



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

TESINA CARRERA DE DERECHO

# La limitación del recurso de nulidad en el Código Procesal Penal

Un análisis al recurso de nulidad en sede penal y su relación con el derecho fundamental del debido proceso.

Autores:

Javier Gómez Campos

Víctor Rojas Salas

Profesor guía: Felipe Gorigoitia Abbott

## ÍNDICE.

---

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I. LA FACULTAD DE RECURRIR COMO GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO.....	7
1. Noción de debido proceso. ....	7
1.1 El debido proceso: concepto y origen.....	7
1.2 El debido proceso en la Constitución Política.....	10
1.3 El debido proceso en materia penal.....	13
1.4 El debido proceso y el sistema recursivo.....	15
1.5 El debido proceso y el derecho al recurso.....	17
2. El recurso de nulidad como principal medio de impugnación en el Código Procesal Penal.	
2.1 El recurso de nulidad: concepto y origen.....	19
2.2 El recurso de nulidad y su importancia en sede penal.....	21
2.3 El recurso de nulidad y sus limitaciones.....	22
3. Constitucionalidad del artículo 387 del CPP.....	26
3.1 Sentencia TC del 30 de Enero del 2008. Rol N° 986-07-INA.....	26
3.2 Sentencia TC del 1 de Abril del 2008, Rol N° 821-07-INA.....	28
3.3 Sentencia TC del 2 de Abril del 2008. Rol N°1055-2008 INA.....	30
CAPITULO II. PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE REVISIÓN DE LA SENTENCIA DEL CONDENADO EN UN SEGUNDO JUICIO.....	32
1. El recurso de queja como principal mecanismo de protección en un segundo juicio.....	32
1.1 El recurso de queja: origen y concepto.....	32
1.2 El recurso de queja y su procedencia.....	34
1.3 El recurso de queja y el proceso penal.....	36

1.4 El recurso de queja y el inciso segundo del artículo 387 del CPP.....	37
2. La reinterpretación del inciso segundo del artículo 387 del CPP.....	39
2.1 El agravio como fundamento de un eventual tercer juicio.....	40
CONCLUSIÓN.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	46

## INTRODUCCIÓN

A más de una década del inicio de la reforma procesal penal en Chile, el avance institucional vivido por el proceso penal ha significado una de las más grandes modificaciones que ha experimentado nuestro sistema legislativo en los últimos tiempos. En efecto, esta reforma modificó de manera sustancial nuestro proceso penal, sustituyendo el antiguo procedimiento por uno mucho más moderno, mediante el cual se pretende eliminar todas las falencias de que adolecía el antiguo sistema y que eran objeto de fuertes objeciones. Asimismo lo reconoce el mensaje del Código Procesal Penal al constatar la existencia de “un amplio consenso sobre la falta de adecuación del sistema vigente (antiguo) a los requerimientos de los tiempos actuales”, sobre todo en lo relacionado con los elementos propios de una sociedad de libertades ligada al respeto de las garantías constitucionales, en especial, la garantía de la libertad personal, agilidad procesal, publicidad y seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, y como es propio de todo proceso de puesta en marcha, se han ido identificando en el trayecto diversos defectos o vicisitudes. Entre éstas destacan aquellas que dicen relación con la protección de la víctima, o la interpretación excesivamente garantista que han efectuado ciertos jueces de garantía.

Así las cosas, es posible analizar algunas particularidades que presenta este sistema procesal, el cual sustentado en los principios de oralidad e inmediatez, logra adaptarse a una realidad jurídica universal. Entre estas características, destaca el nuevo tratamiento que le otorga a las instancias, la prueba y el sistema recursivo. Este último, que como se analizará en el respectivo acápite, se encuentra dentro de las garantías que se entienden integrar la noción de debido proceso, pero que sin perjuicio de ello, nuestro legislador la limita en razón de la norma que será objeto principal de atención en los siguientes apartados.

Efectivamente, el nuevo Código Procesal Penal contiene disposiciones referentes a los recursos procesales aplicables en el nuevo proceso criminal. Mediante estos medios de impugnación los principales actores del juicio pueden amparar de mejor forma sus derechos,

facultándose incluso al Ministerio Público para recurrir en resguardo del interés general de la sociedad.

Dada la importancia que presenta esta materia en el juicio criminal, el nuevo Código Procesal Penal dedica todo un libro al tratamiento de los recursos procesales (Libro Tercero). En él regula las disposiciones generales a todos ellos (Título I), para luego referirse a cada uno de los recursos en particular. Es así como en el Título II trata primeramente el recurso de reposición. El Título III, por su parte, dicta las normas relativas a la apelación. Finalmente, en el Título IV, trata detalladamente el recurso de nulidad.

De esta manera, enmarcado dentro del concepto adoptado por nuestro legislador de debido proceso, uno de los temas de mayor controversia, apartándonos de la discusión entre recurso de nulidad y apelación, ha sido la tratativa que dio este último al recurso de nulidad, en cuanto a sus limitaciones. En efecto y retomando el objeto principal de la presente tesis, el legislador en el artículo 387°, inciso 2do del Código Procesal Penal señala que “no 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 en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

En juicio de quiénes escriben, claramente el objeto de la norma transcrita es establecer una garantía al imputado que fue favorecido en el resultado del primer procedimiento y perjudicado con el segundo, reafirmando su derecho al recurso y con ello asegurando la garantía fundamental de Debido Proceso permitiendo que se pueda plantear un tercer procedimiento.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, ¿Es posible decir tajantemente que la norma del inciso segundo del artículo 387 satisface y asegura el derecho al recurso del imputado, reafirmando a su vez su derecho a un procedimiento racional y justo?

Para dar solución a las respuestas formuladas en el párrafo precedente, lo cual constituye el objeto de nuestra tesis, nos valdremos de cuestiones preliminares que nos permitirán una

introducción metodológica para luego acercarnos propiamente tal al tema que nos convoca.

Es así como trataremos el estudio de la norma en cuestión desde el análisis de la noción de debido proceso adoptado por nuestro legislador, conduciéndonos al mismo tiempo por la órbita del derecho al recurso, para luego adentrarnos propiamente al análisis de la norma en comento.

Para un mejor análisis del problema nos enfocaremos en los pronunciamientos del TC, en cuanto a las oportunidades en que se ha pronunciado sobre requerimientos o acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto que ha conocido. Por último, nos remitiremos a las soluciones que tradicionalmente ha otorgado la doctrina y la jurisprudencia para salvaguardar el derecho al recurso consagrado en diversos tratados internacionales, sin perjuicio de adherirnos a una de ellas, y de esta forma, hacer un llamado al legislador a enmendar una norma que abre las puertas a un proceso vicioso y que puede dejar a una persona en una total e injusta indefensión.

# **CAPITULO I. LA FACULTAD DE RECURRIR COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO.**

Para adentrarnos propiamente tal al tema que nos convoca es fundamental tener en consideración algunas cuestiones preliminares que nos permitirán una introducción metódica al tema central de la presente tesis.

## **1. Noción de debido proceso.**

---

### **1.1 El debido proceso: concepto y origen**

Cuando hacemos referencia al concepto de “Justicia” en un Estado de Derecho, resulta incuestionable el hecho de que, para su consecución saludable, sea de vital importancia concebir al derecho procesal como el sistema encargado de hacer factible el ejercicio de la función jurisdiccional, dando vida efectiva al ordenamiento jurídico, es decir, como un sistema de garantías posibilitador de una tutela judicial efectiva y no como un instrumento atemporal y acrítico. De esta manera, desde una visión social y perspectiva de un Estado democrático, este garantismo supone la conceptualización del proceso como una realidad sustantiva ajena a su caracterización instrumental, lo cual, en palabras sencillas, implica la puesta en acción de las garantías contenidas en las normativas legales de carácter procesal vinculadas y comprometidas con la realidad constitucional vigente. (García Leal, 2003)

En primer lugar, para una aproximación primaria al concepto de debido proceso, es fundamental la comprensión de éste como un derecho humano de rango constitucional, de carácter funcional. Siguiendo a Morello, si ponemos el acento en la expresión funcional es porque queremos significar su protagonismo, y esencial cometido pragmático y de facilitación, toda vez que los derechos se radican en la experiencia concreta, cuyo contenido es enterado por una serie de garantías constitucionales de orden procesal y sustantivo. (Morello, 1994, pág. 497)

En segundo lugar, es de vital importancia el entendimiento del debido proceso, como un fenómeno jurídico que se ha ido desarrollando a lo largo de la historia, por lo que su contenido ha ido cambiando conforme a las manifestaciones culturales que han ido sucediendo. Esto es así, en la medida que el debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de casi todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental.

Conceptualmente el debido proceso, en términos generales, ha abandonado una primaria esencia meramente formalista, la cual lo concibe, en términos tales como "aquel tramitado con arreglo a la ley" o "aquel proceso legalmente tramitado", concepciones más cercanas al origen histórico del "*due process of law*", como aún se conoce en la tradición británica y norteamericana. No obstante, una concepción de este carácter no resulta consecuente con la naturaleza garantista del mismo. Así lo ha manifestado Toro Cornejo, al señalar que "pretender calificar un determinado proceso de debido o justo a partir de una estricta sujeción a la ley que lo establece, importa reducir el sentido mismo del derecho aludido, por cuanto entre otros aspectos puede acontecer que la propia ley con arreglo a la cual se lo tramita resulte ser inconstitucional." (Toro Cornejo, 2012, pág.60)

Por su parte, el procesalista español Francisco Ramos Méndez entiende al debido proceso como "aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente de un Estado democrático, las cuales deben, acto seguido, ser recogidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal". (Ramos Méndez, 1998, pág.34).

De esta forma, el debido proceso debe, en su contenido, constituirse como garantía de una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador.

Ligado a lo anterior, han emergido en el campo de la doctrina y jurisprudencia diversos conceptos de contenido sustancial, tales como en su dimensión procesal, "debido proceso legal" equivale a debida defensa en juicio. Y como esa defensa se cumple, específicamente, mediante actos procesales, es menester examinar en forma analítica, cuáles de estos actos procesales afectan a la defensa en juicio y cuáles son indiferentes para la misma; así como

también, “el derecho a un proceso con todas las garantías” cuya característica esencial es la de asegurar la corrección procesal, a través de la apreciación de la justicia o equidad observada durante la tramitación del propio proceso, cuyo objeto es asegurar directamente la justicia en la tramitación de la causa. Así las cosas, es posible advertir el cambio que ha experimentado la noción de debido proceso, cambio que para García leal se ha desarrollado en tres grandes sentidos: a) el debido proceso legal, adjetivo, o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en materia procesal; b) el debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y c) el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, directamente relacionado con la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas principios y valores del Derecho de la constitución. (Toro Cornejo, 2012, pág.64-66)

En el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que para que el proceso sea “debido” debe abarcar “las condiciones que debe de cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración jurisdiccional”. (Nogueira Alcalá, 2007, pág.43)

La misma Corte ha determinado que la aplicación de las garantías del debido proceso “no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”. (Espinoza Vidal-Hurtado de la Fuente, 2005, pág.17). De esta forma, “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 Ricardo Baena y otros vs. Panamá, sentencia de 10 de Febrero de 2001)

Sin embargo, antes de cualquier concreción conceptual del así llamado “debido proceso”, resulta conveniente desentrañar las características necesarias a considerar para no perder de vista su inherente naturaleza abstracta, de la cual no se pueden extraer conclusiones absolutas. Así el debido proceso se convierte en un estándar para guiar al tribunal, y el estándar debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el

acto tiene efecto. Desde esta perspectiva, pretender una noción p etra del mismo puede llevar a equívocos inconvenientes, si en su determinación se prescinde de las valoraciones que rodean el contexto histórico en el cual tiene lugar.

Estas características, en resumidas cuentas son : 1) Cláusula general respecto de la cual no procede una formulación exhaustiva y taxativa de su contenido; 2) Su promoción y respeto es deber de todos los órganos del Estado; 3) Su establecimiento un mandato para el legislador; 4) La determinación de su contenido en el caso concreto es labor del juez; 5) Su vigencia es exigible en todo tipo de procedimiento; 6) Es posible ejercerlo durante todas las etapas del proceso, incluso antes de su inicio, y en materia penal se extiende tanto a los actos de persecución penal como a la ejecución completa de la sentencia. (Toro Cornejo, 2012, pág.68-71)

Producto de lo anterior, es que la expresión “debido proceso” debe mantenerse como un vocablo técnico, comúnmente aceptado y usado por el derecho procesal, al cual debe dársele el sentido que la ciencia le reserva, desvincul ndolo de sus raíces anglosajonas, que sin restarle el mérito de haberlo incorporado al campo del derecho, han sido superadas en su establecimiento y origen toda vez que hoy se considera como el instrumento procesal adecuado para proteger las garantías constitucionales, en especial la de igual protección en el ejercicio de los derechos. (Colombo Campbell, 2006, pág.29)

De esta manera, y a modo de conclusión, en su dimensión procesal, el debido proceso puede ser considerado como “un derecho constitucional o fundamental del hombre, de carácter instrumental, cuyo contenido o facultades se encuentra constituido por una serie de garantías constitucionales y legales de orden procesal, que son aplicables en todo tipo de procedimiento”. (Toro Cornejo, 2012, pág.82)

## **1.2 El debido proceso en la Constitución Política**

Tras una introducción metodológica necesaria para contextualizar el tema central de la presente, la tratativa constitucional del mencionado debido proceso se hace fundamental para

la comprensión del mismo a partir de la interpretación que se ha venido dando de su contenido, es decir, aquellas garantías que estarían siendo o no comprendidas dentro de este derecho fundamental.

De esta manera, es posible hacer referencia a las disposiciones constitucionales que otorgan fuerza vinculante al derecho a un proceso justo, sea porque se encuentran directa y expresamente establecidas en la Constitución o bien, indirectamente, a través de la remisión que se efectúa a los preceptos previstos en pactos internacionales, los cuales versan sobre la protección y promoción de los derechos humanos.

En este orden de ideas, y a modo de premisa, el reconocimiento que el constituyente nacional hizo del derecho en comento, no responde a otra cosa, sino a la expresión normativa de un imperativo social universal y que en el ordenamiento nacional se encuentran reflejadas en el artículo 19 de la Constitución Política, específicamente en el N°3.

Del estudio de nuestra legislación podemos colegir que la noción de debido proceso fue abordada por la Comisión de estudios de una nueva Constitución en la fase final de la redacción del artículo 19 número 3º inciso 6º, en los términos de “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo”.

En este orden de cosas, y adhiriéndonos primariamente a la doctrina tradicional, donde el alcance de los términos racionales y justos se entienden vinculados al procedimiento y a lo sustantivo respectivamente, se hace necesario recurrir a las distintas voces, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, respecto de lo que efectivamente debe entenderse comprendido dentro de un racional y justo procedimiento.

Cabe destacar que la doctrina se ha ocupado latamente en determinar un contenido mínimo que contempla el debido proceso, entendiéndolo siempre como un conjunto de garantías, las cuáles no pueden quedar establecidas de forma absoluta, sino que deben ser sustanciadas según lo requiera la casuística del caso concreto. En este sentido, conviene tener presente que, en cuanto límite para la ley, deben reconocerse los principios mínimos fundamentales, en base a los cuáles el legislador está vinculado a determinar los procedimientos a fin de cumplir con el

mandato constitucional de racionalidad y justicia. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución tuvo presente aquellas concepciones que se consideran indispensables para la consagración constitucional de los principios formativos del proceso y del procedimiento, esto es, de las “garantías procesales mínimas” que ya existían en el ordenamiento jurídico nacional, entre las cuales se encuentran: La competencia, la imparcialidad e independencia del tribunal, la bilateralidad de la audiencia, la aportación y recepción de pruebas, la fundamentación de los fallos, su dictación dentro de los plazos razonables y los recursos procesales que permitan la revisión de lo resuelto. (Inés Vantoja, 1998, pág.551-552) No obstante, estas garantías constituyen un contenido mínimo del debido proceso, pues el mismo Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha señalado que la Carta Fundamental “no precisa los componentes del debido proceso, delegando en el legislador la potestad para definir y establecer sus elementos”. (Sentencia TC, rol Nº 576 y rol Nº1557). De esta manera, es claro que no existe un modelo único de expresión de las garantías integrantes del debido proceso en Chile. (Sentencia T.C, rol Nº 1838).

Así las cosas y atendiendo a lo señalado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado a partir de su propia jurisprudencia, lo que se debe entender por debido proceso, indicando que “el debido proceso es aquel que cumple íntegramente la función jurisdiccional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada protegiendo como su natural consecuencia la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho”(Sentencia TC, rol Nº 1838). De la misma manera el TC se ha pronunciado sobre la fórmula en que el debido proceso se ha incorporado en nuestro ordenamiento, es decir, bajo la forma de “un proceso racional y justo” (artículo 19 nº 3, CPR) y añade que “un procedimiento legal sea racional y justo se traduce en que se debe configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad y debe orientarse a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso. Con ello se establece la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y

generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias del Estado de Derecho.” (Sentencia T.C, rol nº 1838)

En el mismo tenor, bajo la voz del profesor Cea Egaña, la Carta fundamental “reconoce a todas las personas, sin distinción, el derecho a un proceso racional y justo, legalmente tramitado y previo a la sentencia declarativa, constitutiva o de condena, que pronuncien los tribunales de derecho permanentes, independientes e incorruptos.” (1988, pág. 307-308)

### **1.3 El debido proceso en materia penal**

No cabe duda que el debido proceso, en general, no sólo se trata del cumplimiento de un procedimiento reglado sino que, a la vez, importa que todo sujeto goce de la tutela de sus derechos fundamentales y que la decisión que se dicte se encuentre fundada en los principios consagrados, ya sea en nuestra Constitución o en los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Sin embargo, este carácter general y fundamental del debido proceso no implica el establecimiento de un sólo principio idéntico para todo procedimiento judicial. Esto se debe a que el debido proceso se presenta como una gama de garantías que otorga a los sujetos, en general, el derecho de someterse a un juicio justo, imparcial y con total respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, el debido proceso implica, a su vez, la observancia de ciertas garantías específicas de acuerdo a la realidad jurídica en que se encuentra inmerso el conflicto, así, la función material del proceso de decisión depende de la clase de conflicto de que se trate. (Horvitz y López, 2010, pág. 25). Esto se traduce en la existencia de procesos diferentes atendiendo a la situación particular, es decir, el proceso civil no será idéntico al proceso penal, porque se trata de situaciones jurídicas distintas, donde coexisten sujetos diferentes y hechos disímiles.

Tras dicha distinción, y para efectos de este trabajo, es importante destacar el rol que cumple el debido proceso en nuestro sistema penal, especialmente luego de la transición de un proceso penal inquisitivo, en donde el imputado era considerado un objeto del proceso y por ello, carente de derechos que pudiesen entrar en conflicto con los objetivos del mismo, a un

proceso penal acusatorio, en el cuál el imputado es un sujeto procesal que, por lo tanto, se encuentra dotado de derechos y garantías frente al poder sancionatorio del Estado.

Dado este panorama, surge la difícil tarea del proceso penal de hacer valer los derechos fundamentales de los sujetos intervinientes en el proceso, en especial del imputado, y conjugarlos con los objetivos del mismo proceso.

Algunos autores presentan este dilema como la tensión entre una precisa adjudicación penal frente a la protección de derechos fundamentales (Ashworth Andrew, 2002), otros lo enfocan desde la perspectiva de la seguridad versus los derechos fundamentales (Tavolari Raúl, 2000, pág. 542), o como el interés general que representa la adjudicación penal y la represión del delito v/s el interés particular del imputado en que se le reconozcan ciertos derechos fundamentales. Incluso se comienza a visualizar un creciente conflicto entre dos intereses particulares, que serían los de la víctima por un lado, y los del imputado por el otro. Es así, como Víctor Rodríguez señala la necesidad de encontrar un equilibrio entre la tríada constituida por la libertad individual, el interés general y el derecho de las víctimas. (Rodríguez Rescia, 1998, pág. 1297-1298)

En términos generales, independiente de la forma en que denominemos este conflicto, siempre estaremos en presencia de la balanza que sostiene, por un lado, la protección de los derechos fundamentales y, por otro, los objetivos que persigue el proceso penal. Asimismo, cualquiera sea la estructura del proceso penal, éste persigue dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y la protección o tutela de los inocentes. (Horvitz y López, 2010, pág. 28-29)

Ligado a este mismo tema, debemos destacar la vinculación evidente del debido proceso con el sistema penal acusatorio en desmedro del antiguo sistema inquisitivo, esto principalmente por la forma en que se concibe al imputado en cada uno de estos sistemas. En este sentido, no debe pasar inadvertido el nexo indisoluble entre el debido proceso y la noción de Estado Democrático, puesto que la democracia liberal, como bien indica el profesor Tavolari, es “el único sistema político bajo el cual es posible concebir un sistema procesal penal de garantías a los derechos fundamentales.” (2005, pág. 26)

Como consecuencia de lo anterior, existe una estrecha relación entre el debido proceso y los principios que componen el sistema procesal acusatorio, siendo éstos los pilares visibles de un proceso justo. Entre estos principios destacan, los que algunos autores han llamado “garantías primarias” o “epistemológicas” del proceso penal acusatorio, a saber: “no hay juicio sin acusación”, “la carga de la prueba corresponde al acusador” y “el derecho de defensa del imputado”. A las cuáles se agregan otras que aseguran el cumplimiento de las primarias: “la oralidad”, que implica la inmediación y concentración de la prueba; “la publicidad”, que da lugar al control interno y externo del proceso; “la legalidad”, que prescribe que toda la actividad judicial se desarrolle, bajo sanción de nulidad, según lo estipulado por ley, y “la motivación” que garantiza la existencia de fundamentación de la acusación al alero de la actividad probatoria. (Horvitz y López, 2010, pág. 30).

Por lo tanto, parece haber consenso de que sólo en el juicio oral tienen plena vigencia dichos principios. En el expediente, algunas dimensiones del debido proceso tienen alguna vigencia, pero siempre limitada, siendo el juicio oral la instancia en la que, de forma más eficiente, se concretan las diversas aristas del debido proceso. (Fuentes Maureira, 2009, pág 78)

Para terminar, siguiendo al profesor Tavolari (2005, pág. 27) la eficacia del nuevo proceso penal debe entenderse en una triple dirección:

- En primer lugar, el proceso debe tener la facultad de establecer la verdad judicial de los hechos denunciados, de la forma más breve y convincente posible; y de esta manera cumplir con su finalidad más importante: solucionar el conflicto penal.
- En segundo lugar, el resultado de un proceso penal será legítimo sólo en la medida en que este se obtenga de un proceso sustanciado con observancia de las garantías fundamentales de las personas.
- Y en tercer lugar, el proceso será eficaz si éste apunta al reconocimiento de los derechos de las víctimas, tanto la reparación del daño sufrido como el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido.

#### **1.4 El debido proceso y el sistema recursivo**

El régimen de recursos tiene una importancia fundamental dentro del sistema procesal penal, porque se vincula directamente con los principios que lo conforman y con la organización jerárquica del Poder Judicial del Estado. Esta evidente relación entre el sistema recursivo y la organización jerárquica del poder estatal ha sido destacada por varios autores, quienes han sostenido una “obvia conexión entre el ordenamiento vertical del poder y la revisión jerárquica”. (Horvitz y López, 2010, pág.348)

Históricamente, los recursos han sido considerados como mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales, como métodos de control burocrático asociados a la centralización del poder y la organización jerárquica del mismo (Horvitz y López, 2010, pág. 346). Sin embargo, con la reforma procesal penal se ha modificado el sistema de administración de justicia y con ello, el sistema recursivo. Así, se desprende del propio Mensaje del nuevo CPP que el objetivo de este cuerpo normativo es “modernizar el Poder Judicial para garantizar la gobernabilidad de parte del sistema político, la integración social y la viabilidad del modelo de desarrollo económico” (Mensaje del ejecutivo en Código Procesal Penal, Editorial jurídica de Chile, Segunda edición Oficial, Santiago, 2002, pág. 12). En este nuevo panorama procesal aparece limitado el control superior, restringiéndose las posibilidades de impugnación de las decisiones judiciales de primera instancia para darle énfasis a los principios pilares de este nuevo modelo, la intermediación y la oralidad.

De esta forma, siguiendo al profesor Julián López, el alcance y ámbito de aplicación de los recursos en materia criminal va a quedar entregado, así, no ya a las necesidades propias del control burocrático, sino a la concepción del recurso como un derecho del imputado, que el sistema procesal penal está llamado a resguardar y proteger. (Horvitz y López, 2010, pág. 350).

Esta concepción del recurso como un derecho del imputado corresponde una de las particularidades del proceso penal, pues, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, la inserción de estos medios de impugnación obedece a un imperativo constitucional directo (Cortez Matcovich, 2006, pág.5). Como veremos más adelante, esta especialidad recursiva del proceso penal deriva de una vinculante interpretación sistemática de nuestro texto constitucional y el contenido de distintos tratados internacionales ratificados por Chile,

específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya observancia se vuelve obligatoria a raíz del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

Sin embargo, además de este imperativo constitucional, es evidente que en la necesidad de regular los recursos intervienen otros factores. Siguiendo al profesor Cortez Matcovich, los fundamentos de los recursos tienen una doble índole, objetiva y subjetiva. El primer fundamento o “posibilidad de error judicial”, es de índole social, es decir, mira al interés de la comunidad, y radica en la necesidad social de remediar la desviación jurídica en que puede incurrir la autoridad. El fundamento subjetivo o “insatisfacción subjetiva”, en cambio, es de naturaleza psicológica y dice relación con la materialidad jurídica del instinto de conservación en lo que a la defensa de los derechos de la persona y de sus bienes convoca (Cortez Matcovich, 2006, pág.9). De esta manera, la existencia de un derecho al recurso aparece naturalmente exigida por el justo proceso en cuanto medio procesal-epistémico dispuesto en el proceso para la obtención de decisiones correctas y justas. En consecuencia, el recurso es garantía procesal y, al mismo tiempo, regla o garantía epistemológica, esto es, un mecanismo a disposición de las partes para impugnar las resoluciones que les perjudican y, de otra parte, un medio procesal para maximizar las probabilidades de acierto judicial y de decisiones justas. (Del Rio Ferreti, 2012, pág. 249).

### **1.5 El debido proceso y el derecho al recurso**

A nivel legal, el derecho al recurso carece de un reconocimiento explícito, sin embargo, existen ciertas normas del CPP que permiten sostener la recepción armónica de las garantías procesales en general. Así, el artículo 10 le reconoce eficacia directa a las garantías judiciales de la Constitución y los Tratados Internacionales. El artículo 4 hace alusión a la presunción de inocencia, en términos de que “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal, en tanto no fuere condenada por sentencia firme”, lo que pone de manifiesto que el proceso se estructura en base a la existencia de recursos contra la sentencia definitiva, ya que el imputado goza de dicha presunción, incluso condenado, mientras la decisión de condena no se encuentre

en situación de firmeza, abriendo las puertas a la facultad del imputado de obstaculizar el cumplimiento de la sentencia. Esto se encuentra en relación directa con las garantías procesales consagradas en el artículo 7 del CPP, y que nos permite concluir que el imputado, durante todo el procedimiento, se debe someter a un debido proceso, y en éste se encuentra el derecho al recurso. (Del Río Ferreti, 2012, pág. 255)

Desde una perspectiva constitucional del debido proceso y de la interpretación de los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala textualmente 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”, y del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que indica que entre las garantías mínimas a que tiene derecho una persona en un proceso penal, se encuentra el “derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; se consagra el derecho al recurso, pero sin aludir al contenido de éste. (Horvitz y López, 2010, pág. 350)

En virtud a lo anterior, es que el Comité de derechos humanos de la ONU se ha pronunciado sobre este asunto en distintas oportunidades, así, en el Dictamen del 20 de Junio del año 2000 (caso Gómez Vásquez con España, 701, 1996) se establece que el derecho al recurso se satisface con una revisión integral del fallo recurrido, de modo que el recurso previsto en la legislación interna, con independencia de la denominación que adopte, debe permitir un examen integral de la sentencia de fondo. A su vez, la Corte Interamericana, recogiendo esta doctrina, en la sentencia del 2 de Julio del año 2004, ha indicado que “la “posibilidad de recurrir el fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” y luego establece que “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (Del Río Ferreti, 2012, pág. 256-257).

Ahora bien, 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 Maureira, 2009, pág. 80)

De esta manera, es posible señalar que el derecho de recurrir un fallo por parte del

condenado corresponde a una garantía primordial, la cual se debe dar por inserta dentro del marco del debido proceso legal, con el vital propósito de que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto de aquel que dictó la resolución agraviosa, a fin de obtener la doble conformidad en la decisión punitiva, condición indispensable en un Estado de Derecho.

Sin embargo, el establecimiento de un medio de impugnación contra las sentencias condenatorias, no es exclusiva consecuencia del tenor y principio soberano expuesto en los tratados internacionales y arraigados en nuestra legislación bajo el alero del artículo 5° de la Constitución Política, sino que tiene un sesgo obligatorio a la luz de nuestro propio derecho interno, ya que una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema consigna explícitamente que forma parte de las garantías que componen un racional y justo proceso" *la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por los tribunales inferiores*", despejando de esta forma, cualquier duda al respecto. (C.S, rol nº 3643, año 2001)

## **2. El recurso de nulidad como principal medio de impugnación en el Código Procesal Penal.**

---

### **2.1 El recurso de nulidad: concepto y origen**

En materia recursiva, una de las reformas más significativas que estableció el nuevo Código Procesal Penal fue, sin duda, la eliminación de la doble instancia. Este cambio se debe, principalmente, a que los grandes principios que sostienen el nuevo sistema de justicia criminal, como la oralidad y la inmediación, no se condicen con un modelo vertical de cautela jurisdiccional, donde los tribunales superiores de justicia estén facultados para revisar los hechos conocidos por tribunales inferiores, es decir, dada la apreciación directa de la prueba y la contradictoriedad oral, es imposible generar un control del juicio y del sentenciamiento a través de recursos ordinarios de instancia. (Vodanovic, 2002, pág.3)

Explicado así, el nuevo ordenamiento se vio en la necesidad de establecer una fórmula que logre hacer operable el principio de la revisión del fallo por un tribunal superior y así cumplir con el requisito del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica (Vodanovic, 2002, pág.2), puesto que la apelación sería incomprensible en este sistema donde la sentencia encuentra su fundamento fáctico en la apreciación directa de la prueba, y, en teoría, la revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad, confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación; mientras que la casación no sería procedente en el nuevo proceso penal, atendiendo a los artículos 295 y 297 del Nuevo Código Procesal Penal, donde se consagran la libertad de prueba y su libre valoración; principios que se anteponen al objetivo esencial de este mecanismo de impugnación.

Es así como el Senado, frente a la exigencia de los tratados internacionales de establecer un sistema de revisión de las sentencias, diseñó el recurso de nulidad como la manera de remediar eventuales arbitrariedades en la apreciación probatoria, y de esta forma, considerar la anulación no sólo del fallo, sino del juicio oral, ordenándose su repetición.

De esta forma, es posible extraer la definición elaborada por el profesor Julián López, quién, en voz de Rieutord, manifiesta que el recurso de nulidad es “un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente ésta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes o cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo” (Rieutord Alvarado, 2007, pág. 11).

De esta definición se desprenden las características más importantes del recurso de nulidad: es un recurso extraordinario, es decir, se requiere de una causal explícita para su interposición; se interpone ante el tribunal *a quo*; y da lugar a una revisión restringida a la

causal invocada, ya sea para anular el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última (Horvitz y López, 2004, pág. 403)

En virtud de lo expuesto anteriormente, no podemos negar que el recurso de nulidad es un mecanismo protector de derechos y garantías de las personas, en el desarrollo del procedimiento penal. Esto se debe a la finalidad principal del recurso, la cual aparece de manifiesto en el artículo 373 letra A del CPP; y, además, como consecuencia lógica de que no puede haber un procedimiento penal que se lleve a cabo, sin el pleno respeto a estas garantías en un Estado de Derecho.

## **2.2 El recurso de nulidad y su importancia en sede penal**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que para que un recurso judicial pudiese estar en conformidad con el debido proceso y respetar así el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos debía garantizar un “examen integral de la decisión recurrida”.

Desde esta perspectiva, los 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, pág. 78-79). Lo mismo ocurre con aquellos recursos que sólo permiten un examen y control de aspectos formales de la sentencia.

Por ello, para responder y determinar el contenido del examen integral de la decisión judicial, debe tenerse presente que el recurso 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 o se hayan vulnerado ilegítimamente los derechos durante el desarrollo del juicio. (Maier, 1998, pág.709)

De esta manera, distintos autores y juristas admiten que el recurso de nulidad de la manera establecida en el Código Procesal Penal, cumple íntegramente con el derecho al

recurso reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituyéndose de esta forma, en el medio eficaz para el ataque contra cualquiera vulneración a los derechos y garantías de las personas, en el desarrollo de un procedimiento penal en su contra. Ahora bien, la interpretación que se le dé al recurso cuando sea el condenado el que lo interpone, debe ser lo más amplia posible, de otra manera, sólo daremos cumplimiento formal a la garantía, con una transgresión grave de fondo, que enlodaría el nuevo sistema penal de una manera deshonrosa. (Figueroa Veas, 2006, pág. 103- 104)

Con todo, el recurso de nulidad, a pesar de haber sido considerado el medio idóneo para dar cumplimiento al mandato internacional y constitucional del debido proceso, por motivos no explícitos, el mismo cuerpo normativo limita o restringe al recurso en cuanto a su admisibilidad, lo que provoca un eco cada vez más fuerte en nuestros operadores jurídicos y que será abordado a continuación, especialmente tratándose de un proceso que se caracteriza por el pleno respeto a las garantías de los sujetos.

### **2.3 El recurso de nulidad y sus limitaciones**

Al analizar las huellas que dejó la reforma procesal penal, enmarcado dentro del concepto adoptado por nuestro legislador de debido proceso, uno de los temas de mayor controversia ha sido, sin duda, la tratativa que dio este último al recurso de nulidad, en cuanto a sus limitaciones. En efecto, el legislador en el artículo 387°, inciso 2do del Código Procesal Penal señala que “no 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 en favor del acusado, conforme a las reglas generales.”

De acuerdo con lo anterior, respecto al artículo 387, Tavolari expresa que “el texto tiene dos partes muy diferentes: en la primera de ellas se establece la regla principal, en orden a que no procederá recurso alguno en contra de la resolución que fallare el de nulidad, sin perjuicio de la revisión en los casos excepcionales en que ella es admitida.

Con la segunda comienzan las dificultades:

Si la primera sentencia, esto es, la anulada era absolutoria y la dictada en el segundo juicio también lo es, no procederá el recurso de nulidad en contra de esta.

Si la primera sentencia fue absolutoria y la segunda es condenatoria, procede igualmente nulidad en contra de esta última.

Si la primera fue condenatoria y también lo es la segunda, no procede el recurso de nulidad en contra de esta última.

Esta última conclusión, que fluye claramente de la norma en análisis, es inaceptable y el artículo que malamente quiso aplicar la filosofía del doble conforme, 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.” (Tavolari Oliveros, 2005, pág.407)

En el mismo sentido, Cristian Maturana ha señalado que “la parte final del inciso segundo al permitir la revisión de la sentencia condenatoria a través del recurso de nulidad, materializa el principio de doble conformidad y obedece plenamente a la lógica del sistema que supone siempre la posibilidad de esta revisión cuando el juicio oral o la sentencia que le sirve de base adolece de alguno de los vicios previstos por la ley. No se aprecia, sin embargo, ningún fundamento razonable para haber excluido de la posibilidad de revisión, vía nulidad, la sentencia condenatoria del segundo juicio, cuando la primera lo hubiere sido.” (Maturana y Mosquera, 2012, pág.383)

De esta manera, el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados internacionales, en relación a la facultad de recurrir una sentencia como garantía inmersa en el debido proceso, queda reducido a solo una apariencia, ya que es el mismo legislador el que inmediatamente lo restringe de forma arbitraria al denegar su procedencia en un segundo juicio, cuando el primero ya ha sido anulado.

Para Claudio Pramps Julián, la explicación de la transcrita norma se encuentra en la

equivocada analogía que hizo nuestro legislador al replicar en el ordenamiento chileno la norma de su par en la “Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”, en tanto señala: “no logro comprender por qué motivo se priva de recurso al condenado en segundo fallo dictado en repetición del juicio anulado, si el fallo primero era también condenatorio. Solo me explico tan desatinada norma por la copia textual de su par en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española”. El autor se refiere en estos términos basándose en ciertos pronunciamientos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en particular aquél que resuelve un recurso de amparo internacional deducido por un ciudadano español en contra de España, por la dictación de una sentencia condenatoria penal, al cual el mismo autor hace referencia señalando que “el recurso fue acogido, pero con una declaración que causó un terremoto grado 12 en el país que se autocalificaba Adalid de los Derechos Humanos. La Comisión concluyó que todo el sistema de casación penal español es contrario a los Derechos Humanos, porque no permite una revisión adecuada de los fallos condenatorios y de la pena, infringiendo, así, frontalmente, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En base a dicho pronunciamiento se ordenó al Estado español modificar su sistema casatorio penal para adecuarlo al tratado internacional e informar dentro de un plazo razonable a la comisión de las modificaciones.” (Pramps, 2002-2003)

Sin perjuicio de lo anterior, distintos juristas han querido fundamentar el sentido de la norma bajo el alero de un principio procesal básico, como es la "economía procesal". Es así como Vodanovic afirma que "no existe otro argumento que el económico para justificar la limitación al recurso de nulidad", incluso es enfático al señalar que “no hay más razón que la de darle un corte al asunto, y evitar, al menos en teoría, la repetición inútil de varios juicios orales respecto de un mismo hecho punible investigado". (2002, pag.2)

A juicio de Vodanovic, no debe desautorizarse la justificación práctica que el legislador le otorga a la norma ni menos de forma *a-priori*, sin embargo, a nuestro juicio resulta imposible no cuestionar la legitimidad de la misma, debido a su evidente embate al proceso, específicamente, a la libertad de recurrir. Asimismo, lo entiende el abogado argentino Julio Maier, quién en voz de Gonzalo Ramírez Águila, es tajante al señalar que “Las limitaciones al

recurso del imputado contra la condena o contra la decisión que le impone una medida de seguridad y corrección, fundadas... sobre argumentos relativos a la economía de los recursos o en simples razones prácticas, son ilegítimas frente a la cláusula de las convenciones y al carácter de 'garantía' que esa regla le atribuye al 'derecho al recurso'"(2006, pag.111) En razón de lo expuesto anteriormente, no resulta plausible ponderar un principio de tenor meramente práctico, como la economía procesal, frente a uno de carácter de garantía fundamental, como el debido proceso, toda vez que estos deben entenderse a la luz de un proceso penal, donde como ya se ha señalado en líneas anteriores, el debido proceso adquiere el carácter de pilar básico para el derecho de defensa de un imputado.

En el mismo sentido, Jorge Danilo Correa Selamé estima que el recurso de nulidad, si bien es cierto "cumple con lo anterior y es el Código Procesal Penal, la Ley que prescribe al recurso y su reglamentación (...) no podemos estar de acuerdo con aquellas disposiciones que expresa o implícitamente niegan lugar al recurso de nulidad, como ocurre, por ejemplo, con el inciso segundo del artículo 387° del Código".

A su vez, el profesor Maturana señala 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 se debe desarrollar el debido proceso" (Maturana y Mosquera, 2012, pág.382)

Y concluye diciendo que "la norma en cuestión debiera, entonces, ser ajustada cuanto antes para satisfacer los estándares impuestos por nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen siempre y en todo caso el derecho de recurrir en contra de una sentencia condenatoria. Mientras esta modificación no se haga, solo cabe considerar la disposición de la primera parte del inciso 2° del artículo 387 CPP como una disposición que debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad" (Maturana y Mosquera, 2012, pág.384)

### **3. La Constitucionalidad del artículo 387 del CPP**

---

Los argumentos justificativos de la actual vigencia, en cuanto a la limitación que realiza el artículo en comento, se arguyen desde la esfera de la constitucionalidad del mismo precepto, pues no han sido exiguos los requerimientos y acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que en el último tiempo ha venido conociendo el Tribunal Constitucional (en adelante TC). De esta manera, a partir de sus fallos, es posible colegir la inclinación que adopta el mencionado órgano en cuanto a la constitucionalidad del precepto, o a su potencial controversia con principios procesales, tal como lo es: el derecho a la revisión de la resolución judicial o derecho al recurso, situado como componente de la garantía del procedimiento justo y racional a que se refiere el inciso quinto del artículo 19 N° 3 de la Carta Política.

Así las cosas, a partir de un sucinto análisis de los fallos de relevancia que en este último tiempo ha venido pronunciando nuestro TC, es posible esbozar, desde un prisma de los principios procesales involucrados, ya en cuanto a su potencial transgresión como a su observancia, algunos argumentos justificativos del precepto en cuestión.

#### **3.1 Sentencia TC del 30 de Enero del 2008. Rol N° 986-07-INA.**

Uno de los fallos de mayor trascendencia es aquel, el cual termina, por mayoría, rechazando el requerimiento planteado por la defensa del menor Aarón Vásquez. En este fallo se han analizado numerosas disposiciones constitucionales denunciadas por la requirente como infringidas, revistiendo especial interés las consideraciones y fundamentos de la decisión en lo que se refiere a la garantía del artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución, como ya se ha dicho.

En primer lugar, en relación con los aspectos de interés, el primer precepto abordado por el fallo se refiere a la garantía del debido proceso. Se constata en la sentencia, que nuestra Constitución no consagra de forma expresa, como ya se ha analizado en párrafos anteriores, lo que doctrinariamente se conoce como “debido proceso”, sino que se limita hacer referencia a

dos de sus aspectos; esto es, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y luego, que corresponde al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo.

No obstante lo anterior, la sentencia señala entre sus fundamentos un concepto de debido proceso, entendiendo por tal "...aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses 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 del derecho". Tras otros fundamentos del fallo, se complementa la definición antes dada, agregando que "...desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no solo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado". Por último, y en razón de lo anterior se agrega que "... deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado".

Uno de los aspectos mayormente considerados al momento del fallo, consiste en las alegaciones centrales del requirente; esto es, que la sentencia recaída en el segundo juicio era la primera que le causa agravio. En este sentido, sostenía la defensa, que el primer fallo no era condenatorio ya que absolvía al acusado en aquello por lo que era condenado en el segundo, en referencia al homicidio calificado. En este punto, resulta evidente, que el veredicto reconoce dos tipos de agravio, uno objetivo y otro subjetivo, y no dudan en calificar la sentencia del primer juicio como "objetivamente agravante" para el acusado, que resultó condenado por el delito de homicidio simple.

Entonces, se agrega, ha sido el propio requirente de inaplicabilidad quien optó en su momento por no impugnar la primera sentencia, estimando que no le era agravante en términos subjetivos, decidiendo no ejercer un derecho que, de acuerdo todo lo expresado anteriormente, es componente del debido proceso.

Concluyendo se dice que “Los requisitos que configuran el debido proceso penal diseñado por el legislador se agotan cuando los sujetos hacen uso de los derechos o deciden no hacerlo en las condiciones y plazos fijados por la ley. Siendo así, no resulta razonable sostener que el efecto derivado de la decisión de no haber recurrido de nulidad el condenado en contra del primer juicio transforme en contrario a la Constitución el inciso segundo del artículo 387 que se impugna, cuando habiendo un segundo juicio el resultado del mismo es diferente en perjuicio del delincuente.”

Así las cosas, es posible advertir que el TC no reconoce, a lo largo de este fallo, ningún elemento del artículo en comento que contraríe a la garantía procesal invocada. No obstante lo anterior, esta conformidad con la garantía constitucional es solamente en principio, pues los jueces solo se han limitado a un análisis formal en cuanto al agravio sufrido por las partes, en particular, en el agravio de la defensa. Así también lo ha señalado el profesor Alejandro Arellano Cárdenas, el cual expone que “el análisis meramente formal de la parte final del inciso segundo del artículo 387 del Código procesal penal, si bien *a priori*, puede suponer la consagración de una garantía eficaz en relación al derecho al recurso, es en mi opinión insuficiente y limitante, y a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Constitucional, también discriminadora” (2013, pág.1); opinión que concuerda con la disidencia del fallo compuesta por los ministros Sres. Vodanovic y Fernández Baeza .

De esta manera, de acuerdo a la línea de este profesor, la posición sostenida por el TC exigiría que la defensa del acusado por un hecho punible consiga siempre la absolución total en el primer procedimiento y cualquier otra tesis jurídica que promueva, distinta de la absolución, aun cuando incluso se íntegramente aceptada y no le cause perjuicio alguno, no le sirva como fundamento para promover un eventual tercer juicio en caso de resultar vencido en el segundo.

### **3.2 Sentencia TC del 1 de Abril del 2008, Rol N° 821-07-INA.**

En cuanto a este fallo, el asunto sometido al veredicto del T.C planteaba una situación diversa, pues en este caso es el querellante quien reclamaba que la aplicación del inciso

segundo del artículo 387 del CPP producía un resultado diverso al inciso quinto del artículo 19 N° 3 de nuestra CPR.

En los hechos, el primer juicio terminó con sentencia absolutoria, que, junto con el juicio, fue anulada por la respectiva Corte de Apelaciones, de manera que por aplicación de la norma objetada, sólo la parte de la defensa podría, en el evento de que el segundo juicio fuese condenatorio, recurrir de nulidad, por encontrarse dentro de la hipótesis prevista por el inciso segundo del artículo en comento.

El requerimiento, tal como en el caso anterior fue rechazado, esta vez por consideraciones como; las circunstancias del caso concreto; segundo, la necesidad de certeza y seguridad inherentes a la resolución de conflictos por medio de un proceso; y por último, un criterio que ha sido sostenido en otras ocasiones por el T.C, el de no declarar la inaplicabilidad de una norma en aquellos casos que se siga consecuencias lesivas de mayor envergadura que la que se pretende remediar.

En cuanto a la primera circunstancia, los sentenciadores hacen referencia a la calidad de querellante del requirente en la causa, donde todavía se encuentra pendiente un segundo juicio a consecuencia de que fue invalidado, tras haberse acogido un recurso de nulidad planteado por la misma parte. Se desprende de esta manera, que la sentencia particulariza en el hecho de que el requirente lo que en definitiva busca es la realización de un eventual tercer juicio en el caso hipotético de que el fallo del segundo sea absolutorio, lo que para los sentenciadores no resulta coherente, racional ni justo con las bases del sistema procesal vigente.

En segundo lugar, invocan los sentenciadores las necesidades de certeza y seguridad que son inherentes a la resolución de conflictos por medio del proceso. Esto implica, dice el fallo, que en algún momento el proceso debe concluir, hecho en lo que se basa la preclusión de la impugnabilidad de las sentencias, como lo que se establece en este caso. En apoyo a este criterio, se invoca lo dispuesto en el artículo 76 de la Carta Fundamental, en el sentido que se prohíbe “hacer revivir procesos fenecidos”, con lo cual se concluye que la Constitución Política ha estructurado el ejercicio de la jurisdicción reconociendo expresamente la fundamental premisa de la necesidad del fin del proceso.

Sin perjuicio de lo legítima de la afirmación del Tribunal Constitucional, estimamos que pretender una inaplicabilidad o postular una corrección de la norma en análisis, no implica plantear que el proceso penal no llegue a tener fin, básicamente porque no basta con hacer un mero análisis formal para la procedencia de un tercer proceso en materia penal, es decir, el sentenciador no debe conformarse con el mero análisis de si la primera sentencia fue o no absoluta. Claramente una sentencia condenatoria, analizada en abstracto, lleva a la conclusión de que el condenado ha sido perjudicado con la resolución del tribunal, sin embargo, ello no siempre es así, pues en el caso en que el tribunal haya acogido la tesis de defensa del acusado, y haya condenado en los mismos términos que esta postuló, difícilmente podría sostenerse ante un tribunal superior que existe perjuicio que fundamente un eventual recurso.

Por último, los sentenciadores hicieron primar el criterio de no declarar la inaplicabilidad de una norma cuando aquello pudiera producir una lesión mayor a la que se pretende poner remedio, ya empleado en anteriores pronunciamientos. De esta manera, como motivación del rechazo del requerimiento para la inaplicabilidad de la norma en comento se tuvo el hecho de que, al menos, potencialmente, el querellante indefinidamente podrá recurrir de nulidad hasta obtener una sentencia condenatoria, mientras que el querellado, de ser condenado en el segundo juicio, no podrá impugnar dicha decisión, pues la procedencia del mismo a favor de dicha parte, para el evento aludido, está establecida precisamente en la norma impugnada y sin la misma no puede subsistir.

### **3.3 Sentencia TC del 2 de Abril del 2008. Rol N°1055-2008 INA.**

El tercer pronunciamiento corresponde, así como en el caso visto precedentemente, a un requerimiento que intenta un querellante en cuanto con sus posibilidades de recurrir la sentencia de un segundo juicio, teniendo como antecedente que en el primero resultó absuelto el acusado.

El fundamento de la decisión sobre la admisibilidad del requerimiento se basó, básicamente en dos líneas: la primera, sobre las consecuencias de la inaplicabilidad solicitada, y

la segunda, acerca del necesario término del proceso, reiterando los conceptos expuestos sobre estos mismos puntos en la sentencia de 01 de abril de 2008.

En cuanto a lo primero, los sentenciadores manifiestan que en el evento de declarar la inaplicabilidad solicitada por el querellante, el querellado resultaría privado de derecho a recurrir una eventual sentencia condenatoria, no obstante que el primer fallo lo absolvió y la segunda sentencia sería la primera que le causa agravio, agregando que la procedencia de dicho recurso está establecida precisamente en la norma impugnada y sin la misma no puede subsistir. Por el contrario, sostienen, en el caso que el segundo juicio culminara en una nueva absolución, el querellante y requirente "...podría seguir recurriendo de nulidad indefinidamente, lo que vulneraría el derecho a obtener una sentencia inamovible, desconociendo el efecto de cosa juzgada". Se agrega, finalmente, que la disposición cuya inaplicabilidad se persigue resulta, en esencia, acorde con los fines de certeza jurídica propios del sistema procesal penal.

Para ir concluyendo este análisis, y a modo de introducción de nuestra postura, consideramos que los razonamientos planteados por los sentenciadores a lo largo de los fallos analizados, parecen estar, deslegitimados. Esto a raíz de que la consideración del tribunal constitucional, en cuanto a la procedencia de un recurso, se basaba en la noción objetiva de agravio, es decir, que por el hecho de haber sido condenado el sujeto en la primera sentencia, fue efectivamente perjudicado, y al no recurrir dicha resolución, limitó, voluntariamente, su derecho a defensa. Claramente, no compartimos esta opinión, y estimamos que se conforma con un mero análisis formal y abstracto de la noción de agravio, sin atender a las particularidades del caso que se somete a su conocimiento.

## **CAPITULO II. PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DE REVISIÓN DE LA SENTENCIA DEL CONDENADO EN UN SEGUNDO JUICIO**

### **1. El recurso de queja como principal mecanismo de impugnación en un segundo juicio**

---

#### **1.1 El recurso de queja: origen y concepto**

Todo el sistema procesal chileno está construido sobre la base del principio de la doble instancia. Sin embargo, este principio sufrió una arremetida cuando el uso indiscriminado del recurso de queja terminó por transformar a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de “tercera instancia”. (Oberg Yañez, 2006, pág59).

Este escenario hizo imperante una modificación legal que se hiciera cargo de esta realidad y que reforzara el carácter esencialmente disciplinario de este recurso cuya principal motivación era la corrección disciplinaria del juez al momento de resolver.

De esta forma, el Presidente de la República, don Patricio Aylwin Azócar, a través de un Mensaje enviado al Senado el 20 de Octubre de 1992, restringe el ámbito del recurso de queja, pues éste siendo un recurso disciplinario, “ha distorsionado en la práctica, el sistema procesal, y la función jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que se interpone en vez de otros recursos procedentes, recargando el trabajo de las cortes” (Tavolari Oliveros, 1996, pág.7-8). Se originó de esta manera la Ley N° 19.374, la cual vino a complementar los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), y el artículo 82 de la Constitución Política de la República, que regulaban dicho recurso.

En virtud de dicha ley, podemos referirnos al recurso de queja como el “medio que franquea la ley a la parte agraviada por una resolución judicial abusiva para que se la deje sin efecto o se la enmiende” (Casarino Viterbo, 2006, pág.169).

O bien, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 545 del COT, podemos concebir a este

recurso como “un medio de impugnación extraordinario que la ley confiere a las partes, para impetrar de un tribunal superior el ejercicio de sus facultades disciplinarias respecto de los jueces o de los órganos que ejerzan jurisdicción por las faltas o abusos graves cometidos en el pronunciamiento de ciertas resoluciones judiciales que no son susceptibles de ser impugnadas por vía jurisdiccional” (Oberberg Yañez, 2006, pág.60).

En relación a su naturaleza, en opinión del profesor Casarino, se le llama recurso porque su verdadero objeto es invalidar o enmendar una determinada resolución judicial, además de las medidas disciplinarias que puedan derivarse de la falta o abuso cometido en el pronunciamiento de la resolución recurrida. En consecuencia, “el que recurre de queja, generalmente, pide, en primer término, que se deje sin efecto la resolución que estima abusiva y se la reemplace por otra o, en subsidio que se la modifique; y, en segundo término, que se apliquen las sanciones correspondientes al juez que dictó semejante resolución”. (Casarino, 2006, pág.170)

De esta forma, el carácter disciplinario del recurso de queja se vuelve secundario para el litigante agraviado, a pesar que fue la misma Comisión del Senado la que consideró que “el recurso tiene por exclusiva finalidad, corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”. (Tavolari Oliveros, 1996, pág.11)

Sin embargo, la desvirtuación del recurso de queja “no puede ser criticada globalmente en forma desfavorable, máxime si se tiene presente que la queja, como recurso procesal, es un medio eficaz para modificar situaciones de injusticia notoria, que se presentan por juzgamientos erróneos. En otras palabras, aparece como algo improcedente o, por lo menos, no recomendable, una revisión de lo que podría llamarse estatuto básico del recurso de queja, pretendiendo, de partida, que sea un medio exclusivamente destinado al ejercicio de las facultades disciplinarias, porque es innegable que las faltas o abusos pueden cometerse en las mismas resoluciones judiciales y que un remedio pronto al mal que ello produzca es eficaz anulándolas.” (Calvo Castro, 1977, pág.272)

Asimismo ha sido entendida la finalidad del recurso de queja por la jurisprudencia, pero no desconocen la relación de este recurso con las facultades disciplinarias de que se encuentran

investidos los Tribunales Superiores de Justicia y, a su vez, “que la disciplina dice relación con el orden, pero éste resulta subordinado a la ley, en términos que el análisis de la existencia de los presupuestos fácticos para la procedencia del ejercicio de las facultades disciplinarias importa o conduce a analizar en el caso concreto si los sentenciadores obraron o no dentro del marco de acción que la ley les permite, o dicho de otro modo si el legislador impuso para el caso concreto una forma de conducta obligada, puesto que sólo en el caso de exceder dichos márgenes cabe hacer uso de las referidas facultades” (Sentencia Corte Suprema, 9 de Agosto del 2005, rol n° 3478-05, considerando segundo).

Ahora bien, la ley no señala expresamente qué debe entenderse por “falta o abuso grave”, y en consecuencia, “atendida su indeterminación fáctica, requiere, de parte de los jueces que conocen del recurso, que se llene su contenido normativo, lo que ha venido haciendo la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores en tres órdenes de situaciones: a) la contravención formal de ley, que se genera cuando el tribunal recurrido, no obstante el texto claro y expreso de la ley, se aparta de ella en la dictación de una resolución judicial; b) la interpretación errada de la ley, que se produce cuando el tribunal al aplicar la norma jurídica se aleja abiertamente de las reglas de interpretación establecidas en nuestro ordenamiento positivo, y c) la falsa apreciación de los antecedentes, que se actualiza cuando se dicta una resolución judicial que contiene conclusiones fácticas ostensiblemente arbitrarias, subjetivas, no racionales.” (Sentencia Corte de Apelaciones de Arica, 27 de Diciembre 2010, rol N° 257-2010, considerando cuarto)

Atendiendo lo anterior, podemos concluir que “el significado de las causales del recurso de queja, o sea, la existencia de “faltas” o “abusos” trasciende a lo propiamente disciplinario y por ello se las identifica con la infracción de las normas de derecho en todas sus expresiones, se trate de error de rito, o de juzgamiento, o se analicen o juzguen las cuestiones de hecho y derecho” (Calvo Castro, 1977, pág.271)

## **1.2 El recurso de queja y su procedencia**

En términos positivos, a raíz del artículo 545 del COT, puede deducirse que el recurso de queja procede “solamente, cuando se cometan graves faltas o abusos, en el pronunciamiento de alguna de las siguientes resoluciones jurisdiccionales, no impugnables por vía de recursos ordinarios ni extraordinarios:” (Tavolari, 1996, pág.12)

- Sentencias definitivas.
- Sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución.
- Sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma. (Oberg Yañez, 2006, pág.61)

En virtud de lo anterior, tenemos como regla de carácter general que el recurso de queja no puede ser deducido conjuntamente con otro recurso u otros recursos, sean ordinarios o extraordinarios, ya que la existencia de cualquiera de ellos hace improcedente el recurso de queja.

En consecuencia, las sentencias dictadas por árbitros arbitradores constituyen la única excepción a esta regla general. A lo cual Maturana ha señalado que “esta excepción en que es procedente la acumulación del recurso de queja con el de casación en la forma, es el único caso en el cual podrá aplicarse la norma contenida sobre acumulación para la tramitación conjunta del recurso de queja con otros recursos que se contempla en el artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales.” (Maturana y Mosquera, 2012, pág.392)

Al efecto, dispone este precepto que “En caso que, además de haberse interpuesto recursos jurisdiccionales, se haya deducido recurso de queja, éste se acumulará a los recursos jurisdiccionales, y deberá resolverse conjuntamente con ellos”.

Además, para la procedencia del recurso de queja en cualquiera de las antedichas resoluciones, “las faltas o abusos invocados deben ser de gran entidad o importancia, de modo que justifiquen la enmienda de lo resuelto y la eventual sanción disciplinaria de los jueces recurridos” (Sentencia CA de Arica, 27 de Diciembre 2010, rol N° 257-2010, considerando

cuarto), es decir, no se trata de meras discordancias interpretativas entre recurrente y juez, sino que el actuar del tribunal debe gozar de cierta gravedad que justifica la modificación de la sentencia, y “aunque pueda ser discutida y aún equivocada la tesis jurídica sustentada por el juez recurrido, esa sola consideración no basta para que la Corte Suprema haga uso de sus facultades disciplinarias y para dar admisión al recurso de queja” (Sentencia Corte Suprema, 21 de Julio 2010, rol N° 4178-10, considerando tercero)

Ahora bien, en relación a la interposición del recurso en contra las sentencias definitivas, el profesor Tavolari señala que “no habrá otra sentencia de este tipo que autorice deducir un recurso de queja que aquellas dictadas en procedimientos especiales en los que el legislador haya declarado, expresamente, que en su contra no es admisible recurso alguno, situación de suyo improbable y de difícil mantención en el ordenamiento jurídico actual, habida consideración de la garantía establecida en el artículo 8°, N°2, letra h), de la Convención Americana de Derechos Humanos, con arreglo la cual, toda persona tiene derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”” (1996, pág.13). Sin embargo, como bien sabemos, aquella situación a la que se refiere el profesor, si existe, y se encuentra explícita en el inciso segundo del artículo 387° del CPP.

### **1.3 El recurso de queja y el proceso penal**

“Atendida la consagración constitucional del recurso de queja, y dada su regulación en una ley orgánica constitucional, como lo es para estos efectos en la parte pertinente el Código Orgánico de Tribunales, se sostuvo en un comienzo que no resultaba admisible sostener que dichas normas habían sido modificadas por el Código Procesal Penal, el que ni siquiera fue sometido a un control preventivo de constitucionalidad en estas materias.

De acuerdo con ello, resultaba plenamente justificable que la Corte Suprema en un comienzo considerara vigente el recurso de queja en el nuevo sistema procesal penal respecto de las resoluciones que se dicten y respecto de las cuáles se reúnan los requisitos que lo hacen procedente, por cuanto no era posible concebir conforme a los principios que regían un antiguo

sistema que ella no pudiera ejercer sus facultades disciplinarias de origen constitucional respecto de las graves faltas o abusos que se cometen en ellas. Así, por ejemplo, la Corte Suprema acogió recurso de queja deducido por la Defensoría Penal Pública en contra de una resolución que había declarado abandonado un recurso de nulidad (Corte Suprema, 23 de Julio de 2002. Rol ingreso 881-02). En este mismo sentido, nuestra Excm. Corte Suprema en sentencia de 10 de Julio de 2002, rol 1386-02, ha declarado que si el Tribunal que conoce del 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 de 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.” (Maturana y Mosquera, 2012, pág.388-389)

#### **1.4 El recurso de queja y el inciso segundo del artículo 387 del CPP**

Como vimos anteriormente, el recurso de queja solamente procede en contra de aquellas resoluciones jurisdiccionales respecto de las cuales no es posible interponer otro recurso, sea ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la excepción correspondiente.

Dicho requisito cobra una importancia fundamental al momento de preguntarse por la procedencia de este recurso en una sentencia definitiva dictada por un tribunal con competencia en lo penal, puesto que los diversos tratados internacionales consagran el derecho de todo condenado para revisar, ante un juez superior e imparcial, la resolución que le provoca tal agravio; lo que dificulta encontrar un recurrente de este tipo.

No obstante, el inciso segundo del artículo 387 del CPP nos remite a este escenario al denegar toda clase de recursos en un segundo juicio cuando el primero ya había sido anulado, dando cabida a este difícil requisito del recurso de queja.

Como era de esperar, esta situación no pasó inadvertida en el medio judicial, y los múltiples agentes jurídicos comenzaron a interponer este recurso ante los tribunales superiores con el objeto de salvaguardar el derecho de revisión consagrado en los tratados internacionales valiéndose de este mecanismo disciplinario con el fin de obtener la rectificación de una sentencia desfavorable en un segundo juicio.

Sin embargo, y a pesar de los múltiples esfuerzos doctrinales e interpretativos por parte de algunos aventurados abogados, las Cortes de Apelaciones se han mostrado reacias a admitir este recurso, y “aún cuando pudiere estimarse plenamente vigente en esta materia el recurso de queja, es el caso que actualmente la forma de enmendar una falta o abuso grave contenido en una sentencia definitiva absolutoria de un Tribunal Oral en lo Penal dictada en un segundo juicio a consecuencia de haber sido anulado el primero, el Superior Jerárquico no podría enmendar por sí mismo el vicio denunciado sino que en tal hipótesis debe actuar en la forma que determina el legislador, es decir, únicamente ordenando un nuevo juicio oral ante tribunal competente no inhabilitado, respetando así el principio de la inmediación, sin perjuicio de que, además, el artículo 387 del Código Procesal Penal, en su inciso segundo, impide revisar por tercera vez una sentencia firme absolutoria de un acusado, lo que concuerda con el principio de persecución única que consagra el inciso segundo del artículo 1º del mencionado Código Procesal Penal sin necesidad de invocar en este fallo los Tratados Internacionales vigentes en la materia que prohíben la persecución penal múltiple.”(Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de Mayo del 2006, Rol N°546-2006). La misma sentencia establece que admitir el recurso de queja “implicaría desconocer principios fundamentales de todo sistema penal como es el principio pro reo, y los principios rectores propios del Código Procesal Penal como son el de persecución única que consagra el inciso segundo del artículo 1º del Código, el ya mencionado principio de inmediación que caracteriza todo el nuevo sistema Procesal Penal y la presunción de inocencia que en este caso se ha concretado en dos sentencias recaídas en los

mismo hechos, siendo la segunda de término, es decir, de carácter conclusivo.”

Al mismo resultado ha llegado la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual ha declarado la improcedencia del recurso de queja en la sentencia del 29 de Abril del 2009, por haberse interpuesto frente una resolución que revestía los caracteres de un auto.

Sin embargo, no todos los recursos de queja han sido inadmitidos por las Cortes de Apelaciones de nuestro país. Incluso, hay jueces que directamente han establecido la procedencia de este recurso en contra de las sentencias dictadas en un segundo juicio, sin perjuicio que han sido en su mayoría rechazados, ya sea por falta de abuso, o bien, por falta de gravedad. En esta línea, la Corte de Apelaciones de Talca en sentencia del 20 de Noviembre del 2012 (Rol N°412-2012), hace referencia al artículo 387 del CPP pero no discute la procedencia del recurso, sino que lo rechaza por considerar que los jueces recurridos no cometieron las faltas que se les imputaban. A su vez, la Corte de Apelaciones de San Miguel, de forma emblemática, ha dispuesto que “en el caso de autos la sentencia anulada dictada con fecha 7 de diciembre de 2011 ha sido condenatoria y la sentencia que es objeto del presente recurso es absolutoria, en consecuencia, el único recurso procedente resulta ser el de queja interpuesto en contra de la sentencia que absolvió a los imputados conforme el criterio de la mayoría de esta Corte, razón por la cual corresponde entonces determinar por la presente vía si las señoras jueces recurridas -al decidir como lo hicieron- incurrieron en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario corregir mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias respectivas.” (24 de Abril 2012, Rol N°342-2012). No obstante, este también fue rechazado.

Como excepción a estos criterios, pueden citarse dos casos conocidos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en los cuales, acogándose recursos de queja planteados como única vía posible para recurrir ante la prohibición del artículo 387, dictan sentencias de reemplazo absolutorias en ambos casos. Se trata de las sentencias dictadas el 13 de Diciembre del 2012(Rol N°1101-2012) y el 19 de Junio del 2012(Rol N°560-2012)

## **2. La “reinterpretación” del inciso segundo artículo 387 del CPP**

## 2.1 El agravio como fundamento de un eventual tercer juicio

De lo analizado en las páginas anteriores, resulta elocuente que en nuestro proceso penal, sin perjuicio de los casos aislados en que el recurso de queja ha encontrado asilo, se ve vulnerada la garantía del debido proceso, más precisamente, la posibilidad que tiene el condenado de recurrir la sentencia que ha recaído en definitiva sobre la *litis*, en la que ha participado. En este respecto, y más concretamente debido a la restricción arbitraria que nuestro legislador ha realizado en el artículo 387 inciso segundo de nuestro CPP, en cuanto a la procedencia del recurso de nulidad en un segundo juicio, se nos hace menester la introducción de una postura reinterpretaiva de la literalidad de la norma, con el objeto de confrontar las posturas pétreas que se han mantenido respecto a los requerimientos y acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos ante nuestro TC, los cuales han sido rechazados en su generalidad por el mismo, atendiendo a los fundamentos descritos en apartados anteriores.

Para la reinterpretación de la norma en cuestión, nos valdremos de los elementos que se desprenden de la literalidad de la misma, para así desentrañar el sentido y alcance que a modo de propuesta otorgaremos a sus hipótesis o enunciados. Así las cosas, el artículo 387 inciso 2° reza “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 en favor del acusado, conforme a las reglas generales.”

Del análisis meramente formal de la parte final del inciso segundo del artículo 387 del CPP si bien, desde un análisis *a priori*, puede suponer la consagración de una garantía eficaz en relación al derecho al recurso, respondiendo a la pregunta que nos planteamos al inicio sobre si garantiza o no el procedimiento racional y justo para el acusado, es en nuestra opinión insuficiente y limitante, y a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Constitucional, también discriminadora. Ello por cuanto exige que la defensa del acusado por un hecho punible consiga siempre la absolución total en el primer procedimiento, y por ende cualquiera otra tesis jurídica que promueva, distinta de la absolución, aún cuando sea cabalmente aceptada y no le cause

perjuicio alguno en su pretensión, no le servirá como fundamento para promover un eventual tercer juicio en caso de resultar vencido en el segundo.

Para la comprensión de nuestro planteamiento, nos parece propedéutico hacer alusión a qué debemos entender por agravio.

El agravio, según Colombo Campbell, es la “contradicción que existe entre lo pedido por la parte y lo concedido por el juez” (pág.260). Al mismo tiempo, este autor distingue entre dos posibles tipos de agravio, el objetivo y el agravio subjetivo. Mientras que el primero se presenta cuando el tribunal no otorga todo lo pedido por la parte, y resulta de comparar la pretensión con la sentencia; el subjetivo se corresponde con un proceso mental del individuo que frente a una sentencia que objetivamente lo agravia, es inducido a recurrir y decide realizar los actos procesales necesarios para obtener la modificación o invalidación de dicha resolución. (1997, pág.261).

En otros términos, el que no resulta absuelto de todos los cargos en el primer proceso, aún cuando no haya buscado la absolución, será perjudicado con la literalidad de la norma ya que, a juicio del Tribunal Constitucional, esto constituye un agravio desde el punto de vista objetivo, cuestión que a nuestro parecer, resulta difícil de comprender atendiendo a la concepción de agravio antes dada. Esto a diferencia de lo que ocurre con el imputado que busca la absolución y, efectivamente, el tribunal se la concede, quien si tendrá por ese solo hecho la posibilidad de buscar un eventual tercer juicio.

Claramente una sentencia condenatoria, analizada en abstracto, conduce a la conclusión de que el condenado ha sido perjudicado con la resolución del tribunal, no obstante, ello no siempre es así, pues en el caso en que el tribunal haya acogido la tesis de defensa del acusado, y haya condenado en los mismos términos que esta postuló, difícilmente podría sostenerse ante un tribunal superior que existe perjuicio que fundamente un eventual recurso. Así las cosas, lo que sostenemos, es que el análisis de la procedencia o no de un recurso de nulidad en contra de una segunda sentencia debe centrarse en determinar si la primera sentencia causó o no agravio (no si fue absolutoria) y entender ese agravio desde la perspectiva de la parte afectada. En concreto, postulamos que la redacción de la norma debiese orientarse o corregirse

de tal forma que permita entender que si la primera sentencia no causó agravio, y la segunda sí, debe necesariamente existir la posibilidad de revisar el proceso en un tercer pronunciamiento definitivo y, de esta forma, cumplir cabalmente lo dispuesto por los tratados internacionales, en relación a la facultad del condenado de revisar una sentencia desfavorable.

Por otro lado, debemos constatar que dicha norma es condicionada a una circunstancia anterior y extraña al juicio. Esto se debe a que la facultad de recurrir no depende ni se habilita por el resultado actual del segundo juicio, y el eventual perjuicio o agravio que este segundo juicio le pueda haber causado, sino que depende y habilita según un resultado anterior, extraño al juicio actual, proveniente del primer juicio anulado. Si el resultado fue uno u otro en aquel, sabremos si hay o no hay recurso en el actual.

Observamos entonces que aquel primitivo juicio y sentencia declarados nulos, cuyos efectos dejaron de existir en el mundo del derecho, mantienen una suerte de ultra actividad con esta norma, pues siguen produciendo un efecto jurídico de la máxima importancia: definir si nace o no nace el derecho a recurrir en el nuevo juicio. Si la persona fue absuelta, goza de la garantía del derecho al recurso en el juicio actual. Si la persona fue condenada, no obstante haberse anulado esa decisión, ella determina que en el nuevo juicio el condenado carece del derecho al recurso.

Por tanto, debiera entenderse el agravio desde el punto de vista del interviniente, a partir de si su teoría del caso fue o no acogida en el actual juicio que ahora lo sentencia. El perjuicio, en resumen, se enuncia entonces como teoría del caso rechazada en juicio.

## CONCLUSIÓN

Tras el análisis metodológico realizado en la presente tesis, es posible establecer con claridad, luego de haber analizado la garantía constitucional del “debido proceso” o del “proceso racional y justo” (artículo 19 N<sup>o</sup> 3, inciso de la Constitución), entendiéndolo como un conjunto de garantías, la cual debe interpretarse a la luz de la órbita de los tratados internacionales ratificados por Chile, no es posible sino concluir que la misma es omnicompreensiva de otra garantía esencial, cual es el derecho a recurrir de una sentencia.

Así las cosas, la situación jurídica- procesal planteada por el inciso segundo del artículo 387 del código procesal penal, en relación a la garantía del debido proceso, plantea serias dudas en torno a su constitucionalidad, en cuanto a:

- 1) Impide a un condenado ejercer un recurso esencial dentro del nuevo proceso penal;
- 2) Al vetar el ejercicio de este recurso, evita la posibilidad 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 Tratados Internacionales;
- 3) Por tanto hipotéticamente un tribunal podría llevar a cabo un segundo juicio infringiendo todas las garantías del debido proceso sin que ello pueda ser remediado por ninguna instancia jurisdiccional.

No obstante los argumentos anteriores, el TC luego de conocer de esta temática, la primera de ella a propósito del caso “José toconal” (2007) y la segunda del caso “Arón Vázquez” (2008) se ha mantenido en una postura pétrea en torno a estos requerimientos, rechazándolos en su generalidad, bajo el razonamiento, que sin perjuicio de otros, nos valem para encaminar la solución propuesta, consistente en que la eliminación de la norma aludida por la impugnación puede producir una mayor lesión a la que se pretende poner remedio, puesto que, al menos potencialmente, el querellante indefinidamente podrá recurrir de nulidad hasta obtener una sentencia condenatoria, mientras que el querellado, de ser

condenado en el segundo juicio, no podrá impugnar dicha decisión, pues la procedencia del mismo a favor de dicha parte, para el evento aludido, está establecida precisamente en la norma impugnada y sin la misma no puede subsistir.

De esta forma, y tras haber analizado las soluciones que, desde una perspectiva doctrinal como jurisprudencial se han esbozado, es que proponemos una solución que viene dada desde la esfera de la reinterpretación de la norma en comento, específicamente de su inciso segundo en su parte final.

En esta línea entendemos que de un análisis meramente literario de éste inciso lejos de constituirse como una garantía eficaz en relación al derecho al recurso, a nuestro parecer, resulta ineficiente y limitante. Efectivamente, este razonamiento implicaría que la defensa del acusado por un hecho punible consiga siempre la absolución total en el primer procedimiento, descartándose cualquier otra tesis jurídica favorable, distinta de la absolución, incluso cuando sea cabalmente aceptada y no le cause perjuicio alguno en su pretensión, no le servirá como fundamento para promover un eventual tercer juicio en caso de resultar vencido en el segundo.

En consecuencia, se debe acabar la aplicación literal de la norma, porque con ello se ha llegado a interpretar con prescindencia de los intervinientes el ejercicio del derecho al recurso, olvidando su carácter de garantía judicial individual y subjetiva integrante de los derechos humanos reconocidos a toda persona, en privilegio de una aspiración de economía procesal como sería evitar la posible reiteración o repetición sucesiva de juicios o juzgamientos defectuosos. Precisamente como derecho humano, correspondería garantizar que el juzgamiento criminal se repitiera tantas veces como sea necesario para que se haga correctamente, y el instrumento para alcanzar tal aspiración es el derecho al recurso.

Por lo tanto, la solución a este problema no sólo debería apuntar a la interpretación conforme a la garantía del recurso, sino derechamente acoger los intentos de inaplicabilidad del artículo 387 o admitir los recursos de queja contra los fallos del segundo juicio o las inadmisibilidades de recursos de nulidad, cumpliendo la obligación estatal de adecuar su ordenamiento interno a las garantías judiciales establecidas en la Convención, al menos

mientras el legislador nacional no modifique dicha norma, en orden a garantizar expresamente el recurso en beneficio del condenado.

## BIBLIOGRAFIA

- 1) Arellano Cárdenas, Alejandro (2013): *“Recurso de Nulidad y derecho al recurso: Comentario a raíz de la limitación establecida en el artículo 387 del Código procesal Penal”*, Revista de Estudios Ius Novum, Centro de estudios, Universidad de Talca, Chile.
- 2) Ashworth, Andrew (2002): *“Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure”*. Editorial Sweet & Maxwell, London.
- 3) Calvo Castro, Gonzalo (1977): *“Algunos aspectos del recurso de queja”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°1, Valparaíso, Chile.
- 4) Casarino Viterbo, Mario (2006): *“Manual de Derecho Procesal”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 5) Cea Egaña, José Luis, (1988): *“Tratado de la Constitución de 1980”*, Editorial Jurídica, Chile.
- 6) Cortez Matcovich, Gonzalo (2006): *“El recurso de nulidad: Doctrina y jurisprudencia”*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.
- 7) Colombo Campbell, Juan (2006): *“El debido proceso constitucional”*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile.
- 8) Colombo Campbell, Juan (1997): *“Los actos procesales”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 9) Del Río Ferreti, Carlos (2012) *“Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”*, en Estudios Constitucionales, año 10, N°1, Centro de estudios constitucionales Universidad de Talca, Chile.
- 10) Espinoza Vidal, Carlos y Hurtado de la Fuente, Alejandro (2005): *“El debido proceso en el nuevo proceso penal”*, Editorial La ley, Santiago, Chile.
- 11) Figueroa Veas, Leonel (2006) *“Recurso de nulidad: Principal mecanismo de protección de los Derechos y garantías individuales en el proceso penal”*, tesis de grado de ciencias jurídicas, Universidad de Valparaíso, Escuela de derecho, Valparaíso, Chile.
- 12) García Leal (2003): *“El debido proceso y la tutela judicial efectiva”*, Frónesis v.10 n.3, Caracas, Venezuela.
- 13) Gozaini, Osvaldo Alfredo (1988): *“El debido proceso”*
- 14) Horvitz, María Inés y López Masle, Julián (2010): *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 15) Horvitz, María Inés y López Masle, Julián (2004): *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 16) Maturana, Cristián y Mosquera, Mario (2012): *“Los recursos procesales”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 17) Morello, Augusto (1994): *“EL Proceso Justo”*, Editorial Platense-Abeledo-Perrot, Buenos

Aires, Argentina.

- 18) Nogueira Alcalá, Humberto (2007): *“El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano”*, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.
- 19) Oberg Yañez, Hector (2006): *“Recursos procesales civiles”*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile.
- 20) Peña Neira, Sergio (2010): *“La nulidad procesal civil, penal y laboral”*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile.
- 21) Pramps Julián, Claudio, *“inconstitucionalidad del artículo 387º, inciso 2 del nuevo código de procedimiento penal”*, La Semana Jurídica de 30 de Diciembre de 2002 a 5 de Enero de 2003, Hamburgo, Alemania.
- 22) Ramírez Águila, Gonzalo, (2006) *“El recurso de nulidad en el código procesal penal del 2000”*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad Arturo Prat, Escuela de derecho, Iquique, Chile.
- 23) Ramos Mendez, Francisco (1998): *“El debido proceso penal”*, Editorial Reus, Madrid, España.
- 24) Rieutord Alvarado, Andrés (2007): *“El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- 25) Rodríguez Rescia, Víctor (1998): *“El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. En: Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- 26) Tavolari Oliveros, Raúl (1996): *“Recursos de Casación y Queja”*, Editorial LexisNexis, Santiago, Chile.
- 27) Tavolari Oliveros, Raúl (2005): *“Instituciones del nuevo proceso penal”*, Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, Chile.
- 28) Tavolari Oliveros, Raúl (2000): *“El proceso en acción”*. Editorial Libromar, Valparaíso,
- 29) Tavolari Oliveros, Raúl (2005): *“De los recursos en el nuevo Código Procesal Chileno”*, Revista de Derecho Procesal, N°20, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile.
- 30) Toro Cornejo, Ibed (2012): *“El derecho al debido proceso”*, Editorial El Jurista, Santiago, Chile.
- 31) Vodanovic Schnake, Natalio (2002): *“Restricciones del recurso de nulidad. Algunos alcances comparados”*, Revista de derecho n°7, Consejo Nacional de defensa del Estado, Chile.

