciada por el juez (Mosquera y Maturana, 2010, p. 31). En el mismo sentido, Fairén Guillén señala que gravamen consiste en la diferencia entre lo solicitado por el requirente en su demanda o querrela y lo obtenido en la sentencia a quo, supone la violación de una evidencia de interés jurídico de esa parte (Fairén Guillén, 1992, pp. 507-508).

2.1. Derechos fundamentales y derecho al recurso

Desde su reconocimiento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se afirma, al menos para el proceso penal, la existencia de un derecho fundamental a los recursos, que debe ser respetado por los particulares sistemas de enjuiciamiento penal (Gimeno, 1999, p 703). A partir del desarrollo normativo internacional que tutela los derechos humanos, la historia de los derechos fundamentales ha tenido en la construcción de garantías procesales aplicables al derecho penal uno de los hitos esenciales en el desarrollo las condiciones materiales básicas de justicia (Diez-Picazo, 2005, p.405).

Entenderemos por derecho fundamental para nuestro estudio todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar (Ferrajoli, 1998, p. 37).

Los derechos fundamentales a su vez tienen como piedra angular un concepto común: la dignidad de la persona, que parece ser el presupuesto, si no el fundamento mismo de los llamados derechos humanos, o, cuando menos, los derechos del hombre son una manera sólo relativamente eficaz pero a la vez ampliamente compartida que los hombres han establecido para concretizar determinadas exigencias que provienen de la idea de su propia integridad (Squella, 1995, p.97).

Es en base a esa dignidad humana que los hombres han acordado que existen ciertos valores necesarios para el desarrollo de la humanidad y la vida en armonía, como la libertad, la igualdad y la dignidad, valores que requieren ser incorporados en normas positivas para que gocen, en virtud de tales normas, de vigencia universal y coercibilidad

(Letelier, 2013, p. 147). Esta dignidad humana debe ser asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser concedida o retirada a alguna persona, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea su conducta y sus actos (González Pérez, 1986, p. 25).

La dignidad humana de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que de dicha dignidad se realice de mejor forma (Nogueira, 2007, p. 14).

Los derechos fundamentales tienen un desarrollo internacional en el siglo XX después de la postguerra. Hasta entrada la década de los años sesenta, la iniciativa estaba fundamentalmente en manos de gobiernos, que actuaban a través de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, el Consejo Europeo o la Organización de Estados Americanos. En este período se aprueban las principales declaraciones y convenciones internacionales y regionales sobre derechos humanos y se establecen, o acuerda establecer, organismos de protección dentro del sistema de Naciones Unidas, así como en los sistemas regionales europeo y americano (Zalaquett, 2005, p. 63-64).

Fruto de los intereses imperantes de la época, el siglo pasado vio nacer el sistema normativo esencial para nuestro estudio, conformado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH).

Estos instrumentos internacionales, de vital importancia para nuestro estudio, fueron ratificados por nuestro país en 1990, con efectos que veremos más adelante.

2. 2. Derecho al recurso y debido proceso

Para poder ir acercándonos a un concepto de derecho al recurso, debemos primero entenderlo como parte de una entidad mayor como es el proceso y en particular el debido proceso.

Para Couture debido proceso es “el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía del debido proceso consiste, en último término en no ser privado de la

vida, la libertad o la propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario” (Couture, 1993, p. 51).

El debido proceso comprende “las condiciones que debe de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional” (CIDH, Caso Genie Lacayo, sentencia 29/01/97). En el mismo sentido la Corte Interamericana ha sostenido que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (CIDH. Caso Baena y otro versus Panamá, sentencia 10/02/01)

En nuestro ordenamiento jurídico, el debido proceso tiene dos fuentes:

- La que proviene de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; y
- El artículo 19 n°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República.

Respecto a la primera de las fuentes mucho se ha escrito y no será en estas líneas donde resumiremos toda esa nutrida discusión. Cabe sólo hacer presente que el artículo 5° inciso 2° señala que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A través de esta norma nuestra Constitución establece que “los derechos asegurados por los tratados sobre derechos humanos se incorporan al ordenamiento interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos” (Nogueira, 2008,p. 51).

A través de esta disposición se incorporan a nuestro ordenamiento las normas internacionales que consagran el debido proceso, que son:

- El artículo 8. de la CADH que señala:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter.”

- El artículo 14.1 del PIDCP que señala:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en la medida estrictamente necesario en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

En cuanto a la segunda de las fuentes la Constitución Política en el artículo 19 n°3, inciso 6° que señala:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Resulta evidente que de la sola lectura del precepto que la Constitución de la República no contiene normas explícitas que se denominen derecho a la tutela judicial o al debido proceso (García, 2013, p.235). Sin embargo, en la Comisión de Estudios de la nueva Constitución el señor Evans planteó su preferencia por los conceptos genéricos de “racional y justo” encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer normas demasiado precisas (Evans, 2004, p.16).

A partir de lo preceptuado por la Constitución se puede entender que el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes de un proceso (S.T.C. rol 1838-2011).

Sin perjuicio de lo anterior se dejó constancia de algunos presupuestos mínimos del debido proceso por el constituyente. Éstos serían el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia, la aportación de pruebas pertinentes y el derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador (Navarro, 2011, p.16) Así, Enrique Evans ha señalado como elementos de un racional y justo procedimiento, entre otros: “notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; sentencia dictada en un plazo razonable; y posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.”(Evans, 2004, p. 144).

Esta visión ha sido refrendada también por la jurisprudencia constitucional al sostener que “la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional referida permite concluir que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos de un debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y ***derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador***” (S.T.C., Rol 481-2006).

Sin embargo, en nuestra nación no ha sido necesariamente el legislador quien ha tenido una actividad tendiente a articular el contenido del proceso “racional y justo”, sino que ese desarrollo lo ha dado nuestra jurisprudencia. Es así como nuestro Tribunal Constitucional señala que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa por abogado, la producción libre de prueba conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores” (S.T.C., Rol 478-2006).

El tribunal reitera en fallos posteriores su posición respecto del contenido respecto al debido proceso “es aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de interés de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva la plena eficacia del Estado de Derecho.” (S.T.C. rol 986-2007).

La Excelentísima Corte Suprema también se ha pronunciado sobre el debido proceso señalando que “Constituye un derecho asegurado por la Carta Fundamental, el que toda sentencia emanada de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado y, el mismo texto en el inciso 5° del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el debido proceso, no hay discrepancia en que a lo menos lo conforman el derecho a accionar, de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, de que la decisión sea razonada y de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido” (S.C.S., rol 4164-2009).

Este espacio entregado de manera amplia al legislador también ha sido recogido con alcances incluso mayores por nuestro Tribunal Constitucional, el que señala que puede ser enriquecida con algunos ámbitos adicionales contemplados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Nogueira, 2008, p. 298). En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema se ha manifestado diciendo “Conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución de la República asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen

jurídico vigente, en los *principios generales del derecho y equidad natural*” (S.C.S., Rol 512-2001).

Como podemos ver no es palpable, a lo menos en una consagración constitucional, el contenido del proceso racional y justo, más bien solo es una enunciación, que a partir del desarrollo jurisprudencial más la aplicación armónica de los tratados internacionales nos permiten darle contenido al debido proceso.

En efecto, el legislador puede completar la configuración de este derecho complejo sin afectar su contenido esencial, sin olvidar que el legislador debe respetar y asegurar en la materia el *bloque constitucional del debido proceso*, cuyo contenido mínimo garantizado es aquel asegurado por los artículos 8° y 25° de la CADH, que entran a conformar el contenido del derecho de acuerdo a lo dispuesto en nuestro artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental (Nogueira, 2008, p. 299).

De todo lo expuesto, y como lo veremos más adelante, resulta claro que el conjunto de normas internacionales y nacionales examinadas más la variada jurisprudencia obliga a considerar como parte del debido proceso el derecho a que el fallo de instancia sea examinado por un tribunal superior. De esta forma, su omisión produciría una afectación del bloque constitucional de derechos, una vulneración de la Convención y la eventual responsabilidad del Estado por vulneración de derechos humanos (Nogueira, 2008, p. 404).

Es importante no olvidar que los derechos que integran la noción de debido proceso, entre éstos el derecho fundamental al recurso, no solo gozan de ese rango por la simple razón –pero no menos elocuente– de hallarse plasmados en los catálogos de los acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, sino también porque ha existido consenso en que aquellos son una especificación normativa, aplicable a un área particular de la conducta de los hombres, del valor superior que es la dignidad humana (Letelier, 2013, pp. 147-148).

2.3. Aplicación general limitada

El debido proceso no es privativo del proceso penal, sino que tiene aplicación en otras materias del derecho. A su respecto la CIDH en cuanto a la aplicación del artículo 8° de la CADH ha señalado “Si bien el artículo 8 de la Convención americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido

estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto de Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (CIDH, caso Baena y otros, 2003).

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en Opinión Consultiva 11/90 de 10 de agosto de 1990 resolvió:

“28. En materias que conciernen con la *determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica *garantías mínimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

En consecuencia la lectura armónica de la decisión de la Corte revela que aún tratándose de materias de derechos y obligaciones de orden civil, laboral o tributario, el artículo 8° del pacto no señala taxativamente garantías mínimas como si lo hace en materia penal en el n°2 del artículo 8°, sin embargo, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.” (Tavolari, 2013, p. 7)

En nuestra jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha sostenido que la garantía constitucional del debido proceso exige que el legislador establezca las condiciones para garantizar un justo y racional procedimiento (S.T.C. 1804-2010). A su vez, ha ratificado la noción de que las garantías integrantes del debido proceso terminan dependiendo de la naturaleza del procedimiento y en éste tendrá el legislador un espacio amplio de determinación (S.T.C., rol n° 481-2006).

Como consecuencia de lo anterior, el legislador es el órgano competente para establecer los mecanismos procesales necesarios para asegurar la garantía del debido proceso en los procedimientos específicos que deba regular (S.T.C. rol 1804-2010). El corolario de procedimientos plurales, dependientes de la naturaleza o materia de que se

trate y en donde la *desagregación de algunos aspectos del debido proceso* queden garantizados como presupuestos constitucionales mínimos de este deviene en una última conclusión: la inexistencia de un procedimiento tipo (García, 2013, 243). Al no existir un procedimiento estandarizado “quedó patente que *no existe un modelo único de garantías integrantes del debido proceso* en Chile” (S.T.C. rol 1838-2011).

Lo que nos dicen los fallos del Tribunal Constitucional es que la ausencia de algún elemento integrante del debido proceso que puede ser esencial en un procedimiento, dependiendo de su naturaleza, puede cambiar en otro asunto. Esta flexibilidad no importa una devaluación de la garantía constitucional de la tutela judicial o el debido proceso, sino que una especificación de su contenido constitucional (García, 2013, p. 243).

La Constitución no clausura el contenido del debido proceso. Por tanto, no existe un único modelo iusfundamental de debido proceso ni puede haberlo en función de la historia constitucional del establecimiento de esta garantía. Los múltiples procedimientos que defina el legislador tienen componentes que pueden afectar la esencia del debido proceso y otros que correspondan a un ámbito puramente legal (García, 2013, p. 258).

Todo este mandato amplio entregado al legislador en orden a establecer el contenido del debido proceso, tiene en materia penal, unas garantías mínimas consagradas en los tratados internacionales, en particular el artículo 8° de la CADH, garantía que en el ámbito punitivo no deben faltar para estar en presencia de un debido proceso. Así lo resuelve la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva 11/90 de 10 de agosto de 1990 en relación a este punto resolvió que “cuando ordena que *toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías... por un juez o tribunal* en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas *garantías mínimas*. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*.”

2.4. Debido proceso en el proceso penal: Garantías mínimas

Sobre este punto debemos partir señalando que el artículo 8° de la CADH, como así mismo el artículo 14 n° 2 del PIDCP, establecen las garantías mínimas del debido proceso del condenado.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Este artículo establece el derecho a ser oída con “las debidas garantías” por un juez o tribunal competente. Las garantías necesarias a las que se refiere la CADH, son las garantías de igualdad de armas y el principio de contradictorio, en un proceso centrado en los intereses del justiciable (Nogueira, 2008, p. 339).

Estas garantías se plasman en numeral 2º del artículo 8º de la CADH al igual que en artículo 14 nº2 del PIDCP, a saber:

Artículo 8º. 2º. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Como podemos observar en este se encuentran las garantías de procedimiento contradictorio e igualdad de armas garantizados en términos similares en el artículo 14 n° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (Nogueira, 2008, p. 339).

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Siguiendo al profesor Zalaquett podemos decir que en cuanto a las garantías judiciales especiales en materia penal, éstas se concentran en garantías generales y especiales.

“Las generales dicen relación con los aspectos generales que debe tener presente el Estado en materia de protección del derecho a un debido proceso: campo de aplicación amplio, en cuanto éste debe abarcar cualquier actividad que implique el uso de ius puniendi del Estado; el tribunal competente, lo que implica un tribunal independiente, imparcial, establecido por ley con anterioridad; el plazo razonable como un límite temporal l que puede estar sometida una persona a la amenaza en el goce y ejercicio pleno de sus derechos producto de estar sujeta a la acción punitiva del Estado.

Las garantías especiales del proceso penal están referidas a la posibilidad del individuo sometido a la acción punitiva del Estado a actuar con igualdad de armas en su defensa. Es evidente la disparidad de poderes y capacidades entre el individuo y el Estado, por ello el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado de buscar mecanismos eficientes para que el sujeto pueda ejercer su derecho a defensa con posibilidades reales de éxito” (Zalaquett, 2005, p. 97).

2.5. Contenido del derecho al recurso.

Como derecho, facultad o garantía, la posibilidad de impugnar tiene un mayor desarrollo a nivel internacional siendo dos las normas fundamentales que marcan el desarrollo en materia recursiva:

- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 número 5 que señala “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”;

- Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 número 2, letra H, consagra el “Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Todas estas normas discurren sobre la idea de que el recurso forma parte de las garantías mínimas que tiene el condenado, o por lo menos aparece clara la idea de lo que se ha dado en denominar “el doble conforme”, que consiste en que si el condenado ejerce cabalmente sus derechos, no podrá ser obligado a cumplir una sentencia condenatoria sin que ella, y la pena impuesta, hayan sido revisadas por un tribunal superior (Tavolari, 2005, p. 395).

Para nosotros de suma importancia es lo dispuesto en el artículo 8° de la Convención Americana y el artículo 14.5 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos toda vez que estas normas “están llamadas a modificar la base político-criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal penal...el recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene su derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior y, al mismo tiempo, perder por completo el carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores de Estado sobre sus inferiores” (Maier, 2003 p. 708)

Se engarza con la opinión anterior lo postulado por quienes entienden al recurso como una garantía, que como tal tiene como fin evitar sentencias de condena injustas, tolerando sentencias absolutorias “injustas”, con esta lógica, el derecho contenido en los artículos 8.2 de CADH y 14.5 del PIDCP sólo podría ser concebido como garantía exclusiva del imputado (Jugo, 2002, p. 285).

El recurso es una prolongación del proceso, es un medio de control y de revisión de lo resuelto por la autoridad, es el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder de impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravian, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento del primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto (Del Río Ferretti, 2014, p. 24).

Nuestro Tribunal Constitucional nos entrega un concepto interesante sobre el punto al establecer que, “el derecho al recurso consiste en la facultad de solicitar al tribunal

superior que revise lo hecho por el inferior, formando parte integrante del derecho al debido proceso. Tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.” (S.T.C. rol 1443-2010).

Desde una perspectiva de derechos fundamentales, éste supone el derecho a toda persona respecto de cualquier decisión que los afecte y que dicha decisión sea revisada por otra autoridad para evitar que se hayan cometido errores (Maier, 1998, p. 709)

Ahora debemos tratar de develar el contenido de la facultad de impugnar, explicar cómo se articula este derecho para entender de qué hablamos, cuando nos referimos al derecho al recurso. Siguiendo a Del Río Ferretti (Del Río, 2014, pp. 24 y ss.), se pueden distinguir al menos dos aspectos en los que se juega el derecho al recurso: el acceso a éste y el tipo de cognición que supone. Es evidente que debe haber un acceso al recurso en primer lugar, es decir, todo ordenamiento jurídico debe contemplar medios de impugnación, y estos deben ser de fácil acceso; en segundo término, una vez interpuesto el recurso que clase de revisión es la que realizará el tribunal, será necesario analizar cuál es la intensidad o calidad del control de lo decidido por el juez de grado, si es una cognición amplia o restringida, o, como se viene discutiendo hoy en día, si es necesaria una revisión integral.

2.5.a. Acceso al recurso

El acceso al recurso guarda directa relación con la existencia legal de los mismos y a la facilidad de acceso (Del Río, 2014, p. 25). Necesario es entender que todo cuerpo legal en materia recursiva es libre y soberano de establecer condiciones, requisitos, presupuestos y limitaciones en la forma de hacer valer los medios de impugnación por parte de los intervinientes en un proceso penal, lo cual es de toda lógica, y en sí mismo no es conculcador de la garantía recursiva, “El derecho al recurso supondrá que la ley procesal contemple la existencia de normas para impugnar las resoluciones que causen agravio a las partes (e intervinientes) y especialmente para atacar la sentencia de fondo, pero junto con ello se tiene que poner énfasis en el acceso al mismo a los medios de impugnación, puesto que el derecho al recurso implicará ante todo una articulación legal del recurso y una aplicación jurisprudencial que tiendan a la potenciación y facilitación del acceso y no al

revés, orientación que precisamente viene exigida por el derecho al recurso en su contenido de acceso al mismo”(Del Río Ferretti, 2014, p. 28).

Los requisitos que se suelen distinguir en toda legislación como requisitos o presupuestos para la interposición de algún recurso son relativos a:

- Resoluciones recurribles;
- Legitimación del recurrente;
- Interés procesal; y
- Formalidades legales.

Estos requisitos en sí mismos no son una conculcación al acceso al recurso, sino que vienen a formar parte de su configuración legal. Naturalmente que la utilización de recursos previstos por la ley exige la observancia de las reglas específicas de los mismos, aun en aquellos que limitan la motivación o restringen la utilización del recurso en casos concretos. Sin embargo, estas formalidades no pueden ni deben ser interpretadas en su literalidad, sino en función de los objetivos que persiguen tales normas instrumentales (Cortez, 2006, p. 25).

No han sido tenues ni poco frecuentes las colisiones de las legislaciones internas con las normas del Pacto y de la Convención. No han sido pocos los países que han entendido, o mal entendido, que cumplen con los pactos internacionales por el solo hecho de incorporar en sus leyes internas la presencia de medios de impugnación, sin realizar un mayor análisis del posible o no, acceso a ellos.

Sobre este punto es imposible no mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Herrera versus Costa Rica de 2 de julio de 2004. El pronunciamiento de la Corte es sumamente interesante no solo para nuestro estudio, por cuanto es un fallo que aporta interesantes criterios relativos a la libertad de expresión y su relación con el trabajo periodístico, además de valiosas consideraciones acerca de la imparcialidad que se requiere para el ejercicio de la función judicial.

El periodista Mauricio Herrera Ulloa fue condenado por los tribunales de Costa Rica por cuatro delitos de difamación supuestamente cometidos por este periodista en sendos artículos publicados en 1995 en el periódico local “La Nación”. Ellos hacían referencia a informaciones periodísticas extranjeras que atribuían a un diplomático

costarricense la comisión de algunos hechos ilícitos. En el primer juicio realizado el periodista fue absuelto por ausencia de dolo y el recurso de casación del acusador llevó a la anulación de la sentencia por falta de fundamentación suficiente respecto del aspecto subjetivo del hecho. En el segundo juicio, el de reenvío, se le condenó. El imputado interpuso recurso de casación el cual fue declarado inadmisibile, por no expresar motivos propios de este tipo de impugnaciones limitadas a las cuestiones jurídicas, en un examen de admisibilidad que realizaron los mismos jueces que habían anulado la absolución.

Frente a este panorama el caso fue llevado a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA por violación, fundamentalmente, del derecho a la libertad de expresión y también por infracción al debido proceso. Adelantaremos que este fallo nos interesa en cuanto a su pronunciamiento al acceso al recurso y al tipo de examen o revisión que debe realizar el tribunal superior, por lo que, solo en esta parte nos detendremos en lo que se refiere al acceso al recurso que aborda la sentencia.

La Corte Internacional de Derechos Humanos resuelve:

“158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

Cualquiera sea la denominación que tenga un recurso, éste debe ser capaz de producir el resultado que busca, por lo que aquellos recursos que sean gobernados por requisitos de admisibilidad y que sean de un cumplimiento y complejidad tan altos que los tornen en la práctica inoperantes no satisfacen claramente esta exigencia”.

“159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es

preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”.

“161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”.

“164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”.

Siguiendo al profesor Pastor, podemos decir que esta resolución entiende que:

- (a) El derecho de imputado “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” constituye una garantía primordial en la estructura del debido proceso legal (párr. 158);
- (b) Esta garantía se deriva del derecho de defensa del imputado, que no se limita a otorgarle posibilidades efectivas de refutación de la acusación, sino que incluye también la facultad de impugnar los vicios y errores de la sentencia de primera instancia (párr. 158);
- (c) La sentencia recurrida por el acusado debe ser revisada “por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica” (párr. 158);
- (d) Dicho tribunal debe tener competencias ordinarias para conocer con amplitud todos los planteamientos del recurrente (párr. 159);
- (f) Por ello el recurso, en cuanto a sus motivos de procedencia, debe estar desprovisto de “restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo” (párr. 161);

(g) En cuanto a los requisitos de admisibilidad, el medio de impugnación “debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho” (párr. 164) (Pastor, 2002, p. 259).

En estas conclusiones vemos plasmada la necesidad de existencia de un recurso, de fácil acceso, sin mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho y que permita su conocimiento por un tribunal superior.

Sobre la existencia de requisitos no hay que entrar en esa tentación de postular la completa eliminación de causales específicas de admisibilidad. La misma jurisprudencia reciente de la Corte ha sido consistente en señalar que para el adecuado funcionamiento de un régimen de impugnación de las sentencias, es necesario y no es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el establecimiento de causales de admisibilidad particulares para un determinado recurso (Fuentes Maureira, 2009, p. 2).

En relación a lo anterior la propia Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, de 2006, y posteriormente en el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos mexicanos, de 2008, indica que:

“Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, *sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado*” (C.I.D.H., sentencia de 6 de agosto 2008, Rol 184).

Sin embargo hay que armonizar las exigencias propias en la interposición de un recurso y lo dicho por la Corte, con la necesidad, afirmada en la sentencia, de que el recurso sea sencillo y desprovisto de formalidades excesivas (Pastor, 2002, p. 260).

Desde esta óptica, cualquiera sea la denominación que tenga un recurso, éste debe ser capaz de producir el resultado que busca, por lo que aquellos recursos que sean gobernados por requisitos de admisibilidad y que sean de un cumplimiento y complejidad

tan altos que los tornen en la práctica inoperantes no satisfacen claramente esta exigencia (Fuentes Maureira, 2009, p. 6).

Por lo anterior resulta un desafío para los jueces que la interpretación y aplicación de los requisitos sobre admisión de recursos deban orientarse siempre hacia la efectividad del derecho, de modo que la mayor o menor severidad en la exigencia del requisito guarde proporción de medio a fin (Cortez, 2006, pp. 25-26).

En el derecho comparado, Italia ha recepcionado de manera patente en su legislación la garantía del derecho al recurso, en particular el acceso al mismo en su código procesal penal, al establecer como principio general en materia recursiva “la regla de la conversión de los medios de impugnación” del artículo 568.5 del Código Procesal Penal italiano, que hace prevalecer la voluntad del impugnante por sobre la calificación jurídica formal del medio que se emplea. Incluso, reconoce la validez de la impugnación interpuesta ante juez incompetente (Del Río, 2014, p. 29 y 30).

Podemos concluir en esta parte que, además de tener un marco regulador de las leyes procesales que esté acorde a la legislación internacional, en particular al artículo 14.5 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es necesario remarcar el deber de hacer que las normas reguladoras de los recursos en el proceso penal se interpreten del modo más favorable a su admisión y sustanciación, “pudiendo cuestionarse la legitimidad de aquellos requisitos establecidos por el legislador que no guarden proporción con las finalidades perseguidas o impliquen obstáculos desmedidos” (Arangüena, 1994, p. 40). Cuestión que supone, incluso, que “la desformalización del recurso debe incluir la posibilidad de que los tribunales, frente a defectos formales del recurso del condenado, contribuyan a la superación de tales deficiencias” (Pastor, 2002, 260).

Con el acceso al recurso no agotamos el contenido de la facultad de impugnación. Como destacamos en su momento, existe un segundo elemento del derecho al recurso, el cual determina cuál será la clase de revisión o calidad del control que se realizara a través del ejercicio del medio impugnatorio. Debo adelantar que por no ser el objeto de estudio del presente trabajo, solo daremos una mirada general que ilustre sus características más esenciales.

2.5.b. Clase de revisión de la sentencia

El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos fundamentan el derecho al recurso y de la misma manera son la base para establecer cuál es el tipo de examen al que se somete la resolución impugnada. La jurisprudencia internacional nos señala que la interpretación de estas normas y aplicación en el derecho interno deben velar por una **revisión integral**. Esta exigencia de revisión integral tiene variados ejemplos en la jurisprudencia internacional que nos permitirán ilustrar su contenido.

Partiendo por el fallo Herrera Ulloa versus Costa Rica, ya citado, que en los considerandos 165 y 167 establecen que la revisión del recurso debe ir más allá de lo formal, debe ser integral y que el recurso debe permitir un control exhaustivo y no limitado de “todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”. En estos numerales la Corte establece que el medio de impugnación en cuestión debe ser un “recurso ordinario eficaz” (párr. 161) que garantice “un examen integral de la decisión recurrida” (párr. 165) que vaya más allá de las típicas cuestiones de derecho (párr. 166) y que se dirija a una fiscalización exhaustiva y no limitada de “todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior” (párr. 167) (Pastor, 2002, 259).

Aquellos recursos judiciales que sólo permitan el examen y control de aspectos formales de la sentencia, por ejemplo la falta de un timbre o sello, el error ortográfico en el nombre de un juez, entre otros, pero que no permitan una revisión del derecho de fondo, se encuentran en violación del criterio de la revisión comprensiva que la Corte sostiene. Por otro lado, la revisión integral de todo lo obrado no es un fin en sí mismo, sino que debe ser visto desde la perspectiva de que el Tribunal revisor pueda cautelar cualquier injusticia o afectación del “*juicio justo*” que ha afectado al interesado (Fuentes, 2009, p. 6).

Esta revisión puede entenderse como algunos autores lo señalan en formal y material. Desde la perspectiva formal debe examinarse la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de las normas de derecho que determinan la parte resolutive del fallo. La revisión material de las sentencia de primera instancia debe revisar la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la determinación de la sentencia, cuando produzcan nulidad, indefensión o vulneración del debido proceso, debe

controlar el respeto de los derechos fundamentales, debe revisar la aplicación de las normas referidas a la valorización de la prueba cuando conduzcan a una aplicación o una equivocada aplicación de ellas (Albanese, 2000, pp. 130-131).

La Corte Interamericano en el caso Herrera Ulloa establece que el examen integral sí supone la posibilidad de revisar todo lo discutido ante el Tribunal de Juicio Oral, pero esta revisión no significa que el tribunal revisor tenga que cambiar los hechos previamente fijados o alterar la ponderación de la evidencia presentada. Es siempre factible que, una vez detectado el error, el tribunal revisor reenvíe el caso para ser nuevamente juzgado por otro. En otras palabras, este examen sólo supone que todo lo discutido sea revisado, aunque ello no dé lugar a una sentencia de reemplazo (Fuentes, 2009, p. 9).

En el mismo sentido tenemos el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Gómez Vásquez contra España*, dictamen de 20 de julio de 2000, el cual en su párrafo 11.1 señala “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia**, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”.

El fallo transcrito es interesante en cuanto realiza una interpretación de las normas del Pacto estableciendo en definitiva que lo que ellas exigen no es tener una apelación, no

es contemplar como medio de impugnación un determinado recurso, sino establecer cualquier recurso que permita la revisión íntegra de la sentencia.

El problema generalmente se vincula a la categoría de recurso que un ordenamiento jurídico establece para la revisión de las sentencias condenatorias, es decir, si se opta por un recurso amplio o uno restringido, uno que podrá revisar las cuestiones de hecho y de derecho o solo las infracciones de ley.

Los pactos internacionales son bastante claros en cuanto a que no basta con un examen formal. Se debe permitir un control completo una revisión integral de la sentencia de fondo, es decir examen de todo lo decidido.

Como medio impugnatorio se ha desechado la apelación, primero por su referencia histórica en cuanto a que la apelación es la expresión de control de los gobiernos absolutistas (López, 2005 p. 347), cuestión que no iría de la mano con el sistema acusatorio utilizado en la actualidad y, segundo, por ser un medio impropio de la cultura oral y pública del enjuiciamiento penal (Pastor, 2001, p. 260).

Como consecuencia de apartarse de la apelación como medio impugnatorio, la mayoría de las legislaciones de nuestra región han optado por la casación penal, argumentando que los tratados internacionales no exigen un recurso de apelación, sino solo la posibilidad de impugnar. El problema que tiene la casación es que es un medio de impugnación catalogado, en su concepción tradicional, como extraordinario toda vez que solo procede contra cierto tipos de resoluciones, sentencias definitivas, y porque solo procede contra ciertas infracciones de ley que se cometan en la dictación de una sentencia o en algunos casos, durante la sustanciación del proceso, cuestiones denominadas de derecho, no permitiendo y excluyendo de la revisión aquellas denominadas cuestiones de hecho.

En Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagra a partir del fallo “Casal” de 20 de septiembre de 2005, una doctrina referente al tipo de revisión que se debe realizar a la sentencia condenatoria y de paso recomienda la reforma del sistema recursivo argentino, en particular la casación penal, cuestión que de manera clara se señala en el fallo a través del voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco al expresar que “resulta inequívocamente la obligación del Estado nacional argentino de reformar su legislación procesal penal de modo de sustituir el recurso de casación -como ha quedado dicho, de carácter extraordinario y limitado- por un recurso ordinario que permita al tribunal superior

un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada.”

Importante destacar del fallo de la justicia trasandina el tajante juicio que realiza al actuar de los tribunales, interpretación de las normas procesales y posibles arbitrariedades en su aplicación, Así en el considerando 22 establece la Corte que: “... no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto...”. Y cierra diciendo con respecto a la casación: “No puede imponerse una interpretación restrictiva, basada sólo en el nomen juris del recurso y asignándole la limitación que lo teñía en su versión napoleónica, pasando por sobre la letra expresa de la ley argentina y negando un requisito exigido también expresamente por la Constitución Nacional y por sobre la evolución que el propio recurso ha tenido en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparadas”. Y creemos que cierra cualquier tipo de debate en el tema sin dejar margen de dudas respecto a la interpretación de los tratados internacionales por la Corte de Justicia de la Nación al señalar en el considerando 26 que “...está indefinición –acerca de cuáles son cuestiones de hecho y cuáles de derecho- se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional”. A lo anterior no podemos obviar que en el considerando 34 nos entrega una definición de recurso al señalar “debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”.

La resolución en cuestión es importante porque marcó no sólo una interpretación correcta en la aplicación de las normas a los tribunales de justicia argentinos, sino que

denunció la falta de adecuación de la legislación trasandina a las normas internacionales. Algunos han entendido que con esto se anunció la muerte de la tradicional casación penal para argentina (Pastor, 2001, p. 107 y ss.). De toda lógica es entender que, siendo la casación el recurso por excelencia para la revisión de las sentencias de grado, este no puede seguir aplicándose en su concepción tradicional, sino más bien debe existir un medio de impugnación, cualquiera sea su denominación que sea “un recurso efectivo para la revisión de la sentencia condenatoria de primera instancia tiene que permitir al imputado denunciar todos los errores posibles de su condenación, sean estos de la naturaleza que sean y, sobre todo, debe permitirle probarlos. Para ello el recurso debe exteriorizar que los vicios señalados son plausibles y debe proponer los medios para verificarlos. Limitado a esos agravios, el conocimiento del tribunal *ad quem*, necesario para aceptar o rechazar los planteamientos del recurso, se alcanzará por dos vías directas: la revalorización de las pruebas de la primera instancia que no dependan de la inmediación (en este caso los jueces de ambas instancias están *par conditio*) y la realización en segunda instancia de prueba parcial, restringida a demostrar los puntos del recurso que requieran comprobación exclusivamente por medio de declaraciones” (Pastor, 2001, p. 164).

No debemos perder de vista que por más certeza jurídica o unificación de derecho que se quiere realizar por parte del Estado, el recurso es una garantía para el condenado que ve en la sentencia condenatoria una restricción grave de sus derechos. Se debe tener siempre presente que en “el proceso penal el centro de la escena está ocupado por el imputado y que tan delicada y grave es la imposición de una pena, dictada por personas que naturalmente pueden equivocarse, que él tiene un derecho fundamental a defenderse tan ampliamente como sea posible contra la condena de primera instancia antes de que pase en autoridad de cosa juzgada. Frente al condenado la sentencia errónea es igualmente disvaliosa por sus errores de hecho que por los de derecho” (Pastor, 2001, p. 107 y ss.).

II

DERECHO AL RECURSO EN EL ARTÍCULO 387 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

1. Historia del artículo 387 del Código Procesal Penal

Cuesta encontrar en nuestra bibliografía documentos que nos entreguen información sobre la historia del artículo 387, en especial de su inciso segundo. Lo que sí podemos decir es que el proyecto de Código Procesal Penal presentado por el Presidente de la República al Congreso no contenía dicho precepto. Revisadas las actas de la discusión parlamentaria no existe alusión alguna en torno a esta restricción procesal.

El debate fue mucho más intenso sobre qué medio de impugnación se escogería para recurrir contra la sentencia definitiva, sobre ese punto hay muchos más antecedentes. Las primeras ideas al respecto nacen en el Primer Informe Comisión de Constitución Cámara de Diputados de Fecha 06 de enero de 1998, Cuenta en Sesión 23, Legislatura 336, Boletín N° 1630-07-1, que da cuenta del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, informe presentado por la ministra del ramo de la época doña Soledad Alvear y asesorada por los profesores Raúl Tavolari y Cristián Riego. En cuanto al sistema recursivo contra las resoluciones judiciales el informe señala que:

“La sentencia que emita el tribunal del juicio oral es en única instancia, esto es, no es apelable, no es susceptible de ser revisada por un tribunal superior.

Básicamente, uno de los fundamentos principales de la apelación ha estado entre la inexperiencia del juez de primera instancia, unipersonal, y la mayor experiencia del tribunal superior, colegiado.

Un segundo criterio a favor de la doble instancia sería el del número de jueces, o sea, es habitual que se establezca un régimen de apelación desde un tribunal unipersonal para ante un tribunal colegiado, al cual se reconoce que da mayor garantía y tiene más experiencia.

En el sistema propuesto, esos argumentos no son válidos, dada la calidad del juicio que se propone. No cabe duda alguna de que si todas las pruebas se rinden en presencia del tribunal y las partes hacen sus alegaciones delante de éste, será el juicio mejor informado de todos, el más completo y garantista.” (Historia de la ley 19.696, p. 225). Idea que viene consagrada en el que se proponía como artículo 413, a saber:

Artículo 413.- Improcedencia de recursos en contra de la resolución que acoja el recurso extraordinario. La resolución que acoja el recurso no será susceptible de recurso alguno.

Este primer informe establece la discusión en cuanto al régimen recursivo, centrándose básicamente en qué tipo de recurso adoptar, en particular, la eliminación de la segunda instancia, y el cumplimiento o no del doble conforme. La eliminación de la apelación no fue pacífica o unánime, tuvo detractores quienes argumentaban que la eliminación de la apelación era inconstitucional “en la medida que priva al imputado del derecho de recurrir de apelación contra la sentencia pronunciada por el juicio oral por vulnerar las garantías del debido proceso de derecho, y los artículo 5° y 19 n° 3, de la Constitución Política y 8° n°2, letra h) y 28 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos” (Pereira, 1999, p. 21). Contrario a lo expuesto por el profesor Pereira se impuso la tesis que sostuvieron los profesores Riego y Tavolari que señalaron que “los tribunales internacionales han declarado que no se puede suprimir el derecho a un recurso, no se puede dictar un fallo en primera instancia sin que haya posibilidad de reclamar, pero esto no quiere decir que sea el recurso de apelación” (Pfeffer, 2010, p. 415-416)

Como lo dijimos el debate se centro en la doble instancia, y la eliminación de la apelación, dejando de lado el acceso al recurso o su limitación.

Como consecuencia del debate en la Cámara de Diputados, se optó por agregar un nuevo título para incorporar un recurso “Extraordinario” contra sentencia definitiva condenatoria del juicio oral, que se aparte manifiestamente y de manera arbitraria de la prueba rendida en la audiencia respectiva.

Si bien no hay mayor debate sobre establecer una cláusula de cierre a la posibilidad de impugnar, el proyecto sube al Senado con el artículo 413 dispone que la resolución que acoja el recurso no es susceptible de recurso alguno.

Posteriormente, el Senado decidió reformular el sistema recursivo, sustituyendo el recurso extraordinario y el de casación por el de nulidad, recurso que serviría para impugnar sentencias definitivas dictadas por el tribunal de juicio oral o de garantía en juicio simplificado, que sean dictadas con vulneración de derechos o garantías, o con errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Esta innovación tiene por objeto según lo señalan sus actas “dos objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico” (Historia de la ley, p. 1.166).

En lo que concierne a la garantía de recurrir, el trámite legislativo nos señala que “La Comisión tuvo en cuenta que, si bien la exigencia del artículo 8° del Pacto San José de Costa Rica con respecto al derecho de revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior no supone necesariamente una revisión de los hechos, requiere desde el punto de vista del condenado un recurso amplio, sin muchas formalidades, que facilite la revisión por parte del tribunal superior. Estructurar el recurso sobre la base de causales específicas expondría a vulnerar esa garantía, porque dejaría excluidas algunas materias que no podrían ser objeto del recurso” (Historia de la ley p. 1.166).

Como consecuencia del establecimiento del recurso de nulidad, desaparece el recurso extraordinario y el de casación, pero “varias disposiciones que regulaban el desechado recurso de casación se mantuvieron y fueron incorporados al recurso de nulidad, entre otras, los motivos absolutos de casación, que pasaron a configurarse como motivos absolutos de nulidad (art.374 CPP) y la competencia *per saltum* de la Corte Suprema para conocer del recurso (art. 376 CPP)” (Cortez, 2006, p. 33–34).

La norma del 413 sobrevivió a estos cambios legislativos, solo cambiando de título y numeral, llegando a ser el artículo 387 del CPP, que impide el acceso al recurso.

2. Constitucionalidad del artículo 387

En este punto corresponde realizar un examen de constitucionalidad al inciso 2° del artículo 387, teniendo en consideración la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 19, número 3°, el derecho al recurso como parte de su contenido, y a través de las normas internacionales incorporadas a nuestra legislación, ya mencionadas

La disposición en cuestión nos dice que:

“Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generalés.”

Como se puede apreciar, el artículo en cuestión contempla cuatro hipótesis normativas:

- La sentencia absolutoria del segundo juicio no es susceptible de recurso.
- La sentencia condenatoria del segundo juicio es susceptible de recurso, si la sentencia del primer juicio, el anulado, hubiese sido absolutoria.
- La sentencia condenatoria del segundo juicio no es susceptible de recurso alguno, si la sentencia en el primer juicio, el anulado, hubiese sido condenatoria y ;
- Respecto de la sentencia del tercer juicio oral, sea condenatoria o absolutoria, no hay posibilidad de recurso alguno en su contra.

Como podemos observar, desde el punto de vista del individuo sometido al poder del Estado, la primera y la segunda hipótesis no generan mayores conflictos. En ambas se llega a una decisión final absolutoria y, con ello, se protege el principio de que “el derecho al recurso es una garantía reconocida al individuo sometido a persecución penal y obviamente, no a la persona ficticia encargada de la persecución penal” (Arias, 2002, p. 169). Sin embargo, sobre este punto hay voces que cuestionan la interpretación restrictiva de la facultad de recurrir, en particular que este derecho esté concebido solo al encausado,

lo cual se traduciría en una abierta desigualdad, y en particular en nuestra legislación en una ilegalidad, toda vez que el artículo 360 del CPP le entrega aquella facultad tanto al Ministerio Público como a todos los demás intervinientes agraviados por una determinada sentencia definitiva, acotar la garantía al acusado o condenado nos podría llevar al “absurdo jurídico de llegar a consentir procesos en donde se lesiona el principio de contradicción o se desconocen oportunidades de prueba o de alegación o donde se infrinjan derechos determinados, con tal que todas estas situaciones no se concreten en lesiones a los intereses procesales del imputado, sino de los demás intervinientes y particularmente el MP” (Del Río Ferretti, 2014, p. 42).

La cuestión en este punto se torna incluso más compleja cuando se discute la legitimación que tendría el Ministerio Público por infracción de garantías fundamentales, específicamente el debido proceso. Quienes rechazan esa posibilidad entienden que los derechos y garantías fundamentales no son establecidos a favor del Estado, sino que como derecho individual reconocido a las personas para limitar el poder estatal (Duce y Riego, 2007, p. 523 y López, 2005, p. 404), además que “las garantías se le conceden al imputado en contra del Estado, sólo él puede recurrir por esta causal, sin que lo pueda hacer el Ministerio Público, ya que importaría que el Estado obtiene provecho de sus propias infracciones constitucionales” (Caroca Pérez, 2000, p. 265).

No nos extenderemos mucho en este punto, que tiene diversas aristas y posturas, pero sí diremos que en la historia de la ley el Ministerio Público incluso se quiso ir más allá de sólo tener derecho a recurrir. Se quería incluso que éste pudiera recurrir aunque no resultara agraviado (Pfeffer, 2010, p. 408). De manera bastante lúcida el legislador entendió que esto era un privilegio en desmedro de los demás intervinientes.

La tercera y la cuarta hipótesis antes reseñadas serán las que nos nutrirán de elementos para su análisis, toda vez que en ambas hipótesis, al aplicar este precepto colocan al condenado en la imposibilidad de recurrir contra la sentencia condenatoria.

En cuanto a la imposibilidad de recurrir de la sentencia condenatoria dictada luego de un primer juicio anulado también condenatorio, se coarta al condenado de la posibilidad de ejercer un recurso esencial dentro del nuevo proceso penal. Al vedar el ejercicio de este recurso, evita que un tribunal superior tenga la posibilidad de analizar “si en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente

derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales...” o bien si “se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho” por parte del tribunal inferior.

En teoría, un tribunal oral podría llevar a cabo un segundo juicio infringiendo todas las garantías del debido proceso sin que ello pueda ser remediado por ninguna instancia jurisdiccional, por la sola razón de haberse llevado a cabo un juicio oral con anterioridad, que por lo demás fue declarado nulo precisamente por haber incurrido en esa infracción.

La inconstitucionalidad de esta norma ha sido dejada en evidencia por la doctrina mayoritaria en nuestro país. Se ha dicho que “Estimamos que esta norma es claramente inconstitucional puesto que si en el nuevo proceso se vuelve a incurrir en un vicio de nulidad y se pretende mantener ese fallo al impedir toda impugnación a su respecto nos encontramos ante una norma legal que viola el racional y justo procedimiento conforme al cual debe desarrollar el debido proceso” (Mosquera y Maturana, 2010, p. 382, en el mismo sentido Carocca, 2000, 276; Horvitz, 2005, 9-25, López, 2005, 445-447).

Otros, con mayor énfasis, manifiestan respecto a la norma en estudio que “es inaceptable, y el artículo que malamente quiso aplicar la filosofía del doble conforme, explicada al principio de este trabajo, vulnera flagrantemente el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecido que ambos conceden recurso al condenado, con entera prescindencia de si sobre la materia hubo antes o no otra sentencia condenatoria. Confío en una pronta modificación de esta desafortunada disposición” (Tavolari, 2005, 407-408).

Así también lo señala el profesor Maturana “Es claramente inconstitucional, puesto que si en el nuevo proceso se vuelve a incurrir en un vicio de nulidad y se pretende mantener ese fallo al impedir toda impugnación a su respecto, nos encontramos ante una norma legal que viola el racional y justo procedimiento conforme al cual debe desarrollarse el debido proceso” (Mosquera y Maturana, 2010, p. 268).

La imposibilidad de recurrir sobre una sentencia condenatoria, no solo deja de manifiesto una conculcación grave del acceso al recurso sino que deja la puerta abierta para otras situaciones iguales o más graves para el condenado.

2.1. Reformatio in peius

Pensemos en una sentencia condenatoria que se anula a través del recurso de nulidad, ordenándose un nuevo juicio. En este segundo juicio oral se celebra y se vuelve a condenar al acusado, pero esta vez el tribunal le impone una pena mayor que la determinada en el primer juicio. En definitiva, el problema se reduce a si la condena de este segundo o tercer juicio oral puede imponer una pena mayor que la sentencia anulada.

Normativamente en nuestro código adjetivo no existe norma que venga a restringir el pronunciamiento sobre la condena en este nuevo juicio. Es más, nuestra legislación cuando ha querido prohibir la reformatio in peius, lo ha hecho claramente como en el artículo 360 inciso 3° del CPP, en donde señala que “Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente”. Al tenor de la norma podemos entender que se pone en el caso que el tribunal que conoce del recurso, anule la sentencia recurrida y dicte una de reemplazo, de la mano con la aplicación del artículo 385 del CPP, que establece los casos en que el tribunal ad quem puede dictar una sentencia de reemplazo, “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.” (Aguilar, 2012, p. 50).

Esta posibilidad, que en el nuevo juicio no se pueda recurrir nos coloca en dos hipótesis que a la luz de la posibilidad de la reformatio in peius latente irroga graves consecuencias al condenado a saber:

Hipótesis 1: Sentencia dictada en el primer juicio oral condena de tres años y un día. El condenado recurre, acogen el recurso y se anula el juicio, se celebra un nuevo juicio, se vuelve a condenar, pero esta vez se condena a 5 años, sin posibilidad de recurrir de esta segunda sentencia.

Hipótesis 2: Sentencia dictada en el primer juicio oral, condena de tres años y un día, recurre el Ministerio Público o el querellante, acogen el recurso, se anula el juicio, se celebra un nuevo juicio, se vuelve a condenar, pero esta vez se condena a 5 años, sin posibilidad de recurrir de esta segunda sentencia.

No es problema en este análisis el desmejorado resultado en el segundo juicio, desde el punto de vista del condenado, sino que para nuestro estudio la consecuencia que tiene el hecho que, la condena, la segunda o tercera, más intensa, no sea susceptible de recurso alguno. Un rechazo mayor produce el hecho que durante el proceso puede que el imputado no haya ejercido en ningún momento el derecho a recurrir, y haya estado sometido a dos juicios, y en el segundo el resultado haya sido más perjudicial que el primero, pero la ley, frente a la condena del segundo le impide impugnar esa segunda condena.

Para defender la reforma en perjuicio hay texto de ley, y además, alguna armonía lógica en sus argumentos al señalar “Si aceptáramos como postura o como principio la prohibición de la reforma peyorativa en el juicio de reenvío, le estamos poniendo un límite al tribunal oral para el segundo juicio, lo que desde mi punto, de vista inaceptable, porque estaríamos otorgando en un efecto ultractivo a la sentencia anulada” (Aguilar, 2012 p. 51).

Pero desde el punto de vista del derecho al recurso, el acceso al mismo, no hay lógica alguna. Esta situación embaraza al condenado, pues ocurre 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 no pueda impugnar esa sentencia por haber sido condenado en ambos juicios (Barrientos, 2012, p. 59). Es claro a nuestro parecer que no solo la posibilidad de no poder recurrir del inciso 2º del artículo 387, infringe la facultad recursiva del condenado, sino que unido la posibilidad clara de que el resultado del segundo juicio sea aun más perjudicial, hace de esta combinación de normas un atentado grave al derecho a recurso en nuestra legislación.

Como podemos observar la actual normativa coloca al condenado en la incómoda posición de tener que optar entre una condena segura, la del primer juicio, o de recurrir, pero con la incertidumbre de que en el segundo juicio el resultado sea aún más perjudicial, pero esta vez sin derecho a impugnar esta última sentencia. Lo que trae la extraña consecuencia para el condenado, que el acceso al recurso contra la sentencia dictada en el primer juicio también se encuentra condicionado frente a la suerte que pueda correr en el nuevo juicio.

3. Salidas prácticas

Como podemos inferir no será de poca frecuencia que el condenado se vea en la posición de no poder recurrir, bien sea contra la sentencia pronunciada en el juicio de reenvío, cuando el resultado en ambos es condenatorio, o cuando arribamos a la hipótesis de un tercer juicio, sin posibilidad de impugnación alguna. Es en esas hipótesis que los operadores del sistema enfrentados a la realidad del inciso 2° del 387 del CPP, han buscado vías de escape, o soluciones a esta traba impuesta por el legislador para poder impugnar. De esa manera y con el devenir de nuestra reforma procesal penal, el foro ha explorado básicamente dos medios para obtener una revisión de aquella sentencia: la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el recurso de queja.

3.1. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley

El Tribunal Constitucional es el órgano público llamado a velar por la supremacía de la Constitución Política de la República, realizando un control a solicitud de parte, sobre la inaplicabilidad de una norma por ser contraria a la Constitución. Este control se realiza a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley y que consiste en un “control de constitucionalidad que debe ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce de la causa ante el Tribunal Constitucional, y que pretende obtener en un proceso principal por adhesión se declare inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución para la resolución de un asunto judicial pendiente ante un Tribunal ordinario o especial”(Mosquera Maturana, 2010, p. 513).

Es en este contexto que no han sido pocas las veces que se ha solicitado al Tribunal Constitucional su pronunciamiento sobre la constitucionalidad el artículo 387 inciso 2° del CPP.

El pronunciamiento en general del Tribunal no ha sido de fondo, a pesar de ello se ha sostenido que “respecto a la constitucionalidad del artículo 387, eso ya se encuentra zanjado por el Tribunal Constitucional, en el sentido que dicha norma es constitucional (...) 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”(Aguilar, 2012, p.52).

Pero entendiendo que la constitucionalidad de la norma viene dada por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional diremos que hay voces que no dan por inmutables estos pronunciamientos, ya que a la luz de un fallo del año 2008, “uno donde hay un pronunciamiento más de fondo, da a entender (el tribunal constitucional) que 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.”(Bofill, 2012, p. 57)

Esto último es importante a la luz de los fallos que analizaremos toda vez que el Tribunal Constitucional ha evitado pronunciarse sobre el fondo de la constitucionalidad del artículo 387 escudándose en los requisitos de la acción de inaplicabilidad establecidos en la Constitución en particular, la denominada gestión pendiente, así el artículo 93 n°6 señala “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.

Con esta normativa, más el 387 inciso segundo, el Tribunal Constitucional ha estimado que una vez leída la sentencia del segundo o tercer juicio penal, al no existir posibilidad de recurso alguno, no existe gestión pendiente, y por ende este ha sido la válvula de escape para evitar un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 387.

Dos casos son emblemáticos en este tema: el caso Tocornal y el de Aarón Vásquez.

3.1.a. Caso Tocornal

Jorge Tocornal Babra fue denunciado por su ex cónyuge por la comisión de una serie de abusos de connotación sexual en la persona de sus hijos. Tras ser formalizado y acusado por los delitos señalados, se llevó a cabo el primer juicio oral en su contra. Producto de aquel, Tocornal fue encontrado culpable y condenado. Su defensa, entonces, presentó un recurso de nulidad ante la Corte Suprema. Esta magistratura, con fecha 16 de enero de 2007, anuló el juicio en cuanto consideró que el tribunal oral no había efectuado una adecuada interpretación de las pruebas presentadas en el juicio.

Tras esta declaración de nulidad, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 387 del Código Procesal Penal, se procedió a realizar el segundo juicio oral en contra de Jorge Tocornal. El 30 de marzo de 2006, el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago dictó veredicto condenatorio en contra del acusado, hallándolo culpable de los delitos referidos en los mismos términos que el primer juicio, 13 años de cárcel.

Entre la dictación del veredicto y la lectura de la sentencia que la defensa del condenado Tocornal presentó el 4 de abril un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, solicitando se declarara la inaplicabilidad del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal. Dicha norma impedía al condenado ejercer recurso alguno ante un tribunal superior.

Esta presentación dio origen al expediente rol No 764-07, el cual dentro de sus fundamentos establecía que la limitación establecida por el artículo 387 era ilegítima debiendo declararse su inaplicabilidad por inconstitucionalidad ya que contravenía el debido proceso consagrado en el entonces inciso 5° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

Para fundamentar el carácter decisorio del precepto, la defensa señaló que “a pesar de tratarse de una resolución que no ha sido dictada, cuyo contenido o fundamento se desconoce por completo, sucede que don Jorge Tocornal B. está, al día de hoy, completamente impedido de impugnar la sentencia condenatoria que se dictó en su contra, precisamente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 387 inciso segundo del código procesal penal”

El Ministerio Público solicitó en la oportunidad procesal su rechazo porque “no existiría gestión pendiente, en la medida que el recurso presentado era improcedente y porque la norma impugnada no tendría carácter decisorio, porque si el recurso fuese acogido, el resultado de la nulidad interpuesta ante la Corte Suprema tendría un resultado incierto, que no influiría necesariamente en el asunto de fondo a resolver por el máximo tribunal”.

El recurso fue interpuesto con fecha 4 de abril, proveído el 9 del mismo mes, solicitando se allegaran certificado del estado de la causa. Ese mismo 9 de abril fue la lectura del fallo.

Tras allegarse el certificado del estado de la causa, el 11 de abril el Tribunal dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso en cuestión. Para ello se basó en dos argumentos:

- a) “No existía gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial en la cual pudiera recibir aplicación el inciso segundo del artículo 387 del CPP”. En efecto, el Tribunal Constitucional entendió que la resolución impugnada se encontraba ejecutoriada tras su lectura y notificación, el día 9 de abril; y
- b) Sumado a lo anterior, el Tribunal Constitucional entendió que “tampoco se cumple la exigencia constitucional según la cual la aplicación del precepto legal (...) pueda resultar decisiva en la resolución del asunto de que se trata (...) La norma legal invocada **no tiene incidencia sustantiva en gestión que ha motivado la interposición de la acción**, atendida la naturaleza de la misma, esto es, que se trata de un juicio criminal que versa sobre los delitos aludidos en el considerando primero”

El Tribunal rechaza el recurso en definitiva por no existir gestión pendiente y falta de naturaleza decisoria del precepto impugnado.

Tras el fallo del TC, el recurrente trató de generar una “gestión pendiente” que le permitiera interponer un nuevo recurso. Así, el 19 de abril interpuso ante la Corte Suprema un recurso de nulidad en contra de la sentencia leída en la audiencia del tercer tribunal oral en lo penal de Santiago de fecha 11 de abril.

En esta ocasión, la defensa solicitó la nulidad de la sentencia en cuestión por cuanto existirían vicios técnicos tanto en el procedimiento del juicio oral como en la sentencia

misma. Los mismos decían relación, básicamente, con la ausencia de ciertas garantías procesales. Entre ellas destacaban la infracción del principio de contradictoriedad –en la medida que sus probanzas no fueron consideradas por el tribunal– así como del principio de lógica interna propio de toda sentencia.

El mismo 19 de abril se presentó una nueva petición de inaplicabilidad, solicitando nuevamente la inaplicabilidad del artículo 387 inciso segundo del CPP. Los argumentos de la recurrente fueron:

- a) La existencia de una infracción a la garantía constitucional del “debido proceso”, toda vez que a un condenado le era imposible interponer recursos respecto de una sentencia en que fuere gravemente afectadas sus garantías constitucionales;
- b) En esta oportunidad intento atacar el argumento anteriormente utilizado por el TC en el sentido que la norma impugnada no era decisoria en la cuestión. Señalando que de ser declarado inaplicable, podría la defensa presentar un recurso que “incluso, podría llevar a la revocación de la sentencia impugnada y la subsecuente y completa anulación del juicio y de la sentencia recaída en él

El Ministerio Público vuelve a solicitar su inadmisibilidad por argumentos similares a los de la primera presentación.

Con fecha 26 de abril, el secretario del Tribunal certificó el estado procesal del recurso de nulidad presentado por la recurrente. Pues bien, el tribunal a quo –esto es, el mismo tercer tribunal oral en lo penal de Santiago– declaró inadmisibile el recurso presentado el mismo día 26. El fundamento esgrimido por el tribunal fue, precisamente, la existencia de la norma impugnada que impide la presentación de un recurso de nulidad contra una sentencia condenatoria recaída en un segundo juicio oral.

Con fecha 2 de mayo se procedió a declarar la inadmisibilidad del recurso presentado por la defensa de Tocornal. Esta vez, tan solo fundó su resolución el Tribunal en la inexistencia de una “gestión pendiente”, no entrando al análisis acerca del carácter “decisivo” del precepto cuya constitucionalidad era cuestionada.

3.1.b. Caso Aarón Vásquez

Tras un incidente verbal ocurrido en una plaza de la ciudad de Santiago, Aarón Vásquez golpeó con un bate de béisbol al ciclista Alejandro Inostroza. Todo ello ocurría en octubre de 2006. Aarón Vásquez fue formalizado, en primer lugar, por el delito de lesiones gravísimas, graves y menos graves en la persona de Inostroza. Sin embargo, al fallecer aquel poco tiempo después, se le reformalizó por el delito de homicidio calificado.

Finalizado el juicio oral, Vásquez fue condenado el 28 de julio de 2007 por la comisión del delito de homicidio simple. El Ministerio Público dedujo recurso de nulidad contra esta sentencia, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, fundada en que los antecedentes del caso configuraban una hipótesis de homicidio calificado, anulando el juicio y ordenando que se realizare uno nuevo, conforme con lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Penal.

La sentencia en el nuevo juicio oral agravó la pena de Vásquez, al ser condenado por el delito de homicidio calificado a una pena de siete años de presidio. En esas circunstancias, la defensa de Vásquez presentó un recurso de nulidad para ser conocido por la Corte Suprema, presentando a su vez una acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, en la que se pedía que se declarara la inconstitucionalidad concreta del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.

En cuanto el recurso de nulidad, el tribunal a quo, al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de nulidad, calificó la primera sentencia como “absolutoria”, en la medida que lo “absolvía del delito de homicidio calificado (...) en cambio, se le condenaba a sufrir la pena de tres años de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social...”. Así, se dieron por existentes los presupuestos necesarios para declarar admisible un segundo recurso de nulidad.

Al contrario de lo que ocurrió en el caso Tocornal en esta ocasión el Tribunal Constitueional se pronunció por el fondo del artículo 387 inciso 2º, en el siguiente sentido:

“Que la inaplicabilidad es un sistema de control de constitucionalidad concreto y concentrado, (...) Por lo tanto, no es en esta sentencia donde corresponde reflexionar acerca de la bondad del sistema procesal penal en Chile y, por ende, se limitará a resolver, como

ya se dijera anteriormente, acerca de si el precepto impugnado atenta o no en su aplicación contra las garantías del debido proceso, en la medida que niega el derecho a recurrir;

VIGÉSIMO SEGUNDO: (...) Estamos frente a un proceso penal en el cual hubo derecho a recurrir, pues la sentencia era objetivamente agravante, mas no lo hizo el condenado, como dice el requerimiento, puesto que estimó que subjetivamente no lo era, con lo cual al no impetrar la nulidad del proceso o la sentencia y, por esa vía, ampliar la competencia específica del tribunal señalado por la ley como llamado a decidirlo, limitó sin duda su derecho a la defensa, por un acto propio y no porque la ley haya contravenido a la constitución;

VIGÉSIMO TERCERO: Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo.

Esta norma, cuya constitucionalidad in abstracto no está sometida a examen, en su aplicación al caso concreto, que es lo único que ahora se puede decidir, no genera disconformidad entre su aplicación y la Carta Fundamental y, además, deja a la Corte Suprema, interpretándola y según la calificación de la primera sentencia, la posibilidad de invalidar el juicio y la sentencia respectiva y realizar un nuevo juicio o dictar una de reemplazo”.

Cuesta entender el razonamiento del Tribunal pero intentemos desentrañar el razonamiento tras este fundamento:

- En el primer juicio oral, el condenado Aarón Vásquez no recurrió de nulidad respecto de la sentencia. Quien recurre es el Ministerio Público, porque la condena era menor a la solicitada;
- La sentencia dictada en el segundo juicio oral agravó la pena impuesta al condenado Vásquez en la sentencia anulada, al cambiar la calificación de los hechos. Esta sentencia es la que le ocasionaba un perjuicio o agravio;
- No obstante la declaración de admisibilidad del recurso de nulidad por parte del tribunal oral en lo penal, el sostenimiento del mismo requería la declaración de inaplicabilidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal;

- . El Tribunal rechazó el recurso señalando que, en la práctica, había sido el propio condenado quien había renunciado a ejercer el recurso de nulidad, cuando tras la primera sentencia no lo hizo.

Lo primero que cabe cuestionarse es de dónde nace la obligación de Vásquez de recurrir de una sentencia que no le causa agravio. El perjuicio nace con la dictación de la segunda sentencia, no antes. ¿Cómo recurrir de la primera sentencia si no existe el principal de los requisitos que legitima la interposición de un recurso, el agravio? Con este razonamiento pareciera que el Tribunal nos quiere dar a entender que en definitiva quien se colocó en la posición de desmedro fue el propio Vásquez y su defensa, y no la norma del 387 quien extingue su facultad de recurrir.

Creemos que es en uno de los considerandos finales donde realmente el fallo entrega un fundamento constitucional de fondo al señalar:

“CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que debe reiterarse que las necesidades de certeza y seguridad jurídica son inherentes a la resolución de conflictos por medio del proceso, en lo que se basa la preclusión de la impugnabilidad de las sentencias, frente a lo cual se está en la especie.

En este sentido cabe señalar que, desde la perspectiva ya analizada, toda sentencia, en algún momento, es agravante para una de las partes, específicamente para la parte vencida, y si el agravio implicara que siempre debe haber un recurso que lo remedie, **el proceso nunca podría tener fin.**

Hace fuerza a esta argumentación que la propia Carta Fundamental, en su artículo 76, **prohíbe “hacer revivir procesos fenecidos”**, con lo cual resulta obvio concluir que la Constitución Política ha estructurado el ejercicio de la jurisdicción reconociendo expresamente la fundamental premisa de la necesidad del fin del proceso como forma de solución real y definitiva de los conflictos”.

La sentencia del Tribunal Constitucional, pese a que los contenidos del derecho al debido proceso integran en su contenido el derecho a la revisión del fallo por otro tribunal igualmente independiente e imparcial que consideran tanto la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, no integra dicho contenido al parámetro de control de

constitucionalidad, en contradicción con su sentencia sobre responsabilidad penal juvenil que sí integró al parámetro de control de constitucionalidad la Convención de Derechos del Niño. En el caso de la sentencia comentada el Tribunal Constitucional no tuvo en consideración la doctrina emanada de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los alcances del derecho al recurso y la calidad del recurso (Nogueira, 2008, p. 408).

Es evidente que lo que por sobre la garantía a recurrir existe un valor superior que es la certeza jurídica y evitar el juicio interminable, son argumentos ilegítimos frente a la cláusula de garantía que esa regla (los tratados) le atribuye al derecho al recurso” (Maier, 2003 p. 733).

Pero este fallo es rico no solo por haber entrado al fondo de la discusión del artículo 387 sino también porque nos entrega un voto de minoría que abre esperanzas para un debate más enriquecedor en esta materia, el cuál en sus considerandos más importantes señala:

“16o.- Si se coloca de un lado el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, se comprueba el carácter esencial de la norma que protege el derecho fundamental, garantizado por la Constitución y los tratados internacionales, de resguardar su libertad. La simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales. El medio escogido no es congruente con su supuesta finalidad y representa la exclusión de derechos subjetivos trascendentales”

“17o.- En efecto, el fallo que acoge el recurso de nulidad anula la sentencia y el juicio oral, provocando la realización de un nuevo juicio. Si es nulo aquello que no produce efecto y la nulidad procesal “es la sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales realizados con falta de alguno de los requisitos previstos por la ley para su validez” (Colombo Campbell, Juan, Los Actos Procesales, tomo II, página 390), la sentencia de nulidad del fallo y juicio oral primitivos acarrea su ineficacia, la ausencia de efecto alguno y, por ende, su fenecimiento.

El voto disidente de los ministros señores Vodanovic, Fernández Baeza y Correa realizan un adecuada aplicación e interpretación de la Constitución y Tratados internacionales, consideran que la norma impugnada es inaplicable por

inconstitucionalidad, ya que no cumple el estándar del principio de proporcionalidad ni de razonabilidad, que el derecho al recurso contempla los contenidos definidos por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y la Convención de Derechos del Niño, los cuales integran el parámetro de control de constitucionalidad de los preceptos legales (Nogueira, 2008, p. 408).

Respecto del fallo el considerando 17°, realiza un interesante reflexión, al concluir, que una vez anulado el primer juicio oral, a este no se le puede dar efecto alguno en la vida jurídica, no puede ser el antecedente del segundo juicio, o la primera condena no es la “precuela” de la segunda sentencia, para la vida del derecho una vez invalidada tanto la sentencia como el juicio, esto no existieron para la vida jurídica, por tanto la sentencia dictada en el segundo juicio, no es la segunda sentencia, es solo la sentencia, por tanto no sería plausible que mi facultad de recurrir este de la mano con un juicio o con un acto procesal declarado nulo y de ningún valor.

Importante me parece el voto de minoría al señalar sobre el punto impugnado, que “el derecho al recurso por parte del condenado no se agotó al no ejercerlo en la primera sentencia, ya que en primera instancia no se le produjo agravio al aceptar el ilícito calificado como homicidio simple y la pena inherente, produciéndose el agravio por la segunda sentencia después de haber anulado la primera, al calificarse el delito de homicidio calificado u aumentar la pena, respecto de la cual no tenía derecho al recurso. Además de plantear que el derecho al recurso es un recurso ordinario y no uno de aplicación excepcional y de carácter puramente disciplinario, no cumpliendo el estándar de un recurso sencillo y expedito, haciendo referencia directa a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2004 (Herrera Ulloa con Costa Rica).” (Nogueira, 2008, 408-409)

3.2. Recurso de queja

Debemos partir señalando que por recurso de queja entendemos el acto jurídico de parte que se ejerce directamente ante el tribunal superior jerárquico y en contra el juez o jueces inferiores que dictaron en un proceso del cual conocen una resolución con falta o abuso grave, solicitándole que ponga pronto remedio al mal que motiva su interposición

mediante la enmienda, revocando o invalidando aquella, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones disciplinarias que fueren precedentes por el pleno de ese tribunal respecto del juez o jueces recurridos” (Mosquera y Maturana, 2010, p. 389).

En este sentido es un recurso extraordinario, que solo procede contra sentencias definitivas o interlocutorias que pongan termino al juicio o hagan imposible su continuación, contra las cuales no proceda recurso alguno y que se hayan dictado con falta o abuso grave, y que busca la enmienda, invalidación o revocación de la resolución impugnada, además de sanciones disciplinarias para el juez o jueces que la distaron.

La primera discusión que nace es si la sentencia que recae sobre el recurso de nulidad y la de reemplazo que eventualmente se dicte es sentencia definitiva o interlocutoria, de aquellas que señala el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil. Es unánime en la doctrina que el recurso de nulidad no viene a resolver incidente alguno y que tampoco es instancia, “puesto que la única instancia que existe es la que se produce ante el tribunal del juicio oral en lo penal o ante el juez de garantía en su caso” (Arias, 2002, p. 162).

Esta primera distinción es importante, saber cuál es la naturaleza de la resolución del recurso de nulidad o de la sentencia de reemplazo, toda vez que de ello derivará entre otras cosas la posibilidad de que medio impugnatorio se puede ejercer en su contra. Tampoco nos entrega mayores luces el Código Procesal Penal en cuanto sigue la misma clasificación tradicional del 158 del CPC, por aplicación del artículo 52 del CPP.

Estas normas son las que se aplican en el proceso penal, son estas las que nos permiten clasificar las resoluciones judiciales y al tenor de lo expuesto parece claro que la sentencia que resuelve el recurso de nulidad no resuelve una instancia, y qué decir de la sentencia de reemplazo “que no ha hecho más que poner fin al recurso de nulidad y no ha puesto término a una instancia que no se ha producido por mucho que con su pronunciamiento, obviamente, se ha puesto término al juicio, concepto que rebasa la definición legal de sentencia definitiva” (Arias, 2002, p. 162).

Así las cosas es claro en el análisis normativo, que tanto la resolución que se pronuncia por un recurso de nulidad, como la eventual sentencia de reemplazo que se pueda dictar no caben dentro de la clasificación del artículo 158 del CPP y en consecuencia tampoco serían resoluciones susceptibles de ser impugnadas a través del recurso de queja.

De la misma manera ha fallado la Excelentísima Corte Suprema al decir que “la sentencia que acoge el recurso de nulidad y que no supone sentencia de reemplazo no constituye definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación” (Rol 5.548-2004, entre muchas otras).

De la misma manera causa rol N° 5306-03, Segunda Sala del máximo tribunal, integrada por los ministros Enrique Cury, José Luis Pérez, Milton Juica y los abogados integrantes Fernando Castro y Emilio Pfeffer que señala que “. . . la naturaleza jurídica de la resolución que se pronuncia sobre un recurso de nulidad y lo dispuesto en los artículos 387 del Código Procesal Penal y 545 del Código Orgánico de Tribunales, se declara improcedente el recurso de queja. . . ”.

Pero esta restricción y traba para interponer el recurso de queja, la clasificación de las resoluciones judiciales se ha ido relativizando “planteándose la existencia de resoluciones sui generis que difícilmente encajan en la división legal. La distinción está en la ley y sigue teniendo importantes consecuencias, como lo son, entre otros requisitos formales de cada una; los recursos contra una u otra.” (Tavolari, 2005, p. 166).

Seguro a esta altura podemos señalar que la resolución que resuelve un recurso de nulidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 387, no es susceptible de recurso alguno y con ello se satisface uno de los requisitos que establece el legislador para interponer un recurso de queja.

Pues bien, en esta discusión, qué clase de resolución se entiende que es la que resuelve un recurso de nulidad, claro es, que es una resolución que pone término al juicio y hace imposible su continuación.

Así se puede llegar a permitir la interposición del recurso de queja, y esta sería “la única forma coherente de entender subsistente el recurso de queja es como un medio excepcional que se otorga al imputado agraviado por esa sentencia de término, Esta afirmación fluye de considerar que el derecho al recurso es una garantía reconocida al individuo sometido a persecución penal y, obviamente, no a la persona ficticia encargada de la persecución penal.”(Arias, 2002, p. 169)

A continuación veremos algunas sentencias que acogen tesis de admisibilidad del recurso de queja:

Rol N° 1386-02, Segunda Sala el 10 de julio de 2002, que " si el Tribunal que conoce el recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal altera los hechos que fueron determinados por el Tribunal del Juicio Oral, incurre en falta o abuso grave, ya que desnaturaliza el sentido del nuevo proceso penal, transformando arbitrariamente la nulidad en una verdadera segunda instancia, ajena al espíritu del referido procedimiento. Y esta falta o abuso es susceptible de ser enmendada mediante el recurso de queja a que se refiere el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, dado que se la comete en una sentencia que pone término al juicio, sin que nada diga contra ello lo preceptuado en el artículo 387 inciso primero del Código Procesal Penal, puesto que aquí se trata de un recurso que tiene por objeto el ejercicio de la facultad disciplinaria de esta Corte, la cual indudablemente se encuentra siempre vigente también respecto de los tribunales que intervienen en el nuevo procedimiento. . . ".

Rol N° 37-2004, Segunda sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Enrique Cury, Milton Juica, Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Emilio Pfeffer y Luz María Jordán, el 21 de septiembre de 2004, ". . . el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales hace procedente el recurso de queja, cuando en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, incurran en faltas o abusos graves, arbitrio que corresponde acoger en este caso, puesto que como se ha señalado los jueces recurridos han procedido a acoger un recurso de nulidad, por estimar la existencia de una errónea aplicación de la ley, cuando el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, frente a los hechos demostrados que eran claramente delictivos, con apego a la ley sustancial, condenó al imputado por su conducta abusiva sexual cometida en contra de una víctima privada de sentido y sólo con infracción a los deberes que le son propios para decidir una cuestión jurídica, han dejado aquellos jueces de aplicar la ley a un caso especialmente previsto en ella, con lo cual se da el requisito material que exige la ley para que por la vía disciplinaria se enmiende el mal que ha provocado tan injusta sentencia y le ponga pronto remedio. . .

Lamentablemente estas sentencias fueron al parecer de manera pasajeras una interpretación garantista de nuestros Tribunales toda vez que la jurisprudencia posterior ha sido en el sentido contrario a saber:

Rol 3233-05, Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada esta vez por los ministros Enrique Cury, Nibaldo Segura, Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Manuel Daniel y José Fernández, autos, señaló que ". . . sentencia definitiva es aquella que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, e interlocutoria la que falla un incidente del mismo estableciendo derechos permanentes a favor de las partes o resuelve sobre un trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, según las define el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil.

La naturaleza procesal del recurso de nulidad no constituye propiamente la apertura de instancia, toda vez que el artículo 63 N° 1 letra a) del Código Orgánico de Tribunales, dispone que debe ser conocido en única instancia. Tampoco constituye cuestión accesoria del juicio oral, requisito especial que define lo que es una sentencia interlocutoria.

Conforme a lo relacionado, la naturaleza de la resolución que decide sobre un recurso de nulidad es de carácter especial, diferente de las señaladas, de modo que no resulta procedente un recurso de queja en su contra, sin perjuicio de las facultades disciplinarias privativas de los Tribunales Superiores. . . ."

El mismo criterio y con los mismos argumentos, se pronunció la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los ministros Alberto Chaigneau, Enrique Cury, Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Fernando Castro y Emilio Pfeffer, en sentencia dictada el 31 de agosto de 2005, autos Rol N° 4079-05.

Lo destacable de estas últimas dos sentencias es que si bien, señalan que el recurso de queja es improcedente en contra la resolución que resuelve un recurso de nulidad, deja abierta la puerta para una revisión a través de las "facultades disciplinarias privativas de los Tribunales Superiores", por lo que podemos concluir que podría realizarse una revisión a través de la queja disciplinaria, y a través de la actuación de oficio.

Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo de las resoluciones de nuestra Excelentísima Corte Suprema, se orientan de manera clara en contra de acoger como medio de revisión el recurso de queja, pero con un voto de minoría constante a su favor como medio de impugnación, realizando un armónico desarrollo de ideas, entre el derecho interno y los tratados internacionales, realizando una aplicación a favor del derecho al recurso.

Rol 22.366 de 2014, de fecha 20 de agosto de 2014:

“Que la sentencia que se pronuncia sobre un recurso de nulidad no constituye instancia de modo que no comparte la naturaleza de aquéllas resoluciones que hacen procedente el recurso de queja; a lo que cabe agregar que de conformidad a lo prevenido en el artículo 387 del Código **Procesal Penal** contra dicha resolución, no procede recurso alguno.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara inadmisibile el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 1.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr.

Dolmestch, quien estuvo por acoger el recurso a tramitación, por los siguientes fundamentos:

1) Que el artículo 63, N° 1°, letra b), del Código Orgánico de Tribunales, prescribe que las Cortes de Apelaciones conocerán en única "instancia" de los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley **procesal penal**; 2) Que, si bien el cuanto si bien el artículo 387 del Código **Procesal Penal** dispone que la resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, en la especie se configura exactamente uno de los extremos de procedencia del recurso en comento, establecidos en el inc.

1° del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, al no ser la sentencia de la Corte de Apelaciones que rechaza el recurso de nulidad susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

3) Que entre ambos preceptos, esto es, artículo 387 del Código **Procesal Penal** y 545 del Código Orgánico de Tribunales, debe privilegiarse este último, ya que su aplicación es preferente por tratarse de una norma especial propia.

4) Que, a mayor abundamiento, el artículo 8°, N° 2°, letra h), del Pacto de San José de Costa Rica, suscrito por Chile, asegura a toda persona inculpada de delito, como una de las garantías mínimas del proceso, el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, con mayor propiedad aún si se denuncian faltas o abusos graves.

No obstante que este derecho no se contempla expresamente en nuestra Carta Fundamental, resulta igualmente obligatorio, en razón a que los pactos internacionales ratificados por nuestro país y en actual vigencia, ostentan un rango superior al de una ley, en virtud de lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, cuando como el precitado, se refieren "a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Criterio que se mantiene en los roles de la Excelentísima Corte Suprema: 22.537 de 2014, 22.420 de 2014 y 22430 de 2014.

Si bien importante es conocer la opinión de nuestra Corte Suprema, contraria a aceptar el recurso de queja como vía de impugnación, para nuestro estudio tiene aún mayor relevancia la jurisprudencia de nuestras Ilustrísimas Corte de Apelaciones. Será en esa sede donde podemos ver de manera más clara cuál es la aplicación que hace nuestra magistratura del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal.

La tendencia mayoritaria en este punto es al rechazo de la posibilidad, dado el tenor del artículo 387 que parece ser imperativo en el cierre de esta posibilidad. En esta línea, con un desarrollo argumental interesante, encontramos la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Concepción de 4 de febrero de 2014, que sostiene:

“PRIMERO: Que, es del caso que el artículo 387 del Código Procesal Penal establece la improcedencia de recurso alguno en contra de la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad, salvo que la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, caso en que procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generales.

En el caso de autos, hubo una sentencia condenatoria, anulada por esta Corte al acogerse un recurso de nulidad intentado por el condenado y ahora quejoso. En el nuevo juicio oral se condenó nuevamente al acusado, por quien ahora se recurre de queja. Luego, resulta plenamente aplicable la norma ya citada, que hace improcedente recurso alguno en contra de esta segunda sentencia condenatoria. Dicha inimpugnabilidad alcanza también al recurso de queja contemplado en los artículo 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales,

teniendo para ello presente lo que ha dispuesto el constituyente en el artículo 82 de la Constitución Política del Estado, conforme al cual corresponde al legislador establecer los casos y la forma en que los Tribunales Superiores pueden enmendar, por la vía disciplinaria, lo decidido jurisdiccionalmente por los restantes Tribunales, lo que en sede procesal penal se traduce en el artículo 387 del Código Procesal Penal, que cierra toda posibilidad en tal sentido, dado los presupuestos contemplados en la citada norma legal”.

Seguidamente, se hace cargo de derecho al recurso:

“Lo anterior tampoco resulta contrario a las obligaciones contraídas por el Estado Chileno al adscribir a tratados internacionales que establecen el derecho al recurso, como una posibilidad de que las decisiones de un Tribunal sean revisadas por otro, ya que ello se ha dado con plenitud en el caso de autos, desde que la primera sentencia condenatoria dictada en el juicio oral en lo penal de Cañete, fue revisada por esta Corte y anulado tanto el fallo como el juicio. Luego, verificado un nuevo juicio oral en lo penal, ha resultado nuevamente condenado el acusado Saez Saez. La normativa internacional establece el derecho al recurso y no el derecho a una sentencia favorable a las pretensiones de una de las partes. En el caso de autos, la revisión del fallo, en cumplimiento del derecho al recurso, ya se ha materializado. Una interpretación contraria nos llevaría a la falta de certeza jurídica” (rol 65-2014).

La Ilustrísima Corte lo que nos señala, es que no hay vulneración alguna al derecho al recurso, toda vez que el ejercicio del mismo ocurrió, es más, que la propia Corte anuló el primer juicio, y en el nuevo juicio, se volvió a condenar. Admitir el recurso de queja, sería ir en contra de la normativa interna que no esta en pugna con los tratados internacionales, dando un valor a la certeza jurídica, que sería aquello que protege el legislador en el artículo 387.

Este razonamiento no lo compartimos, toda vez que creemos que se mezclan dos conceptos, el acceso al recurso o la posibilidad de impugnar, y lo que denomina en su fallo “el derecho a una sentencia favorable”, que es lo que buscaría el condenado con la interposición de un recurso.

Aunque minoritarias, hay otras sentencias que apuntan en el sentido contrario. La I. Corte de Valparaíso ha dicho que:

“VIGESIMO: Que según lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de queja tiene por finalidad corregir las faltas y abusos graves cometidos en la dictación de una resolución, en este caso la sentencia definitiva, en que, en el presente caso, incurrieron los recurridos, por lo que en este sentido, al acogerse el deducido en autos, se determinarán las medidas conducentes a remediar tales faltas o abusos, invalidando la sentencia dictada por los recurridos y procediendo a dictar otra de reemplazo.” (Rol 560-2012).

En este fallo, de 19 de junio de 2012, la Ilustrísima Corte no hace referencia al artículo 387. Ni siquiera se hace cargo de la imposibilidad de recurrir, solo integra en su razonamiento la categoría de resolución contra la cuál se interpone, sentencia definitiva y sobre la existencia de falta o abusos graves, es decir, en los requisitos para interponer un recurso de queja, entendiendo que se cumplen con todos y cada uno de ellos.

En otro caso, la misma Corte fue más expresiva:

“PRIMERO: Que el Ministerio Público ha alegado en estrados la inadmisibilidad del presente recurso atendido lo dispuesto en el artículo 387 del Código Procesal Penal, según el cual no es “susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad”. Que a este respecto, se debe tener presente que en conformidad con lo prescrito en el artículo 545 inciso primero del Código Orgánico de Tribunales el recurso de queja es de naturaleza disciplinaria, puesto que tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, agregando que “procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario”, cuyo es el caso, en que se denuncian faltas o abusos graves cometido en una sentencia definitiva contra la cual no caben otros recursos, según indica el citado artículo 387 del Código Procesal Penal, ni siquiera, en este caso, el recurso de revisión que contempla el artículo 473 del mismo código, atendida las causales que la ley establece para su procedencia; razón por la cual la inadmisibilidad planteada será desestimada” (Rol 1.101-2011).

En este fallo, de 13 de diciembre de 2011, nuestra Ilustrísima Corte, establece que en virtud de la facultad disciplinaria del recurso de queja que se intenta, la imposibilidad de recurso alguno contra la sentencia definitiva, la clase de resolución que pone fin al juicio y hace imposible su continuación, hace admisible el recurso, es más, como fundamento a la admisibilidad del mismo, nombra al propio artículo 387 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que la resolución contra la cuál se intenta la queja no procede recurso alguno.

Esta última tesis parece estar abonada por el propio Tribunal Constitucional, que ha dicho que “resulta plenamente procedente el recurso de queja previsto en el art. 545 del Código Orgánico de Tribunales, desde que dicha vía de impugnación es factible respecto de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, en la especie, sentencia definitiva condenatoria y respecto de la cuál no procede recurso alguno”, agregando que “por lo demás, el recurso de queja dice relación con las facultades disciplinarias de los tribunales superiores de justicia, particularmente de la Corte Suprema, las que tienen fundamento constitucional, como lo ha recordado esta misma Magistratura, en sentencia recaída en el proceso Rol n° 795”. (S.T.C. rol 986-2007)

CONCLUSIONES

Es claro y evidente que nuestro legislador ha introducido en nuestro Código Procesal Penal una norma de cierre, que viene a embarazar el derecho al recurso y a limitar su acceso y ejercicio. El inciso segundo del artículo 387 transgrede abiertamente los tratados internacionales ratificados por Chile, vigentes en la actualidad y en consecuencia por norma expresa del constituyente el precepto en estudio es contrario a la Constitución.

Como señalamos en su oportunidad no hay en la historia de la ley mayores antecedentes de discusión alguna sobre esta norma que conculca el debido proceso, sin darnos por ende luces de su criterio para instaurar en nuestro sistema normativo un precepto que niega la posibilidad de recurso al condenado. Más bien parece ser que el fundamento último de esta decisión legislativa habrían sido razones de economía procesal. Esto último en la medida que si no existiera esta norma de cierre, entonces permanecería siempre abierta la posibilidad de intentar un nuevo recurso de nulidad respecto del juicio o la sentencia definitiva, lo que impediría –supuestamente– dotar al sistema penal de una adecuada seguridad jurídica.

Es tan evidente la falta de discusión sobre la cuestión, que la sola existencia de la norma hace menoscabar cualquier estrategia de defensa del acusado, no solo en su posibilidad de llevar ante un tribunal superior la sentencia que lo condena, sino que, latente la *reformatio in peius*, genera una distorsión inaceptable, toda vez que el resultado del ejercicio impugnatorio en nuestro país puede traer aparejado consecuencias aún mas perniciosas, como resultado de una condena más severa en el juicio de reenvío.

O como lo pudimos observar en el caso de Aarón Vásquez, puede que incluso el condenado jamás ejercite recurso alguno, sea sometido a dos juicios orales, y según nuestra actual legislación, no pueda impugnar el fallo en el segundo juicio.

Avalar este precepto nos coloca como sociedad en cómplices de un estado de indefensión permanente a que están sometidos los habitantes de nuestro país y que solo a través de soluciones improvisadas han encontrado algún tipo de solución parcial.

Imperativo es para algunos que sienten desconfianza en la correcta aplicación de la ley que debe existir una norma de cierre o una solución para un juicio interminable, y ante ese temor podemos decir lo siguiente:

- La norma del artículo 387 en su redacción actual no puede seguir vigente porque atenta contra el debido proceso y en particular al derecho al recurso.
- Siempre debe existir la posibilidad de impugnar una sentencia condenatoria.
- Frente a la condena absoluta no se puede recurrir.
- El límite a la facultad de recurrir lo impondrán los Tribunales a través de sus resoluciones fundadas que los acojan o rechacen.

Para quienes solicitan respuestas ante la inquietud del juicio infinito y la exigencia de una regla o norma que haga finito su ejercicio, cabe hacer presente postular aquello es intentar burlar la realidad, porque el proceso interminable parte de realidades fácticas inexistentes, que sólo subsisten en discusiones de aulas académicas, además que tiene como premisa la desconfianza en nuestra judicatura. Lo enfatizo así porque las estadísticas oficiales así lo indican, “de los 90 recursos de nulidad fallados por la Corte Suprema durante el año 2004, 7 fueron acogidos...durante el 2005, las cifras no son más alentadoras: de los 173 recursos de nulidad fallados por la Corte Suprema durante el año 2005, 14 fueron acogidos” (Cortez, 2006, p. 39).

Estimo que no es suficiente la certeza jurídica como único fundamento para someter a un ciudadano al poder del Estado sin tener ninguna herramienta para contrarrestar la desigual posición que tiene el acusado frente al poder público.

En consecuencia, si no existiera el artículo 387, los Tribunales de nuestra nación lo que harían es aplicar la ley, articular el debido proceso, y de igual manera tendríamos un filtro natural de recursos acogidos o rechazados, y no, artificialmente, un número oscuro de derechos vulnerados.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Aranela, Cristián (2012): Seminario: Problemas actuales del Derecho al Recurso en el Proceso Penal, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Octubre de 2012.

Albanese Susana, (2000): Garantías Judiciales, Editorial Ediar, Buenos Aires.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene, Ricardo (hijo) (1945): Derecho Procesal Penal. Tomo III, Editorial G. Kraft Ltda, Buenos Aires.

Arangüeña Fanego (1994): Proceso penal y doble instancia, Justicia, I.

Arias Vicencio Cristián (2002): El Recurso de Queja en el Nuevo Procedimiento Penal, Revista de Estudio de la Justicia, N°1, año 2002.

Balaguer Callejón, Francisco (2009.): Manual de Derecho Constitucional. Tomo II, Editorial Tecnos, Madrid.

Barrientos Pardo, Ignacio (2007): Prohibición de la reformatio in peius y la realización de nuevo juicio, en Revista de estudios de la Justicia (2007, N° 9).

Bofill Genzsch, Jorge (2012): Seminario: Problemas actuales del Derecho al Recurso en el Proceso Penal, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Octubre de 2012.

Calamandrei, Piero (1945): Estudios de Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires.

Calvo Sánchez, María del Carmen (1977): La revisión Civil, Editorial Montecorvo S.A., Madrid.

Carnelutti, Francesco (1944): Sistema de derecho procesal Civil Volumen III. Traducido por N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís M. Editorial Uteha, Buenos Aires

(1999): Derecho Procesal Penal, Oxford University Press, México

Carocca Pérez, Álex (2000): Recursos en el nuevo sistema procesal penal, en AAVV, Nuevo proceso penal (Santiago, Editorial Conosur).

Cea Egaña, José Luis, (1988) "Tratado de la Constitución de 1980", Editorial Jurídica.

Clariá Olmedo, Jorge, (1966): Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V., Editorial Ediar, Buenos Aires.

Cortez Matcovich, Gonzalo (2006): El recurso de nulidad Santiago, Lexis-Nexis.

Couture Eduardo (1993) : Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires

Damaska, Mirjan (2000): Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal (traducción castellana de Morales Vidal, Andrea, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Del Río Ferretti, Carlos (2014): El derecho al recurso y recurso de nulidad penal, Editorial Thomson Reuters.

Diez-Picazo, Luis María (2005): Sistema de derechos fundamentales, 2º edición, Editorial Thomson Civitas, Navarra.

Domínguez Montoya, Álvaro (2011): Una Breve Aproximación al Recurso, Ius Novum Centro de Estudios.

Duce Julio, Mauricio y Riego Ramírez, Cristián (2007): Proceso Penal, Editorial Jurídica, Chile.

Evans de la Cuadra, Enrique (2004): Los derechos constitucionales, tomo II, segunda edición (Editorial Jurídica de Chile).

Fairén Guillén, Victor (1992): Teoría general del derecho procesal, Editorial ISBN, México D.F.

Fernández González, Miguel Ángel (2005): La apelación en el nuevo proceso penal frente al derecho constitucional, en Revista de Derecho Público (2005, volumen 67).

(2006): La nueva justicia penal (Santiago, Editorial LexisNexis).

Ferrajoli, Luigi (1992): I valori del doppio grado e della nomofilachia, en AAVV, Ilgiudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni (a cura di Mannuzzu y Sestini, Roma, Edizione Tritone).

(1998): Teoría del Garantismo Penal, 3ª edición, (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez) editorial Trotta, Madrid.

Fuentes Maureira, Claudio (2009): Derecho a recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Uño: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios, Publicado en Revista CEJIL, Año IV nº5.

García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013): El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia. Estudios Constitucionales año 11, nº2, Talca.

Gimeno Sendra, Vicente (1999): Derecho Procesal. Derecho Penal, 3ª edición, editorial Colex, Madrid.

Horvitz Lennon, María Inés (2009): Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria, en Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2008 (N° 6, 2009)

Jiménez Asenjo, E (1958): Derecho Procesal Penal, Editorial Revista del derecho, Madrid.

Jugo, Gabriela (2002): Los Derechos Humanos en el Proceso Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Letelier Loyola, Enrique (2013): El derecho fundamental al recurso en el proceso penal, Editorial Atelier, Barcelona.

López Masle, Julián (con Horvitz Lennon) (2005): Derecho procesal penal, tomo II, Editorial Jurídica de Chile.

(2007): Informe en Derecho sobre la Prohibición de la 'reformatio in peius' y la nulidad parcial de las sentencias en el procedimiento penal (Santiago, 10 de diciembre de 2007).

Maier, Julio (1989): Derecho procesal penal argentino, tomo 1b, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.

(2003): Derecho Procesal Penal II, Parte General Sujetos Procesales. Editorial del Puerto, Buenos Aires.

Montero Aroca, Juan (1997): Principios del proceso penal Valencia, Tirant lo Blanch.

Mosquera Ruiz Mario y Maturana Miquel Cristian (2010): Los Recursos Procesales, Editorial jurídica de Chile.

Navarro Beltrán, Enrique (2011): El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Thomson Reuters, Santiago.

Nogueira Alcalá, Humberto (2007): El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano, Librotecnia, Santiago.

(2008): Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Editorial Librotecnia, Santiago.

Pastor, Dañiel (2001): La nueva imagen de la casación penal, Editorial AdHoc, Buenos Aires.

(2002): Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada?, en Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal ,Casación, n.º 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

Pereira Anabalón, Hugo (1999): Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal, en Gaceta Jurídica (1999, N° 233).

Pfeffer Urquiaga Emilio (2010): Código Procesal Penal anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Squella Narducci, Agustín (1995): Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos, editorial Fontamara, México.

Tavolari Oliveros, Raúl (2005): De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal, en Revista de Derecho procesal, 2005, N° 20.

(2005):Instituciones en el Nuevo Proceso Penal, Editorial Jurídica.

(1994):Protección constitucional y cautela judicial: ¿orden de no innovar en el recurso de protección?, en Tribunales, jurisdicción y proceso, Santiago, Jurídica.

Véscovi, Enrique (1988): Los recursos Judiciales y demás Medios de Impugnación en Iberoamérica, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Zalaquett Daher, José (2005): Proceso Penal y derechos Humanos, en Revista de Derecho procesal, 2005, N° 20.



MAG
I123d
2014

CB 00176042
R-15.185

AUTOR Ibarra Ruiz, Renato
TÍTULO Derecho al recurso en el artículo 387 del código procesal penal

| NOMBRE DEL LECTOR | Fecha devol. |
|-------------------|--------------|
| | |
| | |

Reg. 15.185
Ibarra Ruiz, Renato
Derecho al recurso en el artículo 387
del código procesal penal

CB 00176042