



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Procesal**

---

**EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REFORMATIO IN  
PEIUS EN EL RECURSO DE NULIDAD PENAL**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**AUTORA:**

Francisca Isabel Dossetti López

**PROFESOR GUÍA:**

Francisco José Ferrada Culaciati

---

Santiago de Chile

2021

*A Angélica, Carlos y Álvaro, por acompañarme y apoyarme en este largo camino.*

*A Francisco Ferrada, por su guía y consejo.*

*A Francisca, con quien nunca supimos qué y porqué era tan lindo.*

*A Francisco, que siempre me acompañó, aconsejó y ayudó a volver a Tierra.*

*A mis cinco hijas de cuatro patas, por darme amor, compañía y serotonina cuando más lo necesité.*

## Índice

|   |    |
|---|----|
| Resumen .....   | 1  |
| Introducción.....   | 2  |
| Capítulo I: El principio <i>non reformatio in peius</i> .....                                       | 4  |
| Capítulo II: El principio <i>non reformatio in peius</i> en el sistema procesal penal chileno ..... | 9  |
| 1. Principio de <i>non reformatio in peius</i> en el sistema procesal penal chileno.....            | 9  |
| 2. Relevancia del derecho al recurso y sistema recursivo en materia procesal penal....              | 13 |
| Capítulo III: Problemas de aplicación en el recurso de nulidad .....                                | 24 |
| 1. Existencia de vicios en la realización del nuevo juicio .....                                    | 24 |
| 1.1. Incidente de nulidad .....   | 25 |
| 1.2. Recurso de queja .....   | 26 |
| 1.3. Acción constitucional de amparo .....  | 33 |
| 1.4. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.....                                 | 36 |
| 2. Inexistencia de límites de determinación de la pena en el nuevo juicio.....                      | 38 |
| Conclusiones.....   | 45 |
| Bibliografía.....   | 47 |
| Jurisprudencia Tribunal Constitucional.....   | 48 |
| Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.....  | 49 |

## **Resumen**

Este trabajo tiene por objeto presentar los problemas que se dan actualmente en el sistema recursivo penal por aplicación de los artículo 360 inciso final y 387 inciso 2°, ambos del Código Procesal Penal, y cómo estas disposiciones se contraponen a la *non reformatio in peius* como parte integrante del derecho al recurso, exponiendo las definiciones y principios fundamentales de estos conceptos.

En base a dicho estudio, se desarrollarán los problemas de aplicación de los artículos ya mencionados, explorando además medios de solución de estos conflictos mediante las instituciones actualmente vigentes en nuestro sistema procesal penal.

## Introducción

La reforma procesal penal del año 2005 significó un cambio total en el entendimiento de los sujetos procesales que intervienen, los principios inspiradores del proceso, los derechos y garantías base de su institucionalidad, el procedimiento a seguir y el sistema recursivo contemplado para la impugnación de las resoluciones. Sobre este último punto, destaca la eliminación del recurso de apelación dentro del procedimiento ordinario, pasando de tener un proceso de dos instancias a uno de única instancia, como lo es el juicio oral conocido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Con el fin de cumplir con los estándares impuestos por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile respecto del derecho al recurso, se crea el recurso de nulidad como principal forma de impugnación de las sentencias del juicio oral, el cual solo procede por la concurrencia de una o más de las causales expresamente señaladas en el Código Procesal Penal, traduciéndolo en un recurso de carácter extraordinario y de derecho estricto, limitando de esta forma el sistema recursivo en favor de la celeridad y la inmediación que el nuevo sistema pretendía instaurar dentro de la totalidad del proceso.

Dentro de este mismo tema, el inciso final del artículo 360 del Código Procesal Penal establece el sistema general en materia recursiva, el cual es que, dada la competencia específica a la respectiva Corte para conocer del recurso y habiendo recurrido solo uno de los intervinientes, no podrá reformarse la resolución recurrida en perjuicio del recurrente; en otras palabras, consagra la prohibición de la *reformatio in peius*, o prohibición de reforma peyorativa, en materia procesal penal, cambiando la lógica seguida por el antiguo Código de Procedimiento Penal.

Como complemento y límite del sistema recursivo, encontramos el inciso 2º del artículo 387 del Código Procesal Penal, el cual consagra que la sentencia dictada en el nuevo juicio no será susceptible de recurso alguno, con la excepción de recurrir el imputado por sentencia condenatoria cuando la sentencia anulada haya sido absolutoria.

A este respecto nos encontramos con dos problemas fundamentales: El primero consiste en que no se contemplan recursos para posibles vicios que, eventualmente, puedan ocurrir durante el nuevo juicio o en la nueva sentencia, lo que deja en un estado de incertidumbre y de indefensión al imputado por eventuales errores o arbitrariedades en que pueda incurrir el

tribunal y la consecuente falta de medios idóneos e indiscutidos para poder subsanar y corregir dichos errores.

El segundo problema dice relación con que, anulada la primera sentencia e iniciado el nuevo juicio, el Tribunal que vuelva a conocer de la causa, de resultar la sentencia condenatoria, no tendrá un límite para la aplicación de penas, lo que puede derivar en que el imputado dude si es recomendable o no recurrir al superior jerárquico, afectando así su derecho al recurso por coartar en la práctica su libre ejercicio.

Este trabajo tiene por finalidad exponer y desarrollar estos problemas y deficiencias en el marco del recurso de nulidad y analizar bajo qué otros mecanismos o interpretaciones podrían estos ser o no solucionados, en base a su idoneidad y factibilidad práctica. Para ello, se tratará el principio de *non reformatio in peius*, tanto en general como su aplicación y consagración en nuestro sistema procesal penal; se tratará el vínculo que existe entre este principio y el derecho al recurso, y se expondrá la relevancia del sistema recursivo en materia penal. Finalmente, se tratarán los problemas, deficiencias o vulneraciones de ellos en el ejercicio del recurso de nulidad en sede penal, y las formas en que podrían salvarse con las instituciones actualmente existentes, para luego arribar a las conclusiones.

## Capítulo I: El principio *non reformatio in peius*

### 1. Principio de *non reformatio in peius*

El principio de *non reformatio in peius*, o prohibición de reforma peyorativa, es una parte esencial del sistema procesal en general, siendo además una garantía fundamental procesal reconocida a nivel de los tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, y en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este principio se entiende como la prohibición que pesa sobre el tribunal superior jerárquico, que conoce del recurso de impugnación de la sentencia, de reformar en perjuicio del imputado cuando éste hubiera sido interpuesto únicamente por él.

El profesor MAIER señalaba que “la *reformatio in peius* vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales y, básicamente, significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley, en su favor”<sup>1</sup>.

Se relaciona con el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto deferido como lo reclamado), por el cual se determina que el tribunal que conoce del recurso solo podrá desplazarse dentro de los límites entregados en el petitorio del recurso de quien lo interpuso, estableciéndose así su competencia específica para conocer del asunto. Así, si un imputado condenado a cinco años de privación de libertad recurre de la sentencia condenatoria solicitando que se le absuelva, y siendo el único interviniente que impugna la sentencia, el tribunal que conoce del recurso solo podrá decidir dentro del límite de la absolución hasta los cinco años originalmente establecidos, aun cuando de los antecedentes del caso pueda determinarse una pena superior.

### 2. Vinculación del principio de *non reformatio in peius* con el derecho al recurso

---

<sup>1</sup> Julio Maier, *Derecho procesal penal: fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), p. 590.

Tanto el principio de *non reformatio in peius* como el derecho al recurso forman parte del debido proceso.

El debido proceso se refiere al conjunto de garantías que deben observar los distintos procedimientos en resguardo de los derechos de las personas que intervienen en ellos.

Nuestra Constitución consagra el derecho al debido proceso en su artículo 19 N°3, inciso sexto, el cual señala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La consagración del debido proceso en términos tan amplios se dio en respuesta a la necesidad de garantizar este derecho, pero sin por eso limitar su entendimiento y protección con un listado tal vez largo, engorroso y taxativo de los elementos que lo integran, dejando así la posibilidad de que estos componentes encuentren su lugar en los procedimientos, aun cuando vayan aumentando o sufriendo alteraciones o especificaciones a lo largo del tiempo, en virtud del desarrollo doctrinario y jurisprudencial<sup>2</sup>.

Lo anterior no obsta a que en las Actas Constitucionales se haya tratado el concepto del debido proceso. Así, encontramos una intervención del profesor don José Bernaldes señalando algunos de los elementos más importantes de éste, entre los que se encuentran la notificación, el emplazamiento, la posibilidad de aportar prueba, la independencia e imparcialidad del tribunal que conocerá el asunto, el deber de fundamentar los fallos y el derecho a recurrir de las sentencias<sup>3</sup>.

En cuanto al alcance de lo que se entiende por “justo y racional procedimiento”, el Tribunal Constitucional ha señalado que debe ser racional “para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”<sup>4</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en su artículo 8°, las Garantías Judiciales a las que las personas tendrán derecho. Así, en el párrafo 1° se consagra

---

<sup>2</sup> Biblioteca del Congreso (1975), Historia de la Constitución Política de la República de 1980. Sesión 101° celebrada el 9 de enero de 1975. Intervención de don Jaime Guzmán.

<sup>3</sup> *Ibid.*, Intervención de don José Bernaldes.

<sup>4</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1838 de 7 de julio de 2011, considerando 10°.

que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Luego enumera una serie de garantías a las que la persona tiene derecho durante el procedimiento, entre las que se menciona el derecho a que se presuma su inocencia, el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, comunicación previa de la acusación formulada en su contra, derecho a preparar su defensa y de efectuarla ya sea personalmente o asistido por un defensor, derecho a rendir prueba y a examinar la rendida por la contraparte, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí, y el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal de superior jerarquía.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, establece los elementos del debido proceso en términos similares en su artículo 14, agregando el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, y el derecho a hallarse presente en el proceso. El derecho a recurrir ante el superior jerárquico se encuentra en el párrafo 5° de este artículo.

El Tribunal Constitucional, en diversos fallos, ha expresado que el debido proceso tiene como uno de sus elementos el derecho a recurrir: “el debido proceso contempla, entre sus elementos constitutivos, el derecho al recurso, el cual consiste en la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo resuelto por el inferior; el racional y justo procedimiento necesariamente debe contemplar la revisión de las decisiones judiciales...”<sup>5</sup>.

De esta forma, queda completamente evidenciado que el derecho a recurrir de las sentencias ante un tribunal de superior jerarquía es un elemento integrante, y fundamental, dentro del debido proceso, es decir, su consagración y garantía en los distintos procedimientos es necesaria para la configuración del “justo y racional” procedimiento.

El derecho al recurso, en particular, está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2 h) como el “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, mientras que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se consagra en su artículo 14.5 en la forma “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá

---

<sup>5</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°2743 de 4 de marzo de 2016, considerando 26°. *Vid.* STC Roles 1130 c. 6°, 1432 c. 12°, 1838 c. 10° y 11°, 1876 c. 18°, 1907 c. 47°, 2452 c. 13° y 2723 c. 5° y 6°.

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”. En este último se destaca que el derecho a recurrir adquiere su importancia principalmente respecto de las sentencias condenatorias, lo que resulta acorde con el agravio que debe existir producto de la sentencia que se pretende impugnar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus fallos, ha determinado que el derecho al recurso “es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”<sup>6</sup>, señalado cómo debe entenderse este derecho al recurso y cuál es el alcance que debe tener, en el entendido de que “debe ser un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas”<sup>7</sup>. Este será ordinario cuando sea garantizado antes de que la sentencia adquiriera autoridad de cosa juzgada; será accesible cuando no requiera formalidades y requisitos excesivos que hagan ilusorio el ejercicio del derecho; será eficaz cuando asegure resultados o respuestas acordes al fin para el cual fue concebido; y, por último, permitirá un examen integral del fallo cuando permita el análisis de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas contenidas en el fallo<sup>8</sup>. La definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de qué es lo que se entiende por “examen integral” permite concluir que, para ella, este derecho está realmente garantizado en los procedimientos de doble instancia, toda vez que son estos en los que se contemplan sistemas recursivos de apelación, que tocan tanto los hechos como el derecho expuesto y considerado en la sentencia, a diferencia de los recursos de casación o de nulidad, que revisan solo el derecho y la concurrencia de sus causales específicas.

Sin embargo, la propia Corte Interamericana ha estimado que el examen integral, es decir, la revisión de los hechos, el derecho y la prueba al momento en que el tribunal superior jerárquico conoce del recurso que impugna la sentencia, está satisfecho aun cuando no sea contemplado en un recurso de apelación, y que el medio de impugnación previsto en el

---

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019, párr. 269.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 270.

<sup>8</sup> *Ibid.*

procedimiento sea de carácter más restrictivo que este recurso ordinario, por lo que nuestro recurso de nulidad, en sede penal, cumpliría con el elemento del examen integral, no siendo contrario al derecho al recurso por el solo hecho de no constituir instancia.

Se ha señalado, también, que el derecho al recurso del condenado previsto por las convenciones internacionales significaría el “derecho a lograr un nuevo juicio” cuando mediante el recurso se comprobare que la condena no puede ser confirmada como intachable<sup>9</sup>

Ya resuelto el cumplimiento del requisito de “examen integral” del recurso, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y habiendo señalado que tanto el derecho al recurso como el principio de *non reformatio in peius* forman parte esencial en el debido proceso, queda ilustrada la vinculación de estos dos elementos.

Como bien se mencionó *supra*, el principio de prohibición de reforma en perjuicio es un límite al tribunal superior para dictar su sentencia, debiendo enmarcarse en lo pedido por la persona agraviada que recurrió y por lo que se haya concedido efectivamente en la sentencia recurrida. De esta forma, se demuestra una fuerte vinculación con el derecho al recurso y el resguardo de su aplicación y ejercicio, puesto que garantiza que el imputado recurra libremente, sin temores de resultar en una sentencia que lo deje en peores condiciones de las que se encontraba al momento de recurrir, pudiendo incluso considerarse que el derecho al recurso se haría ilusorio si no existiera esta garantía que impida que “vaya por lana y salga trasquilado”, como se refiere el actual Defensor Regional de Antofagasta, Ignacio Barrientos, en su texto “Prohibición de la reformatio in peius y realización del nuevo juicio”.

---

<sup>9</sup> MAIER, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 721.

## **Capítulo II: El principio *non reformatio in peius* en el sistema procesal penal chileno**

### **1. Principio de *non reformatio in peius* en el sistema procesal penal chileno**

El principio de *non reformatio in peius* nuestro sistema procesal penal lo consagra en el artículo 360 inciso final del Código Procesal Penal estableciendo que, de haber recurrido de la sentencia uno solo de los intervinientes, la Corte – de Apelaciones o Suprema – no podrá reformarla en su perjuicio. Esto es acorde, además, con la competencia específica que se le concede al tribunal superior jerárquico para conocer de un recurso, el cual está delimitado por las peticiones concretas de los intervinientes lo cual, en el texto legal, se establece en el inciso primero del mismo artículo, el que proscribe extender la decisión del tribunal a cuestiones no planteadas por las partes, con la excepción de su facultad de acoger de oficio el recurso deducido a favor del imputado por un motivo distinto del invocado, siempre y cuando estos se refieran a uno de los motivos absolutos de nulidad establecidos en el artículo 374 del mismo cuerpo normativo.

Es interesante resaltar el cambio de paradigma introducido por la reforma procesal penal, en especial en lo referente a este principio. Recordemos que el antiguo Código de Procedimiento Penal permitía expresamente la *reformatio in peius*, facultando tanto a la Corte de Apelaciones, en conocimiento del recurso de apelación, como a la Corte Suprema, en conocimiento del recurso de casación, el reformar desfavorablemente la sentencia recurrida aplicando penas más severas que las originalmente impuestas, aun cuando el recurso haya sido interpuesto únicamente por el condenado y, por tanto, en su interés. Esto se encontraba consagrado en sus artículos 528 y 548 al señalar, el primero de ellos, que “Aun cuando la apelación haya sido deducida por el procesado, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante.”, y el segundo, en su primer inciso en el siguiente sentido: “En los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso deducido en interés del condenado, podrá aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada”.

Sobre lo anterior, resulta relevante revisar la historia de la Ley N°19.696, que establece el nuevo Código Procesal Penal. En el Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se señaló, sobre la *non reformatio in peius*, que:

*Tiene por objeto impedir que la situación jurídica establecida en una sentencia sea modificada en perjuicio del que recurre contra ella. Además del precepto recogido en el artículo anterior [que consagra la prohibición de reforma en perjuicio], en éste se disponía que si el recurso sólo hubiere sido interpuesto por el acusado, la sentencia no podía ser modificada en su perjuicio. La infracción de disposiciones establecidas en favor del acusado no pueden ser invocadas con objeto de provocar una revocación total o parcial de la sentencia en perjuicio del propio acusado. Se explicó que esta norma trata de evitar que, por la vía recursiva, el que recurre vea empeorada su situación; a eso se debe el nombre latino “reformatio in peius”. No se puede reformar empeorando la situación del acusado. Así, si a una persona la condenan a tres años y recurre en contra de la sentencia, porque cree que la deben absolver, no puede suceder que la condenen a cuatro años. Pese a entender la filosofía de la disposición, se indicó que ella favorecía la interposición de recursos porque ello no irroga riesgo alguno<sup>10</sup> (énfasis agregado).*

De esta forma, se consagraba en el artículo 433 del proyecto de ley – con su origen el artículo 444 – la prohibición de reformar en perjuicio del acusado cuando el recurso de casación hubiese sido interpuesto únicamente por él. Así, originalmente este principio se garantizaba únicamente dentro del recurso de casación, precursor del actual recurso de nulidad, sin ser expresamente contemplado para los otros recursos dispuestos en el proyecto de ley.

Luego, en el Segundo Informe de Comisión de Constitución se trata este principio, esta vez consagrado en el artículo 362, señalando que “Proviene del artículo 433 del proyecto, que consagraba este principio a propósito del recurso de casación, pero por su trascendencia le pareció necesario instaurarlo dentro de las disposiciones generales a todos los recursos.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Biblioteca del Congreso (1998), Historia de la Ley N°19.696, Primer Informe de la Comisión de Constitución, en primer trámite constitucional. p. 247.

<sup>11</sup> Biblioteca del Congreso (2000), Historia de la Ley N°19.696, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, en segundo trámite constitucional. p. 364.

(énfasis agregado). Por tanto, se decidió consagrar este principio de forma expresa para todos los recursos procedentes en sede procesal penal, y no solo respecto del recurso de casación – ahora recurso de nulidad –, es decir, y reiterando lo señalado por el Informe, el principio de *non reformatio in peius* resulta de tal relevancia dentro del sistema recursivo que confinarlo a uno solo de ellos resultaría en un perjuicio del resto de los recursos, y de las personas que requieran, o deban, impugnar por medio de esos recursos no resguardados por el principio.

Lo anterior demuestra que la prohibición de la reforma peyorativa está completamente relacionada y ligada con el derecho al recurso, puesto que no puede hablarse de que dicho derecho está protegido y es garantía del proceso si es que, en la práctica, el riesgo de verse perjudicado por recurrir de las sentencias inhibe al interesado de ejercer dichas facultades. Igualmente, encuentra un estrecho vínculo con el derecho a defensa, ya que como bien señalan HORVITZ-LÓPEZ, el establecimiento de este principio impide “que el imputado sea perjudicado sorpresivamente por una resolución sin que haya podido defenderse de aquellos extremos de la misma que lo afectan”<sup>12</sup>.

MAIER también se ha referido a la relación entre estos derechos, al expresar que:

*El vínculo entre la llamada prohibición [de la reforma en perjuicio] y la inviolabilidad de la defensa ha sido concebido por la Corte Suprema [Argentina] a partir de la sorpresa que provoca un fallo más adverso que el recurrido, cuando el acusador no recurrió, y la jurisdicción del tribunal del recurso sólo fue excitada por el imputado o por otra persona en su favor, pues, de esa manera, el fallo perjudicial ‘habría sido dictado sin jurisdicción y, además, afectaría de manera ilegítima la situación obtenida por el procesado merced a la sentencia – consentida por el ministerio público – de la instancia anterior y lesionaría, de ese modo, la garantía del art. 18 de la Constitución nacional’<sup>13,14</sup>,*

y agrega que “la seguridad jurídica del recurrente recibe, con ella, un nuevo apoyo: él sabe que, por su recurso..., lo peor que puede sucederle consiste en la confirmación del fallo.

---

<sup>12</sup> María Inés Horvitz y Julián Lopez, *Derecho procesal penal chileno*, “Tomo I” (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2004), p. 237.

<sup>13</sup> Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...].

<sup>14</sup> MAIER, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 590

Precisamente, el fundamento político que se exhibe para sostener la regla confirma su razón de ser: de otra manera, recursos perfectamente fundados no se interpondrían – aceptándose sentencias injustas – por temor a la agravación de las consecuencias”<sup>15</sup>.

Así lo consideraron, igualmente, los Ministros del Tribunal Constitucional Hernán Vodanovic, Mario Fernández y Marisol Peña, en sentencia Rol N°1250 de 14 de mayo de 2009. En dicha causa, se requirió la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 548 del antiguo Código de Procedimiento Penal, sustentando su acción en una vulneración a las normas del debido proceso, entre ellos, el derecho a defensa<sup>16</sup>.

Los Ministros mencionados, en su voto en contra de la sentencia, estiman que:

*En lo relativo al conjunto de garantías procesales y penales contenidas en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, se produce una vulneración al derecho a la defensa, pues al condenado se le aumenta la pena sin habersele dado al recurrente condenado la posibilidad de conocer las razones que motivan tal cambio ni menos defenderse ante ellas; el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria – un derecho fundamental que es parte de las garantías del racional y justo procedimiento según la reiterada jurisprudencia de este Tribunal... – constituye así una limitación de las potestades punitivas que el juez ejerce en nombre del poder soberano del Estado, de tal forma que el ejercicio legítimo del mismo no puede ser sancionado con una modificación de la condena en perjuicio del condenado”<sup>17</sup> (énfasis agregado),*

agregando luego que “la reformatio in peius constituye así una condición de orden sancionatorio que entraba el libre ejercicio del derecho al recurso, bajo el miedo de aumentarse la condena, a tal punto que llama a no recurrir y renunciar al recurso habiendo condena, lo que atenta contra la garantía del contenido esencial del derecho al recurso, pues amedrenta gravemente el ejercicio legítimo del derecho a la revisión de la sentencia por un

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 593

<sup>16</sup> También argumenta una infracción a la igualdad ante la ley, ante las diferencias en el ejercicio del derecho al recurso entre la parte requirente, sujeta al antiguo proceso penal, y una persona que sea imputada en el proceso penal reformado.

<sup>17</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1250, voto disidencia N°3.

tribunal superior y lo inhibe de manera no razonable e injustificada”<sup>18</sup> (énfasis agregado), finalizando su argumentación señalando que la prohibición de reforma peyorativa estaría implícita en el ordenamiento constitucional, en atención al alcance del derecho al recurso<sup>19</sup>.

## **2. Relevancia del derecho al recurso y sistema recursivo en materia procesal penal**

El derecho al recurso no encuentra consagración expresa en nuestra legislación interna aunque, como se mencionó, sí es considerado uno de los elementos integrantes del debido proceso, expresado de esta forma en las Actas Constitucionales, con la intervención del profesor don José Bernales<sup>20</sup>.

Para mayor abundamiento, debemos remitirnos a la normativa internacional anteriormente señalada, a saber, el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales se entienden incorporados a nuestra legislación en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, el que le otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Como se mencionó *supra*, el último de estos tratados centra su consagración en las personas condenadas por algún delito, por lo que destaca la importancia dada a este derecho dentro del ámbito penal.

Sobre el mismo se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en diversos fallos, señalando que se encuentra inserto dentro del inciso sexto del artículo 19, numeral 3, de nuestra Constitución Política, el cual señala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*, N°4. (TC 1250)

<sup>19</sup> *Ibíd.* N°5. (TC 1250)

<sup>20</sup> Biblioteca del Congreso (1975), Historia de la Constitución Política de la Republica de 1980. Intervención de José Bernales.

Así, nuestro Tribunal Constitucional, al tratar el justo y racional procedimiento y su implicancia, señala luego que “Con ello se establece la necesidad de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, 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”<sup>21</sup> (énfasis agregado), agregando que “esta Magistratura ha señalado que la facultad de los intervinientes de solicitar a los tribunales la revisión de las sentencias es parte integrante del debido proceso (roles N°s. 986, 1432, 1443 y 1448)”<sup>22</sup>.

Pero en estos mismos fallos, siguiendo con el desarrollo del derecho al recurso, ha señalado que este derecho no es sinónimo de doble instancia, es decir, no estaría garantizándose un derecho al recurso de apelación, sino que la forma de impugnación de las sentencias que el legislador haya establecido para cada procedimiento y etapa procesal<sup>23</sup>, de esta forma, no se garantizaría una forma determinada de revisión.

La doctrina también ha sido partícipe de la idea de que un recurso de casación “satisface, en principio, la necesidad básica del recurso del condenado contra la condena, siempre que sean introducidas a él ciertas correcciones que, dicho de manera general, apuntan a ‘ordinarizarlo’ y a ampliar su objeto”<sup>24</sup>. Esto fue lo que intentó hacerse al fusionar los recursos de casación y extraordinario que se contemplaban en el proyecto de Código Procesal Penal, creando un único recurso de nulidad con diversas causales de procedencia.

Así, es dable concluir que el derecho al recurso se satisface cuando las resoluciones pueden ser impugnadas por medio de recursos establecidos por el legislador para el procedimiento mismo, respetando las garantías procesales mínimas, y no por medio de recursos de carácter extraordinario que puedan resultar inidóneos para la reparación de los perjuicios o agravios invocados por el recurrente, especialmente cuando nos encontramos en materia procesal penal, donde los derechos del imputado que se encuentran en juego comprenden su libertad personal.

---

<sup>21</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 1838 de 7 de julio de 2011, considerando 10°.

<sup>22</sup> *Ibid.*, c. 11°.

<sup>23</sup> *Ibid.*, c. 12°, 15° y 19°. En mismo sentido véase STC roles 1432 c. 14°, 1443 c. 13°, 1907 c. 51°, 2452 c. 17°.

<sup>24</sup> MAIER, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p.721.

Nuestro sistema procesal penal contempla el recurso de nulidad para la impugnación de la sentencia definitiva del juicio oral, siendo, por lo demás, inapelables las resoluciones dictadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en virtud del artículo 364 del Código Procesal Penal. Hasta este punto podemos preguntarnos si es que el recurso de nulidad introducido con la reforma cumple con los estándares que determinan la existencia de un real derecho al recurso.

Como bien sabemos, el recurso de apelación, al ser un recurso ordinario, tiene una causal genérica para que proceda su interposición, que es la existencia de agravio para la parte que recurre. Otra de sus características es que constituye una segunda instancia, toda vez que el superior jerárquico revisa íntegramente tanto los hechos como el derecho invocados en primera instancia.

El recurso de nulidad, en cambio, es un recurso de derecho estricto que contempla causales específicas para su procedencia, contenidos en los artículos 373, con causales genéricas - donde, además de verificarse la causal, debe señalarse el agravio producido -, y 374, con las denominadas “causales absolutas de nulidad”, donde el agravio se entiende producido por la sola concurrencia de una de ellas. Este recurso no constituye una instancia propiamente tal, puesto que la revisión se detiene en la acreditación de las causales de nulidad invocadas, y no se puede rendir más prueba que la que acredite dicha causal.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al recurso no da derecho a un recurso determinado ni a un sistema recursivo de doble instancia y, por tanto, que el recurso de apelación no sería el único método de impugnación para satisfacer esta garantía procesal:

*[Este Tribunal]ha considerado que el legislador puede establecer procedimientos en única o en doble instancia, en relación a la naturaleza del conflicto.... Por lo mismo, la Constitución no garantiza el derecho al recurso de apelación. Es decir, no asegura la doble instancia.... El derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. No hay, tampoco, una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico de lo resuelto en primera instancia (STC Rol 1432/2009). El legislador puede configurarlo*

*de manera amplia (renovación del proceso primitivo) o como una revisión del mismo”<sup>25</sup>.*

Como ya se ha mencionado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige que el recurso permita una revisión integral del fallo recurrido, por lo que:

*Debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación de derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad del acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.<sup>26</sup>*

En el mismo caso, la Corte Interamericana analiza una de las causales de nulidad en cuanto a si ésta se ajusta o no a los elementos exigidos y anteriormente señalados. Al respecto, concluye que:

*Los elementos aportados no son suficientes para concluir que la causal del artículo 374.e) del Código Procesal Penal no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior. Tomando en cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal (supra párr. 270.d), la Corte considera que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no ha sido probado que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo. Por lo tanto, la Corte concluye*

---

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1907 de 20 de diciembre de 2011, considerando 51°. En mismo sentido véase STC 821, 1373, 1432, 1838 y 2452.

<sup>26</sup> Corte IDH, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, párr. 270 letra d).

*que en el presente caso el Estado no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho de recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2.h de la misma, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso”<sup>27</sup>.*

En el párrafo siguiente agrega que la interpretación que nuestros tribunales hagan de dicha causal debe asegurar que se garanticen los criterios desarrollados por la Corte como elementos del derecho al recurso.

Ante esto, pareciera que nuestro recurso de nulidad cumple con los estándares y los elementos exigidos por la Corte Interamericana, puesto que se permite la revisión de elementos fácticos, probatorios y jurídicos, aunque limitados a la causal de nulidad invocada, y siempre y cuando la interpretación que nuestros tribunales hagan de dicha norma permita la revisión de estos tres elementos. Igualmente, con la anulación de la sentencia y del procedimiento, el Tribunal de juicio oral en lo penal no inhabilitado conocerá tanto de los hechos, como las pruebas y el derecho

Uno de los fundamentos por los cuales el juicio oral se concibiera como una única instancia, alejándose del recurso de apelación y la consecuente segunda instancia, fue debido a que las resoluciones dictadas en dicha etapa procesal emanan de un tribunal colegiado, compuesto por tres jueces, privilegiando “el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada”<sup>28</sup>. Esto es exactamente lo que se desprende de la historia del Código Procesal Penal, al señalar que “Los cambios más importantes que el proyecto propone se refieren a la apelación y a la consulta. Estos mecanismos de control no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación a la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* párr. 297.

<sup>28</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1432 de 5 de agosto de 2010, considerando 21°.

obtienen en el juicio...”<sup>29</sup>. Luego, en segundo trámite constitucional, los profesores RIEGO y TAVOLARI agregan que “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia, si todo el mundo sabe que él que verdaderamente va a resolver es alguien que va a leer, porque en ese caso cobra relevancia no lo que ocurre en la audiencia, sino como eso se va a registrar en las actas [*sic.*]”<sup>30</sup>.

El recurso de nulidad no se contempló como una segunda instancia propiamente tal por la concordancia que se intentó establecer entre el derecho al recurso con el principio de inmediación, que es el que determina que toda la prueba del juicio debe rendirse ante el Tribunal oral en lo penal que conoce de la causa, debiendo éste fallar en atención a ella, y al principio de oralidad del juicio.

Aceptar la existencia del recurso de apelación en el nuevo proceso penal significaría o bien reproducir la prueba rendida en el juicio en actas para que puedan ser revisadas durante la tramitación del recurso de apelación, o que se reproduzca la totalidad del juicio ante la Corte de Apelaciones, a fin de que se cumplan las garantías de oralidad y de inmediación. Ninguna de estas soluciones es eficiente; la primera, por vulneración al principio de oralidad e inmediación, que rigen el sistema procesal penal, mientras que la segunda, tanto por economía procesal y concentración, como porque la realización del nuevo juicio ante el superior jerárquico derivaría en que las partes fijen sus objetivos en el recurso y en influir en la Corte de Apelaciones más que en el juicio oral mismo<sup>31</sup>. De esta forma, es de parecer de esta autora que, al plantearse el sistema recursivo durante la tramitación de la reforma, se debía optar o por la celeridad, concentración y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable<sup>32</sup> o el principio de inmediación que debiera haberse dado también en la segunda instancia, escogiéndose la primera de las opciones y estableciendo, para ello, un medio de impugnación en el cual el superior jerárquico determina si se cumplen los requisitos para que se anulen tanto sentencia como juicio oral para que vuelva a ser conocido por tribunal no

---

<sup>29</sup> Biblioteca del Congreso (1998), Historia de la Ley N°19.696, p. 238.

<sup>30</sup> Biblioteca del Congreso (2000), Historia de la Ley N°19.696, p. 367.

<sup>31</sup> Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso penal* (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007), pp. 507 y 508.

<sup>32</sup> Derecho reconocido en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.3 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

inhabilitado, con los medios humanos de infraestructura para no dilatar la dictación de la sentencia de término más de lo necesario.

Ante eventuales cuestionamientos de esta opción recursiva en miras a la celeridad que habría sido imposible implementar con la revisión integral del recurso por las Cortes de Apelaciones si se hubiese optado también por su inmediación parece necesario destacar que, si bien las causas penales tienen preferencia para su vista y fallo, el examen exhaustivo del recurso habría retrasado el pronunciamiento del tribunal superior respecto de las siguientes causas en tabla<sup>33</sup> considerando, además, que los juicios orales actualmente pueden llegar a durar hasta meses. También es relevante destacar que hoy en día existen diecisiete Cortes de Apelaciones en el país, versus los cuarenta y cinco Tribunales de juicio oral en lo penal que se encuentran a lo largo del mismo, siendo dable concluir que el principio de celeridad y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable igualmente serán garantizados de forma más eficaz al ser los tribunales creados por la reforma quienes lleven a cabo un nuevo juicio.

Otras razones por las que la reforma procesal penal se alejó del recurso de apelación como método de impugnación fue por la centralidad que se le quiso dar al juicio oral, por el ya mencionado principio de inmediación, uno de los rectores del nuevo sistema procesal penal, y para no dar al tribunal menos informado mayores privilegios en su opinión del caso por sobre el que mejor conoce el asunto, es decir, se privilegia lo revisado, considerado y resuelto por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal – el que realizó un examen más acabado y concentrado de los hechos expuestos – por sobre la opinión de la Corte de Apelaciones<sup>34</sup>. Asimismo, en el antiguo sistema las actividades de investigación y juzgamiento se confundían en la figura del juez, justificándose así la procedencia del recurso de apelación en que el superior jerárquico era verdaderamente independiente del acusador, fundamento que ha desaparecido con la creación del Ministerio Público, actual encargado de la investigación<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> No limitándose a causas penales, sino también considerando las diversas materias que conocen nuestros tribunales superiores.

<sup>34</sup> Raúl Tavorari, *De los Recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno* (Santiago: Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, 2005), p. 395.

<sup>35</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1432 de 5 de agosto de 2010, considerando 21°.

En el texto original del proyecto ni siquiera se establecía el recurso de nulidad que hoy en día existe, sino un recurso de casación, al que luego se sumó un “recurso extraordinario”, prescribiendo el proyecto de artículo 409 : “La sentencia definitiva condenatoria del juicio oral que se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia, podrá impugnarse por medio de un recurso extraordinario”<sup>36</sup>, siendo, entonces, la causal de procedencia de este recurso extraordinario, que la sentencia dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal se alejara manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida durante el juicio, lo que a todas luces se relaciona con el deber de motivar las sentencias que recae sobre los jueces. Por su parte, se establecía la procedencia del recurso de casación “para los casos en que la sentencia se basare en la infracción de una disposición legal o constitucional”<sup>37</sup>.

El artículo 410 del proyecto de ley señalaba que interpuesto el recurso extraordinario se entendía renunciado el recurso de casación, a menos que estos se interpusieran conjuntamente. Esto parecía intentar solucionar lo que actualmente pasa en sede civil, donde procede el recurso de apelación y el recurso de casación, tanto formal como de fondo, lo que ha llevado a ver a nuestro proceso civil como un sistema de tres instancias, siendo esto lo que también ocurría en el antiguo proceso penal<sup>38</sup>.

El Segundo Informe de Comisión de la Constitución, al tratar el tema de la reformulación del papel que cumple la Corte Suprema, señala que la creación del recurso extraordinario se debió al intento de cubrir un ámbito de arbitrariedad que en el antiguo sistema procesal penal, de prueba legal tasada, se solucionaba con el recurso de casación cuando se infringían las normas reguladoras de la prueba. El nuevo sistema estableció una forma de apreciación de la prueba en base a la sana crítica, por lo que no resultaría procedente recurrir de casación<sup>39</sup> en virtud de la infracción de estas normas reguladoras de la prueba. Es por esto que la causal del recurso extraordinario señalaba la manifiesta y arbitraria separación entre la prueba rendida en juicio y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Al respecto, señala que:

---

<sup>36</sup> Biblioteca del Congreso (1998), Historia de la Ley N°19.696, p. 329.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>38</sup> En el Segundo Informe de Comisión de la Constitución durante la discusión del proyecto de ley del nuevo Código Procesal Penal se mencionó la necesidad de cambiar el sistema recursivo del antiguo Código de Procedimiento Penal, toda vez que en la práctica se traducía en un sistema de tres instancias. Biblioteca del Congreso (2000), p. 367.

<sup>39</sup> Biblioteca del Congreso (2000), Historia de la Ley N°19.696, p. 184.

*Consideró razonable esa preocupación, pero le asaltó el temor de que el recurso extraordinario, en la práctica, se transforme en ordinario, y, so pretexto de que el tribunal se ha apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, se pida habitualmente que la Corte de Apelaciones revise los registros del juicio oral. Eso, por una parte, recargaría el sistema indebidamente, al permitir que se eleven a la Corte de Apelaciones todas, o casi todas, las causas falladas por el tribunal de juicio oral con resultado de condena. Por otra parte, sería incongruente con el rechazo del recurso de apelación, que se convino por entender que el tribunal de juicio oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar la sentencia, ya que, en el fondo, desde el punto de vista de la valoración de la prueba, se permitiría que la Corte de Apelaciones hiciera, vía recurso extraordinario, lo que no se quiso que realizara vía de recurso de apelación. Después de analizar el tema en numerosas sesiones, la Comisión decidió reformular completamente los recursos extraordinario y de casación, y en su reemplazo crear un recurso de nulidad, medida que no responde a un mero cambio de términos, sino que a innovaciones de fondo”<sup>40</sup>.*

De esta forma, se establecieron las dos causales genéricas de nulidad, contenidas actualmente en el artículo 373 Código Procesal Penal, y las causales absolutas de nulidad del artículo 374 Código Procesal Penal, reformuladas en el nuevo recurso de nulidad.

Aparece, también, de la historia de la Ley N°19.696 que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, es decir, de nuestro Código Procesal Penal, que “La regla general es que el juzgamiento de las causas se verifique en un juicio oral de instancia única, esto es, sin recurso de apelación. Sin embargo, como no se puede descartar la posibilidad del error judicial, en cumplimiento de compromisos internacionales contraídos por el país, se establece el derecho de recurrir a un tribunal superior, que principalmente será la Corte de Apelaciones, y excepcionalmente la Corte Suprema”<sup>41</sup>. También se señala que:

*Es necesario asumir como presupuesto que la apelación es incompatible con el juicio oral, por las razones que extensamente se han dado a la Comisión, no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la*

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 184 y 185.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, Discusión en Sala, p. 424.

*Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal. Agregó que el juicio penal oral y público con un tribunal colegiado es la esencia del debido proceso y es la justificación del ministerio público como órgano acusador independiente, permitir luego que todo sea revisado en base a actas sería borrar de una plumada todo el esfuerzo que ha significado la reforma. Coincidieron con esta apreciación los otros señores miembros de la Comisión, quienes señalaron que no se concilian ambos sistemas, especialmente porque se suprime la prueba tasada, y que estableciendo una casación amplia se suple la ausencia de apelación. Agregaron que es importante cambiar el actual sistema de recursos, porque en la práctica se traduce en tres instancias. El señor Presidente de la Corte Suprema coincidió en que los Pactos internacionales no se refieren a la apelación, a su juicio lo importante es la posibilidad de revisión de la sentencia por un tribunal superior, por cualquier medio. Agregó que la naturaleza del juicio oral hace inapropiada la revisión en una apelación<sup>42</sup>.*

De esta forma, y tras el análisis de garantía del derecho al recurso consagrado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile, el legislador llegó a la conclusión de que este derecho no supone un sistema de doble instancia, sino un recurso que permita la revisión de la sentencia. Así, se crea el recurso de nulidad como el principal sistema de impugnación de las sentencias del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en atención a los principios rectores del nuevo sistema procesal, pero sin perder de vista la garantía del derecho al recurso.

La Corte – tanto de Apelaciones como Suprema -, al conocer del recurso de nulidad, se dedica a analizar si concurre la causal invocada en la interposición y a revisar la prueba que exclusivamente la acredite, sin detenerse a analizar los hechos, el fondo o la prueba rendida en el juicio oral. Acogido el recurso de nulidad, la regla general es que se anule tanto la sentencia que fue objeto del recurso como el juicio en el cual se dictó. Excepcionalmente, podrá dictar sentencia de reemplazo en los casos contemplados en el artículo 385 del Código Procesal Penal.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, p. 367.

Habiéndose anulado la sentencia y el juicio, la Corte deberá remitir los antecedentes al tribunal no inhabilitado que correspondiere para la realización del nuevo juicio. Respecto de este nuevo juicio, o juicio de reenvío, el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal establece de forma expresa que no procederán recursos en su contra, salvo que recurra el imputado por sentencia condenatoria cuando la sentencia anulada hubiese sido absolutoria, caso en el cual procederá nuevamente el recurso de nulidad.

### Capítulo III: Problemas de aplicación en el recurso de nulidad

Teniendo ya una idea general de qué es el derecho al recurso y el principio de *non reformatio in peius*, y de cómo estos se consagran en nuestro ordenamiento jurídico y se aplican en nuestro sistema procesal penal en particular, nos abocaremos al análisis de dos problemas que pueden presentarse en el juicio de reenvío producto de haberse acogido el recurso de nulidad, y que ponen a prueba y en duda la consagración y aplicación de estas dos garantías, los cuales son los eventuales vicios que pueden darse durante la tramitación del juicio de reenvío o en su sentencia definitiva, y la inexistencia de límites de determinación de la pena en este nuevo juicio.

#### 1. Existencia de vicios en la realización del nuevo juicio

Como bien se mencionó *supra*, el artículo 387 inciso 2° del Código del ramo establece la regla generalísima de improcedencia de recursos contra la sentencia definitiva del nuevo juicio, siendo la única excepción que la sentencia anulada haya sido absolutoria y la dictada en el segundo juicio condenatoria.

Esta consagración de límite recursivo implícitamente contendría una definición de agravio ajena a los intervinientes – por no tener en cuenta la teoría del caso que pudiesen desarrollar y si ésta fue finalmente acogida en la sentencia – y condicionada, además, a una circunstancia anterior y extraña al juicio actual, pues depende de un resultado anterior proveniente del juicio anulado, y no del agravio actualmente sufrido<sup>43</sup>. Tal y como se indica en doctrina, “Debiera entenderse el agravio desde el punto de vista del interviniente, a partir de si su teoría del caso fue o no acogida.... El perjuicio, en resumen, se enuncia entonces como teoría del caso rechazada en juicio”<sup>44</sup>.

La inexistencia de un recurso que dé la posibilidad de revisar los vicios de los que adolece el segundo juicio o su sentencia pone en juego el derecho al recurso contemplado

---

<sup>43</sup> Rubén Romero, *Artículo 367 del CPP: Una triple afectación a la garantía del derecho al recurso* (Santiago: Revista 93 de la Defensoría Penal Pública, 2013), p. 46.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p.46.

para los intervinientes, en especial cuando se trata del imputado. Esto porque ante posibles arbitrariedades, perjuicios o falta de probidad de parte de uno o más de los jueces que componen el tribunal oral en lo penal, que está volviendo a conocer de la causa, no habrá forma de subsanarlas o impugnarlas, lo que puede derivar en la sensación de incertidumbre y en la indefensión del imputado.

Recordemos que el derecho a defensa también es parte esencial e integrante del sistema procesal penal, contemplado como una garantía fundamental del imputado tanto en el Código Procesal Penal, como en la Constitución Política de la República y en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La profesora María Inés Horvitz diferencia entre el elemento de la defensa técnica – la asistencia por un letrado desde la primera actuación – del elemento de la defensa material. Este segundo elemento está compuesto de varios aspectos, entre los cuales se encuentra, como modo de intervención del imputado en el procedimiento, el mismo derecho al recurso, así como su derecho a ser oído y a intervenir como un medio de control efectivo de la prueba rendida<sup>45</sup> que, en definitiva, será la que los jueces deban tener a la vista para su posterior decisión y fallo.

Es claro que los defensores y abogados particulares tenderán a buscar formas en las que puedan luchar con estas eventuales irregularidades. A continuación, se exponen algunas de estas alternativas, en las que además se considerará si bastan para entender satisfecha la garantía del derecho al recurso.

### **1.1. Incidente de nulidad**

Una de las formas que se podrá encontrar para salvar estas situaciones es con el incidente de nulidad contemplado en el artículo 159 del Código Procesal Penal, pero esta solución también tiene una serie de problemas en atención al conflicto planteado, esto es, solo procede ante actos u omisiones que vicien el procedimiento ocasionando un perjuicio, ante el mismo juez de garantía o del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, es decir, falta el elemento de que

---

<sup>45</sup> Horvitz y Lopez, *Derecho procesal penal*, “Tomo I”, pp. 226 y ss.

la revisión sea efectuada por un superior jerárquico, por lo que seguimos con la incógnita de cómo salvaguardar el derecho a impugnar las resoluciones – y, consiguientemente, salvaguardar el derecho a defensa – cuando el acto viciado es la sentencia definitiva misma. Esto, sin mencionar que difícilmente el derecho al recurso, como se consagra en los tratados internacionales, podría entenderse resguardado mediante el planteamiento de un incidente – una cuestión accesoria al juicio que requiera pronunciamiento especial –, el cual deberá ser revisado y fallado por el mismo juez de la causa, y no su superior jerárquico.

## **1.2. Recurso de queja**

La solución lógica a la que podríamos arribar como método de impugnación es el recurso extraordinario de queja, pues se cumple el requisito de improcedencia de otros recursos, señalado expresamente en el artículo 387 del Código Procesal Penal y, de acogerse, la Corte cuenta con amplias atribuciones para remediar el mal causado. Sin embargo, éste no parece ser un medio idóneo de impugnación. El artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales señala que “el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional...”.

Bordalí señala que el recurso extraordinario de queja tiene una doble fase, las cuales son su carácter disciplinario y el jurisdiccional, pero que la concepción de este recurso debiera ser, en primer lugar, su dimensión disciplinaria, y en segundo lugar su dimensión jurisdiccional, pues ésa es su naturaleza, aun cuando en su historia haya sido utilizada principalmente como método de control jurisdiccional<sup>46</sup>.

Así, este recurso se interpone en contra del o los jueces que dictaron la resolución con falta o abuso grave, y no contra la sentencia misma, ya que éste es un recurso que emana de las facultades disciplinarias del tribunal superior jerárquico y del artículo 82 de la Constitución Política de la República - que entrega la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación a la Corte Suprema -, lo que se traduce en que el fin de este recurso no es la revisión y enmienda de la sentencia misma

---

<sup>46</sup>Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez y Diego Palomo, *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago: Thomson Reuters, 2016), p. 364.

que produce el agravio, sino la determinación de si los jueces incurrieron en faltas o abusos graves que hayan producido un vicio en la resolución y que, por tanto, sean susceptibles de merecer una sanción disciplinaria.

En materia procesal penal, la aplicación de este recurso es muy compleja, puesto que la Corte Suprema, en los inicios de la reforma, se negó constantemente a dar tramitación al recurso con el fin de que no se contravengan los principios que informan el proceso penal y, por tanto, no sea éste un medio de impugnación que la práctica instaure como “normal” dentro del proceso mismo en atención, además de la consagración del juicio oral como única instancia sobre el cual, por regla generalísima, no recae ningún recurso. Así ocurre en la causa rol 4370-2008 dictada el 19 de agosto del año 2008 por la segunda sala penal de la Corte Suprema, la cual menciona la improcedencia de recursos ante la resolución que falle un recurso de nulidad. Ya en fallos recientes, nuestro máximo tribunal sigue con esta doctrina, al declarar la inadmisibilidad de estos recursos argumentando “Que la sentencia que se pronuncia sobre un recurso de nulidad no constituye instancia de modo que no comparte la naturaleza de aquéllas resoluciones que hacen procedente el recurso de queja; a lo que cabe agregar que de conformidad a lo prevenido en el artículo 387 del Código Procesal Penal contra dicha resolución, no procede recurso alguno”<sup>47</sup>.

Ante todo, es rescatable que, tanto en el año 2008 como en las sentencias recientes, los recursos han sido declarados inadmisibles, pero con votos en contra de Ministros que han estado por acoger a tramitación estas acciones. En la causa Rol N°4370-2008, los Ministros de la Corte Suprema, señores “R. y D.” fundamentaron su voto en contra en atención al artículo 63, N° 1°, letra b) del Código Orgánico de Tribunales, el cual asigna la calidad de única instancia al recurso de nulidad, por lo que se cumpliría una de las causales que autoriza el recurso de queja, agregando, además, que:

---

<sup>47</sup> Corte Suprema Rol 7625-2019, de 2 de abril de 2019. En el mismo sentido véase resoluciones de inadmisibilidad de causas por recurso de queja en Corte Suprema roles 3374-2019, 5387-2019, 33284-2019, 13397-2019, 5389-2019, 3557-2019, 13926-2019, 5850-2019, 13394-2019, 12685-2019, 5592-2019, 20588-2019, 17847-2019, 21066-2020, 33349-2020, 25343-2021, 36705-2019, 21284-2020, 30664-2020, 26878-2019, 2505-2019, 50347-2020, 62997-2020, 21069-2020, 71980-2020, 26237-2019, 39628-2020, 33362-2020, 39521-2020, 43635-2020, 22390-2021, 33160-2020, 21746-2021, 24552-2020, 21428-2019, 43638-2020, 143871-2020, 63408-2020, 41187-2019, 12388-2019 y 18188-2019.

*El artículo 8º, Nº2º, letra h), del Pacto de San José de Costa Rica, suscrito por Chile, considera los recursos ante el superior jerárquico de las resoluciones agraviantes en materia penal, son mayor propiedad aún si se denuncian faltas o abusos graves y no obstante que este derecho se contempla en nuestra Carta Fundamental, resulta igualmente obligatorio, en razón a que los pactos internacionales ratificados por nuestro país, y en actual vigencia ostentan un rango superior al de un a ley, en virtud de lo prevenido en el artículo 5º de la Constitución Política de la República, cuando como el precitado, se refieren “a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”,<sup>48</sup>*

demostrando expresamente el problema de rechazar *in limine* el recurso de queja en materia penal.

En las causas de los últimos años, el ex Ministro de la Corte Suprema, señor Cisterna, también ha votado en contra de la inadmisibilidad de los recursos de queja en el ámbito penal, argumentando sobre la base del ya mencionado artículo 63 Nº1 letra b) del Código Orgánico de Tribunales, cumpliéndose de esta forma uno de los requisitos establecidos en el inciso 1º del artículo 545 del mismo Código para la procedencia de este recurso, el cual es que sea dictado en única instancia. Agrega, además, que entre los artículos 545<sup>49</sup> y 387<sup>50</sup>, debe privilegiarse el primero, puesto que su aplicación es preferente por tratarse de una norma especial propia<sup>51</sup>. Luego pasa a hacerse cargo de los compromisos internacionales adoptados por Chile en temas de Derechos Humanos, citando el artículo 8.2 letra h) del Pacto de San José de Costa Rica en los mismos términos en que los Ministros de la Corte Suprema lo hicieran en el año 2008<sup>52</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, ha habido casos en los que se admiten a tramitación estos recursos. Entre ellos, se puede mencionar la causa rol Nº20424-2019 de la Corte Suprema, en que se recurrió alegando falta o abuso grave del Tribunal de juicio oral en lo penal de Colina, pues en su sentencia habría declarado ilícita parte de los medios de prueba que

---

<sup>48</sup> Corte Suprema Rol Nº4370-2008, de 19 de agosto de 2008.

<sup>49</sup> Código Orgánico de Tribunales.

<sup>50</sup> Código Procesal Penal.

<sup>51</sup> Corte Suprema Rol Nº7625-2019 de 2 de abril de 2019, voto en contra del Ministro Sr. Cisterna, quien estuvo por acoger el recurso a tramitación.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

constaban en el auto de apertura del juicio oral. Como esta sentencia fue dictada en el juicio de reenvío, los intervinientes agravados intentaron la impugnación mediante este recurso disciplinario, buscando el reemplazo de esta decisión. La Corte Suprema rechazó el recurso sosteniendo que:

*El recurso de queja, en tanto persigue modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales concretas pronunciadas con falta o abuso, constituye un medio extraordinario destinado a corregir la arbitrariedad judicial, mediante la imposición de medidas disciplinarias a los recurridos ante la existencia de un perjuicio que afecte al recurrente, manifestado en un error grave y notorio de hecho o de derecho, mas no tiene por finalidad, como parecen creerlo los quejosos, unificar o rectificar con carácter general, la interpretación que efectúan los tribunales respecto de determinadas materias de orden legal, para lo cual el legislador ha previsto otros recursos y procedimientos jurisdiccionales<sup>53</sup>.*

En otros casos, en cambio, el recurso ha sido acogido, dejándose sin efecto la sentencia por la cual finalmente lo quejosos concurrieron a la Corte Suprema. Así ocurrió en la causa rol N°29411-2019 en que, sin embargo, se acordó con el voto en contra del Ministro señor Künsemüller, quien estuvo por rechazar el recurso arguyendo que el recurso de queja:

*Es improcedente en contra de una sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que se pronuncia sobre un recurso de nulidad, por aplicación de la clara e imperativa norma del artículo 387 del Código Procesal Penal, que no deja margen de dudas ni permite interpretaciones alejadas de esa prohibición, plenamente concordante con la historia del precepto.... Que el recurrente solicita en su libelo que este Tribunal, acogiéndolo, deje sin efecto la sentencia que motiva el recurso de queja. En el fondo, se pide al Máximo Tribunal que dé lugar a lo que es un verdadero nuevo recurso de nulidad, formalmente caracterizado como recurso de queja, lo que contradice frontalmente la normativa aplicable<sup>54</sup>.*

---

<sup>53</sup> Corte Suprema, Rol N°20424-2019, 19 de diciembre de 2019.

<sup>54</sup> Corte Suprema, Rol N°29411-2019, 28 de febrero de 2020, voto en contra Ministro Señor Künsemüller.

Por último, es del caso señalar que también ha habido ocasiones en los que se admite a tramitación y se acoge el recurso, sin votos en contra, como ocurrió en la causa rol N°30375-2021. En dicha oportunidad, la Defensoría Penal Pública recurrió de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Talca que sostuvieron voto de mayoría en sentencia de recurso de nulidad deducido por el fiscal de la causa. El Ministerio Público había solicitado la anulación tanto de la sentencia absolutoria como del juicio simplificado, pero la Corte de Apelaciones anuló únicamente la sentencia, dictando sentencia de reemplazo condenatoria. Ante la clara extralimitación de su decisión – tanto por haber fallado *extra petita* como haberse salido de las hipótesis en las que las Cortes pueden dictar sentencia de reemplazo, señalado en el artículo 385 – la Corte Suprema acogió el recurso de queja, dejando sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, y disponiendo la fijación de una nueva audiencia para el conocimiento del recurso de nulidad.

La causal de procedencia del recurso de queja, es decir, “la falta o abuso grave” cometido en la dictación de resoluciones, presenta problemas en su determinación. “La ley no especifica en qué consiste el acto contrario a la disciplina judicial y deja un amplio espectro de valoración al tribunal superior que conoce del recurso. Puede decirse entonces que la causal es indeterminada, elástica o abierta”<sup>55</sup>.

La Corte Suprema ha entendido por falta o abuso las situaciones en que hay una contravención formal a la ley, en que hay una interpretación errada de la ley, y en que hay una falsa aplicación de los antecedentes del proceso, pero adicionalmente estos deberán revestir el carácter de graves y de haber producido un agravio a quien recurre.

Esta causal “elástica” de procedencia, sin embargo, no sería compatible con un sistema bajo el principio de legalidad, “pues el órgano juzgador termina por asumir un rol de creador del código disciplinario, asumiendo así una función paralegislativa”<sup>56</sup>. Es decir, los tribunales – contra quienes procedería este recurso disciplinario – no tendrían conocimiento de los hechos que podrían constituir falta o abuso grave en el ejercicio de sus funciones. Si bien existen casos donde indudablemente se evidenciaría las faltas o abusos graves, podrían darse otros en que la línea divisora entre uno y otro no sea tan clara, quedando al arbitrio del

---

<sup>55</sup> Bordalí, Cortez y Palomo, *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, p.367.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

superior jerárquico la calificación de los hechos. Del mismo modo, puede prestarse para un uso parcial, discriminatorio e incluso abusivo de estas facultades correccionales de parte del superior jerárquico al establecer las sanciones<sup>57</sup>.

En la causa Rol 2307-2010, conocida por la segunda sala penal de la Corte Suprema, se interpuso recurso de queja por estimar la parte recurrente que los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago habían realizado una errada interpretación de la ley. La Corte Suprema rechazó el recurso aduciendo a que se trataba de una controversia de criterios interpretativos donde no se manifiesta una falta o abuso grave que justifique el uso de las facultades disciplinarias del tribunal. Asimismo, el considerando 5° de la resolución de esta misma causa nos responde por qué motivo el recurso de queja es inidóneo para la revisión e impugnación de vicios producidos con ocasión del pronunciamiento de la sentencia, al señalar que:

*Es dable recordar que esta Corte ha sostenido, reiteradamente, que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de interpretación y provocar, por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia. Así se ha dicho que atendida la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario intentado, lo que procede para acogerlo o desecharlo es, primordialmente, averiguar y establecer si los jueces recurridos, al ejercer la función jurisdiccional y en cuya virtud extendieron la resolución que motiva la queja, incurrieron o no en falta o abuso que deba ser enmendado por esta vía disciplinaria.... También es menester tener especialmente en cuenta que la falta o abuso que hace procedente este recurso es sólo la que tiene el carácter de 'grave', de mucha entidad o importancia y, en la medida que la falta cometida reúna tal característica y cause perjuicio, debería aplicarse a los jueces una sanción disciplinaria. Una mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar el negocio, en torno al sentido y alcance de determinadas normas jurídicas, no es, en caso alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al*

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*

*comportamiento jurisdiccional impugnado, ni para desencadenar un castigo tan drástico.” (énfasis agregado).*

Por lo demás, resulta relevante agregar lo señalado por Bordalí respecto a que:

*Si se permite a la Corte Suprema dejar sin efecto resoluciones judiciales porque supuestamente contendrían una falta o abuso graves, sin que se sepa en qué consisten ellas, se hace de la Corte Suprema un tribunal de equidad antes que de derecho. No hay necesidad por parte de quien interpone el recurso de fundar estrictamente en qué consiste el agravio contenido en la sentencia recurrida y la Corte Suprema adquiere un poder decisonal amplio, sin contornos fijos establecidos en la ley, por lo que sus fallos terminan siendo de justicia o equidad en el caso concreto más que de derecho”<sup>58</sup>.*

Esto, además de devenir en un grave perjuicio para los tribunales en contra de los que se recurre, tampoco otorga garantía o certeza al recurrente sobre la admisibilidad del recurso de queja, por lo que se deja tanto a recurrente como a recurrido en un estado de incerteza e indefensión.

Así, el recurso de queja resulta ser un medio completamente inidóneo para impugnar las sentencias que contengan vicios y que hayan sido dictadas en el juicio de reenvío, ya que debe señalarse cuál fue la falta o abuso grave con la cual se ha cometido, causal por lo demás ambigua y parcial, lo que añade una exigencia adicional en materia recursiva y lo torna inaccesible en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual define como recurso accesible aquellos cuales “*su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente*”<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Bordalí, Cortez y Palomo, *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, p. 365.

<sup>59</sup> Corte IDH, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, párr. 270 letra b).

### 1.3. Acción constitucional de amparo

En el desarrollo de esta acción como eventual solución, resulta conveniente mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°576 de 24 de abril de 2007. En él se requirió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 12 y 14 de la Ley 17.322 que establece las normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, fundado en que estos artículos permitirían la privación de libertad del deudor de cotizaciones previsionales como apremio dentro del procedimiento ejecutivo de cobro, siendo las resoluciones que decretan estos apremios inapelables, ni susceptibles de recurso alguno. En virtud de ello, la requirente argumenta vulneración a las normas del debido proceso.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional, al argumentar en lo relativo a estas normas, señala que “en el caso específico de la norma que se impugna, ciertamente no existe infracción al debido proceso, desde el momento que la resolución que impone el apremio, en caso de que carezca de fundamentos o sea ilegal o arbitraria, siempre será eventualmente susceptible de ser recurrida a través de la acción de amparo o habeas corpus que se consagra en el artículo 21 de la Constitución Política de la República...”<sup>60</sup> (énfasis agregado).

Esta aseveración del Tribunal Constitucional permitiría concluir que el derecho al recurso se satisface con cualquier tipo de recurso contenido en nuestro ordenamiento jurídico o, dicho en otras palabras, que no se requiere un tipo de recurso en especial que esté pensado para el procedimiento mismo en el cual se dictó la resolución que se intenta impugnar, por lo que se podría hacer uso de recursos excepcionales como las acciones constitucionales de protección o amparo, los que se fundamentan en la vulneración a garantías fundamentales protegidas en los artículos 20 y 21 de nuestra Constitución, respectivamente.

Esto nos lleva a la inevitable pregunta de cuál es el alcance del derecho al recurso. ¿Se satisface este derecho con la interposición de absolutamente cualquier recurso, o es necesario la existencia de un recurso dentro del procedimiento mismo, pensado para solucionar los problemas específicos que en él se puedan desarrollar en atención a su naturaleza misma y los principios que la informan?

---

<sup>60</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°576 de 24 de abril de 2007, considerando 44°.

Pareciera lógico pensar que la garantía del derecho al recurso se refiere a un medio de impugnación y revisión pensado para el procedimiento mismo en que se dictó la resolución cuya corrección se solicitaría. Además, el Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, parece olvidar que el mal llamado “recurso” de amparo no es tal, sino que es realmente una acción constitucional, que busca reestablecer el imperio del derecho y la Constitución, y el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 19 N°7 y protegido por el artículo 21, y no la revisión integral de las resoluciones que priven de este derecho a las personas.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en Sentencia Rol 215-2017 sobre acción constitucional de amparo señala que:

*Para resolver la presente acción constitucional debe considerarse la excepcionalidad de la acción de amparo al momento de optar dentro de la diversidad de recursos procesales que tanto la Constitución como la Ley consagran en favor de quien pretende alzarse en contra de una resolución judicial, por cuanto como lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N°4965-2013, “...semejante comprensión de la acción en análisis (recurso de amparo) supone la excepcionalidad de su procedencia si, como en el caso en análisis, se pretende atacar resoluciones dictadas por los tribunales de justicia en el ejercicio de sus competencias y de acuerdo al procedimiento fijado en la ley, sobre todo si éste contempla mecanismos de impugnación de lo resuelto y que permiten al tribunal designado por el ordenamiento jurídico procesal para la resolución de los recursos que se deduzcan, el máximo grado de conocimiento sobre los hechos, con el objeto de asegurar la sujeción de lo decidido al mérito del proceso y a la ley correspondiente”<sup>61</sup> (énfasis agregado).*

De lo anterior se sigue que, existiendo recursos dentro del procedimiento mismo, deberán preferirse ellos antes que la acción constitucional de amparo, toda vez que son esos medios de impugnación los que el legislador estableció como más idóneos para la revisión de las sentencias en consideración del procedimiento en que fueron dictadas, además del hecho de que la acción de amparo es de carácter excepcional.

---

<sup>61</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia Rol N°215-2017 de 9 de diciembre de 2017, considerando 7°.

Esto se condice con lo expuesto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos, la cual, como se mencionó, al referirse sobre el derecho al recurso ha señalado que éste debe ser, entre otros, un recurso ordinario y accesible. Que sea ordinario se refiere a que el derecho a interponer el recurso debe ser garantizado con anterioridad a que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, ya que pretende evitar que quede firme una sentencia que contiene vicios o errores que produzcan perjuicios indebidos a los intereses de una persona, mientras que el ser accesible se refiere a que las formalidades que se requieran para su interposición no deben ser un obstáculo para que el recurso cumpla con el fin de examinar y resolver los agravios alegados por el recurrente<sup>62</sup>, dos elementos que sin duda resultan asegurados cuando el sistema de impugnación de las resoluciones dictadas en un procedimiento está pensado para ellos, en atención sus características.

A esta Corte Interamericana también le ha parecido pertinente enfatizar sobre la importancia de “la existencia de un recurso que permita la revisión de una sentencia condenatoria, sobre todo en procesos penales, en donde otro grupo de derechos pueden verse limitados, especialmente el derecho a la libertad personal de un individuo, es decir que significa una garantía del individuo frente al Estado”<sup>63</sup> (énfasis agregado), puesto que la privación de libertad de una persona es la máxima expresión del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados, no pareciendo recomendable dejar sin revisión las decisiones judiciales que establecen penas privativas de libertad.

Parece igualmente relevante citar el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, durante la discusión del texto del nuevo Código Procesal Penal, en lo referente al recurso de amparo. Este informe señala que:

*Una de las observaciones generalizadas que recibió la Comisión durante la discusión general del nuevo Código Procesal Penal se relacionó con la exclusión, dentro de su articulado, de la regulación del recurso de amparo. Sin embargo, la Comisión optó por mantener esa decisión, porque incorporar el recurso de amparo contribuiría en alguna medida a reafirmar la idea de que es una acción procedente contra resoluciones judiciales, que es lo ocurre hoy en día, en circunstancias que no tiene*

---

<sup>62</sup> Corte IDH, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, párr. 270 letras a) y b).

<sup>63</sup> Corte IDH, *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 104.

*esa naturaleza ni una connotación penal, sino que apunta, precisamente y por el contrario, a que una persona pueda recabar el amparo de los jueces en contra de acciones de la autoridad que afecten su libertad. El postulado de estimar procedente el amparo contra resoluciones judiciales responde a propósitos de garantía, explicables en el contexto del actual proceso penal, con escasas o nulas posibilidades de defensa durante la etapa sumarial”<sup>64</sup> (énfasis agregado),*

en cambio, establece el amparo ante el Juez de Garantía, más acorde con lo que la reforma intentaba implementar, y lo que la acción de amparo constitucional intentaba resguardar en el antiguo proceso penal.

Es de esta manera en que el propio legislador rechaza la acción constitucional de amparo como un sistema recursivo eficiente e idóneo para la revisión de las resoluciones judiciales.

#### **1.4. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**

Según lo analizado en base a la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales es posible concluir que estos medios resultan insuficientes para eventuales sentencias, dictadas en juicio de reenvío, que contengan vicios o que hayan sido pronunciadas en un procedimiento viciado. Esto deja al país en una situación de incumplimiento de los tratados internacionales de Derechos Humanos que han sido suscritos y ratificados.

Ante esto, el Tribunal Constitucional debiese acoger los requerimientos en que se solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, ejerciendo control de convencionalidad.

Sin embargo, la realidad es otra, puesto que el Tribunal Constitucional rechaza los requerimientos interpuestos por el inciso 2° de este artículo<sup>65</sup>, y ha sostenido que “estamos frente a un proceso penal en el cual hubo derecho a recurrir, pues la sentencia era objetivamente agravante, mas no lo hizo el condenado, como dice el requerimiento, puesto que estimó que subjetivamente no lo era, con lo cual al no impetrar la nulidad del proceso o

---

<sup>64</sup> Biblioteca del Congreso (2000), Historia de la Ley N°19.696, p. 180.

<sup>65</sup> STC 986, 821, 1443, 1432, 1130 y 1501, entre otros.

la sentencia y, por esa vía, ampliar la competencia específica del tribunal señalado por la ley como llamado a decidirlo, limitó sin duda su derecho a la defensa, por un acto propio y no porque la ley haya contravenido a la constitución”<sup>66</sup>.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, causa rol N°986 de 30 de enero de 2008, destaca el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic y Mario Fernández, quienes señalan:

*Que el fundamento de racionalidad o justicia exigible a un precepto que limita o restringe severamente un derecho, por su carácter excepcional, debe aparecer o deducirse inequívocamente del sentido o finalidad de la norma. ... Si se coloca de un lado el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, se comprueba el carácter esencial de la norma que protege el derecho fundamental, garantizado por la Constitución y los tratados internacionales, de resguardar su libertad. La simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales. El medio escogido no es congruente con su supuesta finalidad y representa la exclusión de derechos subjetivos trascendentales*<sup>67</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acuñado como deber de los Estados el ejercer el control de convencionalidad de las normas de derecho interno respecto de la convención por la judicatura constitucional<sup>68</sup>. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional “no solo debería[n] interpretar conforme a la garantía del recurso, sino derechamente acoger los intentos de inaplicabilidad del artículo 387...”<sup>69</sup>.

El Tribunal Constitucional no es propiamente un tribunal superior de justicia – por tanto, no puede señalársele como un “superior jerárquico” –, y su competencia se traduce en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertas normas o artículos para el

---

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°986, de 30 de enero de 2008, considerando 22°.

<sup>67</sup> *Ibid.*, voto en contra. En sentido similar, en causa Rol N°1501 de 31 de agosto de 2010, los mismos Ministros señores Vodanovic y Fernández concurrieron a la decisión con voto en contra de la decisión, señalando que “*el derecho al recurso del condenado en juicio penal es reconocido sin excepciones por la doctrina nacional como un componente de un juicio racional y justo en materia criminal*”.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de noviembre de 2006. Citado en Romero, *Art. 387 CPP*.

<sup>69</sup> Romero, *Art. 387 CPP*, p. 47.

caso concreto o, conociendo de la acción de inconstitucionalidad, derechamente declarar – de forma general – la inconstitucionalidad de un precepto legal. De esta forma, tampoco resulta ser el medio más idóneo para la solución del problema de vulneración del derecho al recurso que se expresa en el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, pero, mientras esto no haya sido solucionado legislativamente, pareciera ser una opción y medio necesario para que, mediante control de convencionalidad, se puede declarar su inaplicabilidad por ser contrario a nuestra Carta Fundamental y a los tratados internacionales de derechos humanos.

## **2. Inexistencia de límites de determinación de la pena en el nuevo juicio**

El segundo problema por tratar es la inexistencia de límites en la determinación de la pena ante una eventual sentencia condenatoria en el juicio de reenvío y cómo esto se contradice con el principio de *non reformatio in peius* y, por tanto, con el derecho al recurso.

Una forma de entender la gravedad y complejidad de esta situación es con un ejemplo cotidiano dentro de la vida universitaria, referente a las evaluaciones y los errores que puedan encontrarse en su revisión. El Reglamento de Estudiantes de la Universidad de Chile consagra el derecho a los estudiantes de una segunda revisión de sus evaluaciones, previa solicitud debidamente fundada, es decir, una especie de derecho al recurso ante las decisiones de los profesores en la revisión de sus evaluaciones y determinación de la calificación. Sin embargo, este reglamento no establece una garantía para los estudiantes, ni obligación para los profesores, de mantener la calificación original si es que la solicitud de segunda revisión no prospera, lo que tiene las evidentes consecuencias de que quepa la posibilidad de una disminución en la calificación. Sin duda son muchos los casos de estudiantes que se han abstenido de solicitar una segunda revisión de sus evaluaciones por la eventualidad de una baja en la calificación originalmente obtenida.

Si algo tan banal, como es la calificación en una evaluación, tiene un efecto tan notorio de disuasión al momento de solicitar esta segunda evaluación, ¿cómo podemos pensar que no tendrá los mismos efectos disuasivos para el imputado cuando se trate de recurrir de una sentencia condenatoria que puede afectar algo tan sensible como lo es la libertad personal?

MAIER ha señalado que “el recurso y, eventualmente, el nuevo juicio constituyen un derecho del condenado, que no corresponde al acusador y que no puede conducir a consecuencias jurídicas más graves para el condenado que el primer juicio, y cuyo límite máximo es confirmación de la sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*), único ‘riesgo’ que corre el condenado (*ne bis in idem*: persecución penal única)”<sup>70</sup>.

La indeterminación normativa del alcance que tiene la *non reformatio in peius* dentro del procedimiento, desde el inicio hasta su fin – considerando tanto la revisión por el recurso de nulidad y eventual anulación del juicio, como el nuevo juicio que se dé producto de esta anulación –, crea una gran incertidumbre en el imputado y en su defensor respecto a cómo proceder luego de una sentencia considerada perjudicial, ya que nada asegura la permanencia de ese “mínimo” como una garantía. Al respecto, es pertinente hacer mención de los datos de una encuesta realizada el 2007, a la cual Ignacio Barrientos hace referencia en su trabajo “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio”. En esta encuesta “se consultó a todos los defensores, institucionales y licitados, dependientes de la Defensoría Penal Pública, para que indicasen los casos en que no habían deducido un recurso de nulidad en que correspondía pedir la nulidad del juicio por temor a que, de anularse el primer juicio, la sentencia del segundo fuese más severa o no concediese los beneficios dispuestos en la primera”<sup>71</sup>, donde 166 defensores respondieron la encuesta que, en definitiva, resultaba en que “un 45% del total de imputados representados por los defensores encuestados” no había recurrido de nulidad por el temor a que se diera esta situación<sup>72</sup>, cifra que no es menor, especialmente considerando que el derecho al recurso y el principio de la prohibición de la reforma peyorativa son parte integrante del debido proceso.

La Defensoría Penal Pública ha señalado que “en cuanto a la decisión de no recurrir en el primer juicio, la norma actual opera como incentivo para que la defensa no recurra, si ésta vislumbra que en un segundo juicio existe el riesgo que se le imponga al imputado una pena

---

<sup>70</sup> Maier, *Derecho procesal penal: fundamentos*, p. 721.

<sup>71</sup> Ignacio Barrientos, *Prohibición de la reformatio in peius y la realización de nuevo juicio* (Santiago: Revista de Estudios de la Justicia, 2007), p. 176, referencia n°2.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

superior a la aplicada en el primero, considerando que la norma impide recurrir de este nuevo y peor resultado”<sup>73</sup>.

La doctrina discute respecto del alcance del artículo 360 inciso final del Código Procesal Penal, dividiéndose entre quienes consideran que no es extensivo al juicio de reenvío y quienes dicen que sí debe considerarse extensivamente. Entre los detractores de la tesis sobre la extensión del principio, se menciona un argumento ante todo curioso, el cual es que al acogerse el recurso de nulidad y anularse tanto la sentencia como el juicio, los efectos de estos desaparecen, derivando en la consideración de que estos son, y siempre han sido, inexistentes<sup>74</sup>.

El artículo 372 del Código Procesal Penal, el primero en tratar el recurso de nulidad, dispone que “el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta...”. Efectivamente este artículo, al hablar de invalidar, determina que se dejan sin efectos tanto la sentencia como el juicio, pero ¿cuál es el alcance de “dejar sin efecto”? ¿Debe considerarse que se deja sin efecto para los fines de la ejecución de la sentencia recurrida? ¿O que se deja sin efecto en cuanto a su existencia misma? La importancia del análisis de estas preguntas radica en que sus respuestas pueden resolver el problema del alcance del principio de prohibición de reforma peyorativa contenido en el artículo en estudio.

El artículo 379 del mismo Código, sobre los efectos de la interposición del recurso de nulidad, señala que “la interposición del recurso de nulidad suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida”. Es dable pensar, por tanto, que al encontrarse la sentencia recurrida pendiente de ejecución por la interposición del recurso, en el caso de que éste se acoja, deberá dejarse sin efectos definitivamente la sentencia en los términos de su cumplimiento, pero sin significar esto que se produce la “inexistencia” de la sentencia condenatoria anulada, la pena que ella contenía y el juicio en el cual se dictó, considerando especialmente el caso de que sea únicamente el imputado quien recurra, puesto que la competencia específica dada al tribunal superior jerárquico para que conozca será en base a

---

<sup>73</sup> Rubén Romero, *Propuestas de cambio para el Código Procesal Penal* (Santiago: Revista 93 de la Defensoría Penal Pública, 2018), p. 11.

<sup>74</sup> Barrientos, *Prohibición de la reformatio in peius*, p. 189.

las peticiones concretas del imputado en atención de sus intereses – los cuales están determinados y estrictamente relacionados con la decisión contenida en la sentencia del juicio que se pretende anular – que, por un lado, hace absurdo pensar que irá a recurrir una sentencia condenatoria con el fin de que en el nuevo juicio le den una pena aún más gravosa y, por el otro lado, al no haber recurrido el Ministerio Público, se entiende su conformidad con la pena establecida en el primer juicio, generándose una cosa juzgada parcial tanto para el ente persecutor como para la Corte que conoce del recurso, por aplicación del principio de *non reformatio in peius*, lo que tiene como resultado que “dicho obstáculo tampoco podría ser sorteado por el tribunal de reenvío, cuya jurisdicción también queda restringida por la cosa juzgada parcial”<sup>75</sup>.

Dentro de este tema es dable mencionar la causa rol N°134-2010 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Esta Corte, conociendo de recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, anula tanto la sentencia como el juicio, disponiendo la remisión de los autos, pero, además, que “frente a la posibilidad de una nueva sentencia condenatoria, el Tribunal Oral en lo Penal deberá tener presente las limitaciones de no agravar la pena interpuesta en la sentencia que se anula”<sup>76</sup>, o sea, se estaba haciendo cargo de esta indeterminación normativa que irroga perjuicio y – finalmente – trabas al momento de recurrir. El fin de este caso fue que la Corte Suprema – conociendo de un recurso de queja – dejara sin efecto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>77</sup>, con lo que se dejó abierta, nuevamente, la posibilidad de que la sentencia del juicio de reenvío resultara más gravosa.

LETELIER, al desarrollar algunas ideas sobre la reforma peyorativa y el juicio de reenvío, expone que:

*Aceptando la tesis que declarada la nulidad en el recurso, la sentencia anulada no produce efecto alguno y que, por tanto, el juez que conoce del juicio de reenvío no tendría cómo verificar si la nueva sentencia es o no más perjudicial al acusado, plantear siquiera la vigencia de la prohibición carece de cualquier sustento técnico.*

---

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 195.

<sup>76</sup> Causa reservada cuya sentencia puede revisarse en Revista jurídica del Ministerio Público N°44 (2010), p. 22.

<sup>77</sup> Corte Suprema, Rol N°4012-2010, 2 de septiembre de 2010.

*Conforme la tesis que el juicio de reenvío se encuentra ligado al primer juicio en razón de la sentencia de casación o de nulidad (idea de unidad del proceso), cabría aplicar en aquel el límite non reformatio in peius, de suerte que la nueva sentencia no podría contener un efecto más desfavorable que la del primer juicio*<sup>78</sup> (énfasis agregado).

Sobre estas dos tesis parece haberse pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”<sup>79</sup>. Así, es de suponer que esta Corte seguiría la idea de “unidad del proceso”, por lo que la sentencia del juicio de reenvío también debiese cumplir con la *non reformatio in peius*.

Igualmente, considerar la prohibición de la reforma peyorativa en los términos literales de su consagración – es decir, que la Corte no podrá reformarla en perjuicio del único recurrente – haría que esta disposición, aplicada al recurso de nulidad, solo tenga sentido en los casos en que se dicta una sentencia de reemplazo, cosa que es completamente contradictoria con el sistema procesal penal actual que, en primer lugar, diseña el juicio oral como una única instancia, por tanto, la regla generalísima será que no recaen recursos sobre su sentencia definitiva; segundo, que de ser admisible el recurso de nulidad y finalmente acogerse, se tenderá a anular tanto la sentencia definitiva como el juicio en el cual se dictó, lo que no da posibilidad a la Corte de reformar en perjuicio como para ser aplicable la disposición; y, tercero, los casos en que la Corte puede dictar sentencia de reemplazo son excepcionalísimos, lo que haría prácticamente inaplicable este principio en el principal y único recurso contemplado para la impugnación de las sentencias del juicio oral.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en base a una interpretación del artículo 360 inciso final del Código Procesal Penal de forma sistemática – al encontrarse en las disposiciones generales en materia recursiva – y armónica – pues es parte integrante del debido proceso, considerada como una garantía fundamental en diversos tratados de derechos humanos

---

<sup>78</sup> Enrique Letelier, *Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: Reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes* (Coquimbo: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 2009), p. 219.

<sup>79</sup> Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 159.

actualmente vigentes y que tienen plena aplicación en nuestro sistema normativo por disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, además de ser una manifestación del derecho a defensa –, debiera llevarnos a la conclusión lógica de que el principio de *non reformatio in peius* rige incluso hasta la sentencia del tribunal de juicio oral de reenvío, puesto que, de entenderse limitado solamente a la Corte que está conociendo del recurso de nulidad, se daría una afectación manifiesta al derecho al recurso, ya que el imputado tendría que ponderar el riesgo de una eventual sentencia más gravosa con la posibilidad de recurrir y la factibilidad de obtener, en el mejor de los casos, una sentencia absolutoria, lo que no es acorde con los estándares de “derecho al recurso” que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece como garantía.

En el proyecto de Código Procesal Penal presentado al Congreso los tribunales superiores de justicia tenían un mayor espectro de posibilidades para dictar sentencia de reemplazo cuando conocieran de un recurso de casación. Si bien la regla general era la anulación tanto de la sentencia como del juicio, se permitía dictar sentencia de reemplazo cuando no conllevara modificación del contenido de la sentencia en aquello que dispone la explicación clara y lógica de los hechos que se dieran por probados y de la valoración de la prueba en que fundamentaren dichas decisiones. Es decir, teniendo por reproducidos los hechos y la valoración de la prueba que los tuvo por acreditados, así como también los fundamentos de derecho que no se vieran afectados por el fallo del recurso de casación. Siendo estas las condiciones podría entenderse, incluso, que era posible dictar sentencia de reemplazo que fuese perjudicial para el imputado, pero siempre teniendo como límite la *non reformatio in peius*, en los casos en que el único recurrente fuese el imputado<sup>80</sup>.

Esto es completamente distinto a lo que se contempla en el Código finalmente aprobado, en el que la sentencia de reemplazo puede dictarse en casos muy excepcionales, y siempre en favor del imputado.

---

<sup>80</sup> Artículo 442 inc. 1°. “... Con todo, si la invalidación no conllevara modificación del contenido de la sentencia a que se refiere el artículo 400 letra c), dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que creyere conforme a la ley y al mérito de los hechos, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido, reproduciendo los fundamentos de derecho de la resolución casada que no hicieren referencia a los puntos que hubieren sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste”. Artículo 444 inc. 2°. “Cuando el recurso sólo hubiera sido interpuesto por el acusado, la sentencia de reemplazo no podrá ser modificada en su perjuicio”.

Esta autora considera que esto podría deberse a un problema de técnica legislativa, la que puede ser salvada con una ley modificatoria de la actual disposición, la cual puede ser redactada en los términos en que se contempló en el proyecto de Nuevo Código Procesal Penal de Argentina, es decir, “*Si el reenvío procede como consecuencia de un recurso del imputado o del fiscal en su favor, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero*”<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Citado en Letelier, *Principios proceso penal relativos ejercicio acción y pretensión*, p. 220.

## Conclusiones

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que, si bien el principio de *non reformatio in peius* y el derecho al recurso tienen consagración en nuestro ordenamiento, sea de forma expresa en la normativa, por aplicación del artículo 5° de la Constitución Política de la República, o por lo resuelto por nuestro Tribunal Constitucional, el sistema procesal penal actualmente establecido tiene ciertas deficiencias en su aplicación y en la forma en que los garantiza, estando en deuda en cuanto a la real armonía con estas garantías fundamentales.

Esta deuda se evidencia, en primer lugar, en la inexistencia de recursos para los casos en que se originen vicios durante la tramitación del juicio de reenvío o en la sentencia misma, ya que el imputado ve limitado su derecho a recurrir de resoluciones que le son gravosas, afectando también su derecho a defensa.

En esta situación surge la opción del incidente de nulidad a fin de corregir los vicios que se den durante la tramitación del juicio, pero deja a la deriva la corrección de vicios que se den en la sentencia definitiva. Además, faltaría uno de los elementos del derecho a recurrir, el cual es que la revisión sea efectuada por un superior jerárquico.

El recurso de queja resulta ser un medio absolutamente inidóneo para subsanarlos, dado su carácter excepcionalísimo, los fines para los cuales se tiene previsto, su causal de carácter elástico y la cantidad reducida de casos en los que finalmente se acoge.

La acción constitucional de amparo tampoco resulta ser una forma de salvaguardar este derecho, toda vez que no es un recurso, sin olvidar que la propia historia legislativa consideró que debía reducirse – si no eliminarse – su utilización en sede penal, pues los modernos mecanismos que incorporaba el nuevo Código Procesal Penal – sobre todo el amparo ante el Juez de garantía – salvarían los casos en que era mayormente usado en el antiguo sistema.

El Tribunal Constitucional, como garante del respeto a las normas constitucionales, debiese acoger los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, aún más teniendo en cuenta el control de convencionalidad que debe ejercer, tanto por ser los tratados internacionales de derechos humanos finalmente parte de nuestra normativa constitucional, como porque es un llamado que ha hecho la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En segundo lugar, queda demostrada en cuanto a la indeterminación del alcance del inciso final del artículo 360 del Código Procesal Penal – que prohíbe reformar en perjuicio del recurrente cuando hubiere sido deducido por uno solo de los intervinientes –, puesto que pone al imputado en una situación límite, en que debe optar entre si está o no dispuesto a asumir el riesgo de que en el juicio de reenvío se dicte una sentencia condenatoria más gravosa que la que pretende anular, conculcando de forma manifiesta su derecho a recurrir en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por no garantizarle un recurso realmente accesible y a su alcance.

Por tanto, son evidentes las omisiones, tanto del legislador al tratar estos temas, su consagración y su protección, así como de la jurisprudencia al establecer posibles medios de solución, lo que podría hacer por mera aplicación de los principios generales del derecho procesal penal y de las garantías constitucionales y de tratados internacionales sobre esta materia, lo que resulta en un sistema con “garantías” que en el estudio y en la teoría se reflejan como ideales y suficientes para la protección de los derechos del imputado, pero que en la práctica resultan poco aplicables.

## Bibliografía

- ALVEAR VALENZUELA, Soledad y BLANCO SUÁREZ, Rafael. *Diálogos sobre la reforma procesal penal. Gestación de una política pública*. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010.
- BANDA VERGARA, Alfonso. «Derechos fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal.» *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile [En línea]*, 1999.
- BARRIENTOS PARDO, Ignacio. «Prohibición de la reformatio in peius y la realización de nuevo juicio.» *Revista de estudios de la justicia*, 2007: 175-2017.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. «El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno.» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009: 263-302.
- BORSALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego. *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación*. Santiago: Thomson Reuters, 2016.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos. «Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal.» *Estudios constitucionales de la Universidad de Talca*, 2012: 245-288.
- DUCE JULO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián. *Proceso penal*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007.
- ECHEVERRÍA RAMÍREZ, Germán. «Tribunales superiores de justicia y límites al pronunciamiento de sentencias condenatorias de reemplazo.» *Revista de Estudios de la Justicia*, 2010: 87-113.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Vol. I. II vols. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- . *Derecho procesal penal chileno*. Vol. II. II vols. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- LETELIER LOYOLA, Enrique. «Los principios del proceso penal relativos al ejercicio de la acción y la pretensión: Reflexiones y críticas a la luz de algunos ordenamientos vigentes.» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2009: 195-228.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal: fundamentos*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2004.
- MANSO VILLALÓN, Macarena y OBERG YÁÑEZ, Héctor. *Recursos procesales civiles*. Concepción: Lexis Nexis, 2008.
- ORELLANA TORRES, Fernando. *Manual de derecho procesal: Procesos Penales*. Santiago: Librotecnia, 2008.

- . *Manual de Derecho Procesal: Recursos Procesales*. Santiago: Librotecnia, 2008.
- RIEGO, Cristián. *El proceso penal chileno y los Derechos Humanos: Aspectos jurídicos*. Santiago: Publicación editada por la escuela de derecho de la Universidad Diego Portales, 1996.
- ROMERO MUZA, Rubén. «Artículo 387 del CPP: Una triple afectación a la garantía del derecho al recurso.» *Revista 93 de la Defensoría Penal Pública*, 2013: 43-47.
- ROMERO MUZA, Rubén. «Propuestas de cambio para el Código Procesal Penal.» *Revista 93 de la Defensoría Penal Pública*, 2018: 5-11.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. «De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno.» *Revista de Derecho Procesal de la Universidad de Chile*, 2005: 393-409.
- . *Recursos de casación y queja, nuevo régimen*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1996.
- ZUÑIGA URBINA, Francisco y PERRAMONT SÁNCHEZ, Alfonso. *Acciones constitucionales*. Santiago: Lexis Nexis, 2003.

### **Jurisprudencia Tribunal Constitucional**

- STC Rol N°986 de 30 de enero de 2008.
- STC Rol N°576 de 24 de abril de 2007.
- STC Rol N°821 de 1 de abril de 2008.
- STC Rol N°1130 de 7 de octubre de 2008.
- STC Rol N°1250 de 14 de mayo de 2009.
- STC Rol N°1535 de 28 de enero de 2010.
- STC Rol N°1373 de 22 de junio de 2010.
- STC Rol N°1432 de 5 e agosto de 2010.
- STC Rol N°1443 de 26 de agosto de 2010.
- STC Rol N°1501 de 31 de agosto de 2010.
- STC Rol N°1448 de 7 de septiembre de 2010.

STC Rol N°1502 de 9 de septiembre de 2010.

STC Rol N°1838 de 7 de julio de 2011.

STC Rol N°1876 de 9 de agosto de 2011.

STC Rol N°1907 de 20 de diciembre de 2011.

STC Rol N°2137 de 6 de agosto de 2013.

STC Rol N°2452 de 17 de octubre de 2013.

STC Rol N°2323 de 9 de enero de 2014.

STC Rol N°2354 de 9 de enero de 2014.

STC Rol N°2628 de 30 de diciembre de 2014.

STC Rol N°2723 de 3 de septiembre de 2015.

STC Rol N°2798 de 24 de diciembre de 2015.

STC Rol N°2853 de 24 de diciembre de 2015.

STC Rol N°2791 de 3 de marzo de 2016.

STC Rol N°2743 de 4 de marzo de 2016.

STC Rol N°3119 de 20 de abril de 2017.

STC Rol N°3099 de 11 de julio de 2017.

STC Rol N°3100 de 11 de julio de 2017.

STC Rol N°3197 de 11 de julio de 2017.

STC Rol N°3309 de 19 de julio de 2017.

### **Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH, *Cantos vs. Argentina*, 28 de noviembre de 2002.

Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004.

Corte IDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá*, 23 de noviembre de 2010.

Corte IDH, *Mohamed vs. Argentina*, 23 de noviembre de 2012.

Corte IDH, *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia de 30 de enero de 2014.

Corte IDH, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 29 de mayo de 2014.

Corte IDH, *Zegarra Marín vs. Perú*, 15 de febrero de 2017.

Corte IDH, *Gorigoitía vs. Argentina*, 2 de septiembre de 2019.