



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

EL ABANDONO DE LA DEFENSA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO.

Análisis de la hipótesis prevista en el artículo 358 inciso segundo del

Código Procesal Penal.

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

TESISTA: FERNANDO SARIEGO EGNEM

PROFESORES: FLAVIA CARBONELL BELLIOLO.

MATÍAS INSUNZA TAGLE.

SANTIAGO DE CHILE

2021

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	2
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO PRIMERO-	15
ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A RECURRIR-	15
1.- CONCEPTO, JERARQUÍA Y NATURALEZA JURÍDICA-	15
2.- PRINCIPALES BASES NORMATIVAS DEL DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO. -	36
2.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos-	36
2.2. Constitución Política de la República-	43
2.3. Código Procesal Penal-	45
3.- PRESUPUESTOS ESENCIALES PARA UN EFECTIVO DERECHO A RECURRIR-.....	47
3.1. Norin Catrیمان y otros contra el Estado de Chile. (Sentencia de 29 de mayo 2014)-	48
3.2. Herrera Ulloa contra Costa Rica. (Sentencia de 02 de julio de 2004)-	51
3.3. Caso Mohamed contra Argentina. (Sentencia de 23 de noviembre de 2012)-	52
CAPITULO SEGUNDO-	64
ART. 358 INCISO SEGUNDO CPP, UNA BARRERA AL DERECHO AL RECURSO QUE ASISTE AL IMPUTADO-	64
1.- ASPECTOS GENERALES-	64
2.- ART. 354 CPP. PROTECCIÓN REFORZADA AL DERECHO A RECURRIR POR PARTE DEL IMPUTADO.....	67
3.- EL DESISTIMIENTO TÁCITO DEL RECURSO Y EL SUPUESTO DE HECHO REGLADO EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 358 CPP	76

4.- ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 358 INC. SEGUNDO Y 354 INC. FINAL CPP	85
5.- LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA CONTIENDA DE NORMAS-.....	92
CAPITULO TERCERO-.....	96
PROPUESTA DE SOLUCIONES-.....	96
1.- PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....	96
2. PROPUESTAS DE LEGE LATA.....	105
2.1 Interpretación <i>pro homine</i> en relación con el inc. 2 del art. 358 CPP	105
2.2. Abandono de la defensa como herramienta de protección al derecho a recurrir del imputado	119
CONCLUSIONES.....	134
BIBLIOGRAFÍA	141

RESUMEN –

Este trabajo pretende postular la conveniencia jurídica de utilizar la sanción procesal de abandono de la defensa en aquellos casos en que, recurrida de apelación o nulidad una decisión desfavorable para el imputado, su defensor no comparece a sostener el recurso en alzada. Para estos efectos se ofrecerán alternativas que, en concepto de quien suscribe, permitirán generar una apertura a la aplicación de este remedio procesal y, con el mérito de ello, cambiar el paradigma tradicional que impera en nuestra jurisprudencia nacional consistente en la declaración de abandono del recurso conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 358 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

Sostendremos que existen argumentos plausibles para inclinarse por la aplicación de la fórmula propuesta en ese trabajo, teniendo en consideración que el instituto del abandono de la defensa se encuentra recogido en el Código Procesal Penal para eventos que generen indefensión al imputado por causas atribuibles a su abogado de confianza. En ese sentido, la inasistencia del defensor a la vista del recurso constituye un claro ejemplo de conductas objetables a su deber de asistencia y, por lo mismo, los efectos perniciosos que se deriven de este evento debiesen quedar plasmados exclusivamente en éste y no extrapolarse al imputado, como ocurre en la práctica judicial.

Bajo ese enfoque, se podrá observar que el artículo 358 inciso segundo del Código Procesal Penal (norma que regula el supuesto analizado), traslada las consecuencias jurídicas de la inasistencia a sostener el recurso en quien recurre. Sin embargo, compartimos parcialmente esta solución, toda vez que siendo recurrente el imputado, debiese considerarse que se le está privando de una garantía judicial mínima reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile y no de una mera facultad procesal, como acontece con el resto de los intervinientes. Este matiz obligaría a explorar un derrotero diverso al previsto por el legislador en la norma citada máxime si la privación de ejercitar dicha garantía tiene como fundamento la ejecución de un acto o conducta no realizada por su titular, esto es, por el acusado.

De este modo, con el propósito de resaltar el valor y trascendencia que ostenta el derecho al recurso del imputado en el armado del debido proceso en la escena penal, se hará mención al reconocimiento, fomento y protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos materializa a su respecto, en consonancia con diversos pronunciamientos emitidos sobre este tópico tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por nuestros máximos tribunales en la esfera Jurisdiccional y Constitucional.

En síntesis, este trabajo intentará, a partir de una adecuada identificación del *status* que ostenta el derecho al recurso del imputado en la construcción del debido proceso penal, permear el enfoque sancionatorio unidireccional dispuesto por

nuestros tribunales superiores de justicia frente al advenimiento del supuesto de hecho reglado en el inciso segundo del artículo 358 CPP y, con el mérito de ello, abrir camino a la irrupción del abandono de la defensa como una herramienta eficaz de cautelar la garantía de recurrir que detenta el acusado.

INTRODUCCIÓN

Es innegable que la entrada en vigencia del sistema acusatorio adversarial en la órbita penal provocó cambios estructurales y funcionales sustantivos en la Justicia Penal Chilena. Con el Código Procesal Penal, surge, por lo tanto, una “nueva” arquitectura procedimental, contrapuesta a la del antiguo Código de Procedimiento Penal, que centró su propósito en proteger, resaltar y promover el respeto a las garantías fundamentales de las personas perseguidas criminalmente en el marco de lo que la Constitución Política de la República instituyó como una justa y racional investigación y procedimiento.

De esta manera, se logró desterrar un sistema inquisitivo plagado de objeciones asociadas a la nomenclatura de un debido proceso, propugnando en su lugar, un sistema de enjuiciamiento criminal más acorde a las exigencias propias de un Estado Democrático de Derecho. De este modo logramos aproximarnos a las pautas y estándares trazados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente respecto de aquellos tratados ratificados por Chile y con los cuales nuestro país asumió el compromiso de adecuar su normativa interna a las directrices supraleales.

Con todo, reconocemos que no fue una tarea simple de cumplir ya que no solo involucró un extenso y arduo trabajo de múltiples actores, inyección de recursos de

toda índole, capacitaciones, entre otros elementos, sino que además involucró un verdadero cambio cultural en la sociedad, la que con el paso del tiempo ha logrado asumir y normalizar valores y reglas un tanto amagados bajo el imperio del inquisitivo. Así, se ha aquilatado la relevancia de reglas como la separación de funciones (investigación-juzgamiento), la presunción de inocencia, un derecho de defensa empoderado en todas sus dimensiones, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable respecto del imputado privado de libertad, la fundamentación de la decisión y el derecho de impugnación de las decisiones judiciales, todo lo cual constituye clara evidencia de lo que se viene diciendo.

Para la consecución de esos fines y hacer coherente el axioma tutelar plasmado en la normativa procedimental con la praxis, tanto el Estado como las agencias de persecución penal tienen pendiente asumir un rol más protagónico y proactivo en la promoción de los derechos de todos quienes son partes directas en el proceso y, con mayor énfasis, respecto de la persona del imputado. En efecto, el sistema aún deja traslucir una clara disparidad en las posibilidades de actuación de quien se enfrenta al Estado y su batería de recursos, en el contexto de un procedimiento en el que el imputado pone a disposición -para la decisión- un bien jurídico tan preponderante como es su libertad.

Como contrapartida al aludido desequilibrio, en el plano internacional y en las cartas fundamentales de la mayoría de los estados democráticos, se contemplan

garantías judiciales mínimas, para el sujeto pasivo de la acción penal, en un evidente propósito normativo de contrarrestar la indicada disparidad e intentando mejorar la posición en la que se encuentra el encausado.

En ese sentido, cabe decir que las garantías judiciales se expresan de distintas formas en toda la extensión del proceso penal y, sumado a ello, persiguen fines diversos en aras de propender a un mejor posicionamiento del imputado dentro del proceso penal. En función de ese cometido, es que adscribimos a la idea de supeditar la vigencia y eficacia del debido proceso penal, al resguardo y fomento de aquellos componentes mínimos que lo integran y que han sido sistemáticamente reconocidos en la literatura y jurisprudencia nacional e internacional.

No obstante lo anterior, en esta oportunidad se enfatizará y desarrollará una de esas garantías mínimas judiciales del acusado, cuyo propósito va encaminado a controlar la labor decisoria de los tribunales con competencia penal en el ámbito de las resoluciones que dictan y que producen agravio a sus intereses. Esta función de fiscalización se cumple a través del reconocimiento de un sistema recursivo capaz de asegurar, entre varios aspectos, una efectiva revisión de la sentencia que le resulta perjudicial, ya que en eso se traduce la intención del inculpado recurrente, en provocar la revisión del fallo con expectativa de erradicar el agravio. En palabras del profesor Maier, al abordar el recurso del condenado como una garantía judicial, *“el Estado de Derecho no se satisface, al parecer, con la existencia de un solo juicio en contra del*

transgresor, para fundar una condena y una pena, sino que, cuando el condenado o quien debe soportar la pena no acepta la decisión estatal, precisa que, en principio, otro juicio presidido por otros jueces, ratifique total o parcialmente la bondad de la decisión o, por el contrario, si ese no es el caso, que la revoque". Agrega a continuación el autor que *"el Estado de Derecho en su forma actual, según la medida de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, reclama la concesión al condenado de una nueva chance, si lo desea, para demostrar su inocencia o la necesidad de una reacción menor del Estado respecto de su conducta antijurídica"*¹.

En ese orden de ideas, observamos que el derecho al recurso del imputado desempeña una función cardinal en el contexto de un debido proceso, ya que emerge como la llave que genera la apertura a la revisión, por un tribunal superior, de una condena, medida cautelar gravosa o, en general, de cualquier resolución que cause perjuicio a los intereses del enjuiciado, buscando la corrección de el o los errores denunciados por la vía del arbitrio incoado.

En base a ello, intentaremos demostrar en este trabajo que la facultad de recurrir del encartado constituye una garantía judicial cuyo ejercicio debiese ser cautelado en cada momento jurisdiccional del proceso penal², siendo los primeros

¹ MAIER, Julio. (2015) *"Derecho Procesal Penal"* Tomo III. Parte General. Actos procesales. Editorial Ad Hoc. Pág. 316.

² El artículo 7 del CPP (situado en el Título Primero del Libro Primero, denominado "Principios básicos"), establece que *"las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento*

obligados a asegurar ese propósito los tribunales que intervienen en aquél, a saber, Juzgado de Garantía, Tribunal Oral en lo Penal, Corte de Apelaciones y Corte Suprema.

Consideramos necesario destacar que, no obstante las fortalezas del Código Procesal Penal, paradójicamente constatamos un déficit en el punto que aborda esta tesis, no solo por estar desprovisto de una norma que reconozca expresa y categóricamente el derecho del imputado a una revisión efectiva de la resolución que le es adversa, sino porque, al revés de lo que pudiera pensarse, consigna una regla que genera dudas en cuanto a su alcance e interpretación. Hacemos referencia al artículo 358 inciso segundo CPP, cuyo tenor literal no ha sido lo suficientemente preciso para marcar la evidente diferencia conceptual existente entre el derecho a recurrir que se reconoce al encartado, con la mera facultad de impugnación que se dispensa al resto de los intervinientes.

Así, lisa y llanamente la mentada disposición prescribe, en lo pertinente, que *“la falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes”* lo cual podría entenderse que la sanción por ella establecida se basta a sí misma y, adicionalmente, afecta a todo recurrente, sin exclusiones, ni trato diferenciado.

dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. Por su parte el inciso primero del artículo 93 CPP consigna –bajo el título “derechos y garantías del imputado” que *“todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes”*. (El subrayado es nuestro)

Pues bien, creemos que es precisamente esa falta de definición de parte del legislador la que ha generado, en la práctica, un notorio predominio de la postura jurisprudencial que aplica a ultranza la sanción de abandono del recurso, soslayando la posibilidad de implementar otra medida más proporcional a la importancia que reviste la garantía del derecho al recurso en el ámbito internacional.

En consonancia con lo anterior, resulta de suma importancia señalar que a pesar de la manera en que se encuentra redactado el supuesto de hecho en la norma bajo estudio, es posible advertir de su contexto, un verdadero desistimiento tácito del recurso, cuyas implicancias podrían incidir directamente en la pervivencia del derecho al recurso. Con todo, desafortunadamente, esta forma anómala de poner término al arbitrio deducido, no fue incluida explícitamente en la redacción del inciso segundo del artículo 358 CPP, lo que dificultaría su detección y a la vez explicaría la tendencia mayoritaria de nuestra judicatura a decretar lisa y llanamente el abandono del recurso. Asimismo, un segundo factor de trascendencia derivado de la situación recién descrita, estriba en desvelar una posible antinomia que involucraría al artículo en cuestión con uno de los principales preceptos protectores del derecho al recurso que consagra el CPP, como es el artículo 354 inciso final CPP, agravando la situación el hecho que esta colisión normativa ha sido zanjada en favor de la sanción de abandono del recurso, dejando en la orfandad a la última disposición citada.

Desde esa perspectiva, habiendo desvelado el eje crítico de este trabajo y con la finalidad de poner de relieve la preponderancia del derecho del acusado a obtener una revisión efectiva del fallo adverso, propondremos, primeramente, soluciones que sugieren la necesidad de introducir una reforma a la disposición objetada, para posteriormente ofrecer una salida de *lege lata* a partir de la adscripción a un postulado interpretativo *pro homine* aplicado al texto del inciso segundo del artículo 358 CPP, siendo esta última variante la que emerge como la principal línea argumentativa que justifica esta investigación. Lo anterior, en atención a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuentra sus cimientos en la efectividad de la protección de los derechos inherentes a la persona humana, por lo que el sentido y alcance de las normas debiese sujetarse al objeto y fin de los tratados de los que un estado forma parte, circunstancia que, en definitiva, inclinaría la interpretación al derrotero de favorecer al sujeto titular de los derechos³.

En el sentido ya descrito, se buscará generar un cambio en el paradigma interpretativo exegético asignado tradicionalmente al precepto objetado, a través de la inclusión de una sanción dirigida no solo a efectuar un correcto direccionamiento en la atribución de responsabilidades (específicamente para quien no dio cumplimiento a la carga de comparecer a defender el recurso), sino que primordialmente encaminada a hacer efectiva la finalidad de mantener con vida la garantía de recurrir, emergiendo en

³ Sobre este punto, NASH, Claudio (2015). "*Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile*"- Estudios y capacitación. Centro de documentación Defensoría Penal Pública. Pág. 43.

ese instante y con bastante fuerza la figura del abandono de la defensa como mecanismo idóneo para satisfacer dichas expectativas.

En síntesis, este artículo centrará sus objetivos en dar a conocer un punto sensible percibido con ocasión de la experiencia profesional del suscrito y que se encuentra incardinado en el seno de una garantía mínima judicial, como lo es el derecho del imputado a recurrir de una resolución desfavorable y, paralelamente, proponer, razonablemente, soluciones prácticas al dilema de forma tal que el lector pueda adquirir una opinión fundada sobre este problema y, eventualmente, contribuir a su profundización.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A RECURRIR

1.- CONCEPTO, JERARQUÍA Y NATURALEZA JURÍDICA

Cada vez que hablamos del derecho a recurrir, nos representamos automáticamente una herramienta procesal no solo inherente a la calidad de parte en un proceso, sino que principalmente un presupuesto de legitimidad de este último. En tal sentido, no es viable concebir un proceso justo y racional sin la presencia del mentado derecho, o bien, restringido de tal manera en su ejercicio, por la imposición de exigencias formales excesivas, que se torne, en la práctica, en una herramienta meramente programática o cuyo ejercicio se vuelva ilusorio.

Por lo demás, no debe soslayarse que el recurso constituye, adicionalmente, un medio eficaz destinado a controlar la actividad jurisdiccional, cooperando al ideal de un servicio de justicia que permita realizar, de la mejor manera posible, los fines del proceso judicial⁴. Desde esta perspectiva “el recurso” asoma como un instrumento de cooperación en la obtención de una resolución judicial final, permitiendo que las partes desplieguen un rol activo en su substanciación.

De allí que la idea de recurrir deja traslucir expectativas y principios tan relevantes y primordiales insertos en el seno del debido proceso, como ocurre con la

⁴ IBAÑEZ, Manuel (1963). “Tratado de los recursos en el proceso civil”. Cuarta Edición. Editorial Omeba. Pág. 66.

facilitación de la actividad de control y corrección del error judicial⁵, la obtención de una decisión justa⁶, o bien el acceso a una tutela judicial efectiva⁷, entre otros.

En relación con lo dicho, interesante resulta traer a colación lo expresado por el profesor Nieva Fenoll, a propósito de aquellas teorías que circunscriben los objetivos del recurso a la erradicación del error del juez en su resolución. En efecto, el citado autor se muestra reticente a considerar ese cometido como el fin que subyace tras los recursos, por cuanto los yerros jurídicos del juez no están disociados de los fácticos,

⁵ El profesor Pereira Anabalón enseña a propósito de las resoluciones judiciales que *“son susceptibles de error en cuanto pueden transgredir normas que les señalan requisitos para su regularidad formal y sustancial, error que puede traducirse en “agravio” para alguna de las partes del proceso, voz que denota la idea de perjuicio, daño o gravamen”*. PEREIRA, Hugo (1984). *“Derecho Procesal del Trabajo”*. Editorial Jurídica Conosur. Pág. 242 y 243. En consonancia con este punto, los profesores Palomo Vélez y Valenzuela Villalobos, refieren que los recursos procesales han superado la tradicional concepción que durante gran parte del siglo XX los entendía como meros controles jerárquicos a disposición del legislador que decide si determinado procedimiento contempla apelación o no, si contempla doble instancia o no, para pasar a ser comprendidos como una garantía del justiciable frente a los posibles errores y arbitrariedades que puede contener el fallo. Este giro se produce con el surgimiento de los Tratados internacionales de Derechos Humanos que recogen cláusulas concretas en relación con el derecho al recurso, y la jurisprudencia generada por las instituciones ligadas, que han fijado el estándar que deben cumplir las distintas regulaciones en relación con el derecho al recurso. PALOMO, Diego y VALENZUELA, Williams. (2011). *“Declaraciones de inadmisibilidad del recurso de nulidad laboral como restricción indebida al derecho al recurso: jurisprudencia correctiva de la Excm. Corte Suprema”*. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, (Año 18 - N° 2). Págs. 399-415.

⁶ El destacado procesalista Hugo Alsina al referirse a los propósitos del recurso afirma que *“reside en una aspiración de justicia, porque el principio de la inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta y los recursos no son otra cosa, como dice Carnelutti”*, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto”. ALSINA, Hugo (1961). *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. Segunda Edición. Pág. 184 y 185.

⁷ Sobre este punto la Excm. Corte Suprema sostuvo que *“6° Que el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales, integra el amplio espectro del derecho al debido proceso. Ligado a él están los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, lo que lleva a concluir que en el proceso de interpretación de normas se prefiera aquella que permite el acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia motivada y, en su caso, el cumplimiento de lo resuelto”*. Causa Rol N°11.011-2020.

teniendo presente que, en reiteradas oportunidades, los motivos de impugnación se apoyan en objeciones a la valoración de la prueba⁸.

De esta forma, el motivo por el que naturalmente encasillamos el derecho a recurrir en el entramado de un debido proceso, obedece a que se exhibe como un componente esencial en la arquitectura de la garantía, tal como lo ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia nacional de los tribunales ordinarios de justicia y del Tribunal Constitucional. Así, la excelentísima Corte Suprema ha dictaminado uniforme y permanentemente que *“en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19 N° 3, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la*

⁸ NIEVA, Jordi. (2017). *“Derecho Procesal II. Proceso Civil”*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pag.307.

*ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas. (El subrayado es nuestro)*⁹.

*Asimismo, en fallo de fecha 01 de septiembre de 2015 se consignó que “al acoger los jueces del fondo la excepción de prescripción, han incurrido en una infracción del artículo 2514 del Código Civil. Esta infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo de manera que se acogerá el presente recurso, solo en cuanto se dispone la remisión de estos antecedentes al tribunal de primera instancia, con el fin de que emita pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido. Lo anterior, con el fin de asegurar el principio de la doble instancia y el derecho al recurso de las partes, elementos sustanciales del derecho al debido proceso”*¹⁰.

De forma más explícita, el ya aludido tribunal dictaminó con fecha 14 de septiembre de 2020, “8.- Que, al declararse inadmisibile el recurso de apelación deducido en autos en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal arbitral, se privó a uno de los litigantes del mecanismo de revisión que los contratantes expresamente habían estipulado. En este punto no es posible soslayar que nuestro sistema procesal consagra la existencia de diversos principios que pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, el derecho al recurso, que se

⁹ Excma. Corte Suprema, Rol N°76460-2020; 2885-2020; 29.064-19; 27.688-2019

¹⁰Excma. Corte Suprema Rol N° 24242-2014, considerando decimo tercero.

traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso”¹¹.

En idéntica dirección, el Tribunal Constitucional ha resuelto que *“el derecho al recurso, esto es, la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934, 986 y 1.432. De este modo, se ha dicho expresamente que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”¹². (El subrayado es nuestro).*

A mayor abundamiento, la sentencia recién aludida agrega que *“tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*, razonamiento este que constituye la antesala del dilema que aborda esta tesis.

¹¹ Excma. Corte Suprema Rol N°19.568-2020.

¹² Tribunal Constitucional Rol N°1443-09 INA.

Como se advierte de los fallos extractados, existe plena sintonía entre las máximas magistraturas nacionales no solo en orden a focalizar el derecho a recurrir dentro de la garantía constitucional del debido proceso, sino que, en el caso del Tribunal Constitucional, se pone el acento en el inculpado penal, imprimiéndole una particular relevancia, en comparación con el resto de quienes intervienen en una causa criminal.

En virtud de lo apuntado anteriormente, podría afirmarse que un procedimiento desprovisto de la posibilidad de recurrir, o bien, reconociéndolo formalmente, lo limitaría en su ejercicio de modo significativo y arrastraría consigo serias objeciones en relación con su legitimidad. Sobre el particular, el profesor Eduardo Couture enseña, a propósito del proceso como garantía, que 1) la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana; 2) la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso; 3) la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción de proceso consagrada en la Constitución; 4) si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional; 5) en esas condiciones deben entrar en juego los medios de

impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el control de la constitucionalidad de las leyes¹³.

Así las cosas, estimamos que ha quedado claramente asentada la importancia que reviste el derecho al recurso en el marco del debido proceso, por lo que, superado el punto, ofreceremos a continuación algunas definiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Se ha sostenido que el acceso al recurso sería *“un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio”*¹⁴.

Por su parte la Excma. Corte Suprema ha fijado el alcance de la facultad de impugnar disponiendo que *“el derecho al recurso se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso”*¹⁵.

Ahora bien, en el campo estrictamente asociado al imputado penal, se ha señalado que el derecho al recurso se traduciría en *“un derecho al reenvío. La facultad del imputado de recurrir la sentencia y así lograr un nuevo juicio que tiene por límite la*

¹³ COUTURE, Eduardo J. (2010) “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Thomson Reuters Puntotex. Pag 133

¹⁴ PALOMO, Diego (2016) citando a Echandía D. en *“Proceso Civil. Los recursos y otros medios de impugnación”*. Ed. Thomson Reuters La Ley”. Pag 9.

¹⁵ Excma. Corte Suprema, Rol N°27.410-2020.

reformatio in peius."¹⁶. Del mismo modo, esta facultad ha sido interpretada como "el derecho a un nuevo juicio, si se demuestran irregularidades en lo que se refiere a la exigencia de un juicio justo"¹⁷, ello, en clara referencia a la regla del *fair trial* o debido proceso¹⁸. De un modo más contundente y explícito el catedrático Gimeno Sendra sostiene que "el derecho al recurso es un derecho fundamental que asiste exclusivamente al condenado en un proceso penal, consistente en obtener la revisión jurisdiccional de su sentencia condenatoria"¹⁹. Finalmente, la profesora Horvitz enfatiza en que la falta de comprensión del carácter de garantía que tiene el derecho a recurrir hace olvidar que no se trata de un mero medio de impugnación dispuesto a favor del agraviado por una resolución judicial y que el imputado (condenado) no está en la misma posición jurídica del Ministerio Público. Añade esta autora que, en esa dimensión, el derecho al recurso en contra de una sentencia condenatoria constituye un "juicio sobre el juicio", esto es, un control no sobre la conducta del imputado, sino que sobre los jueces y las agencias de persecución penal, en tanto hayan incurrido en

¹⁶ ZIFFER, Patricia (2005) "El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío". Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 501 y siguientes.

¹⁷ MAIER, Julio. (1997). "El recurso contra la sentencia de condena. ¿Una garantía procesal?". Memorias del Segundo Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Camaguey . Unión Nacional de Juristas. Editorial SI-MAR.

¹⁸ Sobre este punto, CONTRERAS VASQUEZ, Pablo y GARCIA PINO, Gonzalo (2013): "El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno". Artículo obtenido de la página https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007. Estudios Constitucionales Vol.11, n°2. Santiago.

¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente (2010). "Manual de Derecho Procesal Penal" Segunda Edición. Colex (2010). Pag 74.

infracción a aquellas reglas procesales que están orientadas teleológicamente a la protección de garantías²⁰.

De la lectura de las definiciones que anteceden queda de manifiesto la importancia atribuida al derecho de recurrir en el andamiaje de un debido proceso y, de esta convicción, brota naturalmente la necesidad de posicionarlo en un sitial jerárquico coherente a su trascendencia, lo que nos lleva directamente a la Constitución Política de la República (en adelante CPR) y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile.

Con respecto a nuestra carta magna, a pesar de las críticas formuladas en torno al ausentismo normativo del constituyente derivado del escaso desarrollo de la garantía del debido proceso, lo cierto es que igualmente se ha entendido -a partir de la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental- que la CPR la ha reconocido indirectamente en el artículo 19 N°3 inciso quinto²¹. Abona esta noción los reiterados pronunciamientos de nuestra jurisprudencia de alzada, en las que se ha ubicado el debido proceso en la cláusula antes citada²².

²⁰ HORVITZ, María Inés. (2008). *“Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”*. En Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Pág 24.

²¹ En las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio (sesión 101ª) figuran profundas discusiones sostenidas por destacados procesalistas nacionales, en orden a buscar la fórmula más idónea de plasmar la idea de debido proceso en el artículo 19 N°3 del texto constitucional. Mayor información respecto este punto en TAVOLARI, Raúl (1994) *“Tribunales, jurisdicción y proceso”* Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 49 y en CEA, José Luis (2012). *“Derecho Constitucional Chileno”*. Tomo II. Segunda Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 168 y sgtes.

²² A modo ejemplar, Roles 2.638-2020; 4.993-2015, 2041-2009,

De este modo, a partir del precepto constitucional que consagra la exigencia de contar con una investigación y procedimiento racional y justo, se consigue situar al derecho al recurso en el pedestal jerárquico máximo de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que, por tratarse de un componente esencial para una integral configuración de la garantía fundamental del debido proceso, debiese estar siempre anexada a aquélla. Sobre el particular, el profesor Tavorari Oliveros entrega una síntesis del contenido de las garantías que importan un debido proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso quinto CPR, entre ellas, el derecho de impugnar la resolución final²³.

Evidentemente que hablamos aún del piso mínimo en el que podemos ubicar al derecho en estudio, toda vez que siempre le estará reservado un sitio prioritario en el espectro internacional, según detallaremos en su oportunidad.

Ahora bien, en lo que compete a la naturaleza jurídica del derecho a recurrir, es menester enfatizar que, descontando la variante que la vislumbra como un elemento integrante del debido proceso, no podemos desconocer que igualmente se han levantado voces que lo encuadran de un modo diverso. Es así como, para algunos, no correspondería asignar un rol secundario al derecho de recurrir en atención a que sería una expresión del derecho fundamental de petición, recogido en el artículo 19 N°14 de nuestra Carta Magna y, por lo mismo, estaría revestido autónomamente de linaje

²³ TAVORARI, Raúl (2000). *“El proceso en acción”*. Editorial Libromar Ltda. Pag 539.

constitucional. Sin perjuicio de ello, es dable precisar que se trata de una posición doctrinaria que ha presentado fuertes objeciones en su configuración por parte de un sector respetable de nuestra doctrina. Al respecto, se ha sostenido que el derecho de petición no se corresponde con un derecho al recurso, entendido éste como el medio para impugnar una resolución judicial o sentencia. La doctrina ha visto en esta disposición (art. 19 N°14 CPR), el fundamento remoto del “derecho a la acción”, no del derecho al recurso²⁴.

Asimismo, hay quienes abogan por dotar al derecho al recurso de una categoría supranacional a raíz de su explícita recepción en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y plenamente vigentes en el territorio de la República: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocido como Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Ambos textos jurídicos hacen alusión al derecho a recurrir (aunque reconociéndolo en intensidades jurídicas diversas) y propenden a su tutela, por lo que, bajo esa concepción, se provoca la apertura del citado derecho a nuestro ámbito a la luz de lo previsto en el artículo 5 inciso 2 de la CPR²⁵.

²⁴ El motivo de la argumentación descansa en que no se trata de una petición establecida ante procedimientos jurisdiccionales, sino como una manifestación del derecho ciudadano a solicitar de la administración o de los poderes del Estado. En cambio el recurso procesal supone que se ha ejercido una acción previamente y se dictó una resolución al respecto. Sobre este punto, NUÑEZ, Raúl y PEREZ, Álvaro (2015): *“Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación”*. Ediciones Thomson Reuters La Ley. Pag.18.

²⁵ En ese sentido, profundizando sobre el derecho al recurso, el profesor Diego Palomo Vélez refiere que *“existe coincidencia en entender su consagración en la Constitución Política de la República, al integrar el Art. 19 N°3, como parte del justo y racional procedimiento. Sin embargo, la garantía del debido proceso*

Por su parte los profesores Carbonell y Letelier, al delimitar conceptualmente la garantía del debido proceso bajo una concepción unitaria y minimalista, no consideran que exista un derecho al recurso general para todo tipo de procesos ni en la constitución ni en los tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes. No obstante, si consideran que existe un derecho al recurso en la órbita penal y, por lo mismo, la circunstancia de limitar su procedencia a esta sede impediría incorporarlo dentro de un concepto unitario y minimalista de debido proceso²⁶.

En afinidad con lo que se viene comentando, es necesario advertir que ha sido objeto de intensa discusión descifrar si el derecho al recurso emerge como una garantía extensible a toda clase de procedimientos o, por el contrario, si se ve reducida únicamente a la sede penal y particularmente restringida a la persona del imputado²⁷. Sobre este punto, se dirá que, si bien se trata de un tema cercano a esta investigación, paradójicamente no aparece indispensable desarrollarla en toda su magnitud en

no solamente se llena de contenido con lo que expresa la CPR sino que, fundamentalmente, sus elementos esenciales los encontramos insertos y provienen de Tratados Internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes. Es la regulación supranacional la que cruza el ordenamiento interno y nutre, en buena parte, el contenido del mismo, por lo que su consideración, lejos de ser calificada como inoficiosa o superabundante, es de importancia capital a la hora de realizar una labor de interpretación y aplicación lo más fidedigna y certera posible de la garantía de que se trate". PALOMO, Diego. BORDALI, Andrés y CORTEZ, Gonzalo. "Proceso civil. Los recursos y otros medios de impugnación". Editorial Thomson Reuters La Ley". Pag 9.

²⁶ CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl (2020): "*Debido proceso y garantías jurisdiccionales*" en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.): Curso de derechos fundamentales. (Santiago, Tirant Lo Blanch) pp. 345-378.

²⁷ En ese sentido citaremos, a modo ejemplar, la postura del profesor Gozaini quien, abordando el contenido esencial del derecho al recurso, expresa que la doble instancia es un derecho del imputado a impugnar la sentencia que lo declara culpable en un proceso penal, de manera que la garantía no se extiende, objetivamente, a otros justiciables ni a otros niveles jurisdiccionales. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "*Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*". Rubinzal – Culzoni Editores. Pág. 485.

atención a que la tesis del reduccionismo o expansionismo de la garantía adquiere su real dimensión en aquellos casos en que se pretende hacer aplicación de la noción de “derecho al recurso” a procedimientos distintos al penal²⁸. Bajo ese enfoque, como este trabajo centra su interés en el desconocimiento del derecho al recurso en relación con el imputado en el marco de un proceso penal, se hace innecesario abordar la antes aludida disputa doctrinaria, puesto que nos hemos circunscrito al entorno procesal en el que el referido derecho es considerado, sin discusión, como una garantía judicial en el escenario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Todos los planteamientos señalados previamente, nos alientan a aseverar que, no obstante constatar, a nivel interno, la existencia de una regulación inorgánica en lo relativo al derecho a recurrir, no es menos cierto que, indistintamente del derrotero al que adscribamos, todas las hipótesis fijan su jerarquía y naturaleza jurídica en un

²⁸ Para mayor información relativa a quienes abrazan la tesis reduccionista ver, Fuentes, Claudio y Riego, Cristian, 2017. “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en VV.AA., Recursos Procesales. Problemas Actuales, Santiago Der Ediciones, pp. 295-314. Igualmente, en FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian, (2020). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el debate sobre los recursos en las reformas procesales”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril, pp. 81-122. En similar línea argumentativa NUÑEZ, Raúl y BRAVO, Pablo (2017): “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: Una primera aproximación” en DELGADO, Jordi y NUÑEZ, Raúl (Coord.) “Recursos procesales”. Problemas actuales (Santiago, Der Ediciones), pp. 89-96

Por su parte, entre quienes se muestran proclives a la tesis expansionista, ver VALENZUELA, Williams (2013): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina””, Estudios Constitucionales, Año 11, N°2: p. 728; PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017): Sistema recursivo en los modelos reformados de justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso? DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), Recurso procesales. Problemas actuales. (Santiago, Der Ediciones), pp. 25-72.

eslabón de trascendencia, a lo menos en sede penal y respecto del encartado, en la órbita de la Carta Fundamental, siendo este aspecto de suyo relevante para el propósito que este trabajo persigue.

Lo anterior, en atención a que la delegación normativa hecha por el Constituyente al Legislador -para el trazado del diseño recursivo en cada procedimiento- debiese, en todo caso, estar destinada a promoverlo y protegerlo. “Promover”, mediante la disminución de barreras formales destinadas a entorpecer la sencillez y celeridad con la que debería operar un recurso y, “proteger”, principalmente por la vía de contar con una línea interpretativa jurisprudencial decidida a reconocer el valor y preeminencia de esta garantía judicial y su tutela, por sobre el sometimiento a excesivos y, en algunos casos incomprensibles, formalismos²⁹. De esa forma, cobra plena atinencia lo dispuesto en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República en cuanto establece un claro mandato para el legislador en orden a abstenerse de afectar la esencia de las garantías constitucionales –en la actividad de

²⁹ Sobre este punto la Excm. Corte Suprema ha dictaminado que *“Sexto: Que, aún más, del señalado conjunto de normas es posible desprender la existencia de diversos principios que reflejan esas convicciones y pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, no es posible dejar de mencionar el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso. Ligado a lo dicho están los demás derechos, de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva que conduce a que en el proceso de interpretación de normas se prefiera aquella que permite el acceso a la jurisdicción, a obtener una sentencia motivada y, en su caso, el cumplimiento de lo resuelto.*

En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir tales derechos o garantía”. (Corte Suprema, Causa Rol 33.261-2019 y, en el mismo sentido Causa Rol 83.347-2016).

regularlas o complementarlas- ni imponer requisitos o exigencias que impidan su libre ejercicio.

En armonía con lo afirmado, cabe traer a colación dos interesantes fallos de nuestras máximas magistraturas nacionales (ordinaria y constitucional), que se pronunciaron ante un dilema generado a causa del inevitable cruce entre lo formal y lo sustantivo (siendo el epicentro de la discusión el derecho a recurrir), optando ambos Tribunales por dar preeminencia a la garantía fundamental.

El caso debatido ante la Excm. Corte Suprema fue el siguiente: El recurrente de amparo dedujo recurso de hecho en contra de la resolución dictada por la Corte Marcial por la cual no admitió la apelación interpuesta respecto de la sentencia que desestimó la referida acción constitucional (basándose en lo establecido en el artículo 60 N°3 en conexión al 139, ambos del Código de Justicia Militar)³⁰. Pues bien, en decisión de fecha 10 de abril de 2018, el Tribunal Supremo plasmó los siguientes argumentos:

³⁰ El artículo 60 N°3 del Código de Justicia Militar discurre que *“Corresponde a las Cortes Marciales en única instancia:*

N°3 Conocer de los recursos de amparo deducidos en favor de individuos detenidos o arrestados en virtud de orden de una autoridad judicial del fuero militar en su carácter de tal”.

Por su parte el artículo 139 del citado texto legal prescribe que *“contra la orden de prisión de alguna autoridad judicial del fuero militar, solamente procede el recurso de amparo, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución Política del Estado.*

Conocerá de este recurso, en única instancia, la Corte Marcial respectiva, y su tramitación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 306 a 310 del Código de Procedimiento Penal”.

“3°) Que no caben dudas en torno a la existencia de dos preceptos contenidos en el código de la especialidad que disponen el conocimiento en única instancia de los recursos de amparo en materia de jurisdicción militar y, en ese sentido, cobra relevancia examinar si tales preceptos son armónicos con las disposiciones de orden constitucional respecto del derecho al recurso. En ese entendido, no sólo resulta apropiado examinar las disposiciones contenidas en el texto de la Carta Fundamental, sino también aquellas incorporadas al ordenamiento jurídico nacional a través de lo prevenido por el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

4°) Que en ese análisis, cobran relevancia dos derechos reconocidos constitucionalmente, como son la igualdad ante la ley y el debido proceso. En la determinación del contenido de este último, cabe traer a colación lo previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular su artículo 8.2 que consagra entre las garantías judiciales del inculpado el derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior (letra h), prerrogativa desarrollada en forma más extensa en el artículo 25.1 del mismo pacto internacional, y que reconoce a toda persona el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. Finalmente, el artículo 7.6 del mismo cuerpo normativo reconoce el derecho de toda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin que decida sobre la legalidad de su arresto o detención.

5°) Que la incorporación de estos preceptos de derecho internacional de los derechos humanos como elemento de análisis resulta una obligación ineludible para esta magistratura, de suerte tal que la conclusión a que ha de arribarse en este caso no es otra que los artículos 60 N° 3 y 139 del Código de Justicia Militar -que deniegan la posibilidad de revisión por tribunales superiores de las decisiones emitidas por la Corte Marcial en acciones de amparo- pugnan con el reconocimiento al derecho al recurso que efectúa el ordenamiento jurídico internacional del que es parte el Estado de Chile, y del que no puede sustraerse a pretexto del derecho interno.

De esta forma, se resguarda el debido proceso del inculpado de estos antecedentes, por cuanto se reconoce su derecho a la revisión por tribunales superiores de lo decidido en el recurso de amparo y, por otro lado, se respeta la garantía de la igualdad ante la ley, al colocarlo en igual situación respecto de quienes son juzgado penalmente por los tribunales ordinarios.

6°) Que, en esas condiciones, y como ya lo ha resuelto antes esta Corte en las causas Roles N° 25491-14 de 27 de noviembre de 2014 y N° 3581 de 7 de mayo de 2015, no queda sino dar aplicación a las disposiciones mencionadas en el apartado cuarto de esta sentencia y, en consecuencia, reconocer el derecho al recurso de que goza el procesado Ureta Chinchón, acogiendo esta solicitud de hecho”³¹.

³¹ Excma. Corte Suprema, causa Rol N°4410-2018. En el mismo sentido causa Rol 45.490-2017.

En lo que concierne al Tribunal Constitucional preciso es referir que fue sometido a su conocimiento, a instancia de la defensa, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal³². En términos generales, el recurrente manifestó que su representado fue condenado en un primer juicio a dos penas como autor de dos delitos sexuales (siendo absuelto por otro delito imputado, además de haber sido rechazada la forma comisiva planteada por los acusadores). Con todo, la defensa se alzó de nulidad que fue acogida por la Corte de Apelaciones respectiva, ordenando la realización de un nuevo juicio. Sin embargo, en este segundo juicio oral, el imputado resultó condenado por el delito por el que había sido absuelto inicialmente y, luego, respecto de los otros ilícitos que le fueron atribuidos se estableció una forma comisiva reiterada, todo lo que provocó, un nuevo perjuicio y, en definitiva, la imposición de una pena superior a la dispuesta en el primitivo juicio. En ese entendido, la defensa impetró recurso de nulidad *per saltum* por la causal 373 letra a) del CPP y paralelamente dedujo el requerimiento en cuestión por infracción a lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la CPR, entre otras garantías.

³² El artículo 387 del Código Procesal Penal, titulado “improcedencia de los recursos” refiere en su inciso segundo que *“Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales”*.

Conociendo del requerimiento y con fecha 13 de agosto de 2018, el Tribunal Constitucional acogió, por mayoría, el requerimiento de inaplicabilidad deducido por las siguientes consideraciones:

“Decimo tercero: Que la regla procesal contenida en el precepto legal cuestionado presenta dificultades de carácter constitucional que alguna doctrina nacional ha denunciado....

Decimo cuarto: ... Por consiguiente, impedir este recurso (nulidad) al sujeto condenado en el nuevo juicio, si en el anterior anulado, también lo fue es producir una diferencia arbitraria, dado que no existe una justificación razonable que haga plausible esta regla, más aún en la posibilidad de que se esté ante una pena injusta. De tal manera que, el artículo 19 N°2 Constitucional resulta infringido por la norma jurídica denunciada en los términos que los precedentes de esta jurisdicción constitucional han establecido acerca de la igualdad ante la ley y el vocablo “diferencias arbitrarias” contenidas en la garantía de la precitada norma constitucional.

Decimo quinto: Que, al prohibir el artículo 387 del Código Procesal Penal toda clase de recursos contra la sentencia condenatoria del nuevo juicio oral, el legislador estableció una desigualdad que al no tener una causa razonable, se constituye en una diferencia arbitraria, situación que se produce en el caso concreto en que incide la acción de inaplicabilidad de autos;

Decimo octavo: Que en este mismo sentido, el artículo 19 N°3 inciso sexto constitucional, obliga al legislador establecer un procedimiento racional y justo, lo cual debe entenderse como la existencia de un debido proceso. Esta Magistratura ha señalado en reiteradas ocasiones que “el debido proceso” contempla entre sus elementos constitutivos el derecho al recurso...

Decimo noveno: Que, el derecho al recurso como elemento integrante de un procedimiento racional y justo, constituye, por consiguiente, un derecho del condenado en el juicio penal, cuyo defensor letrado puede estimar que en el nuevo juicio oral concurren vicios procesales que podrán acarrear la nulidad del procedimiento o del fallo o, de ambos, y sin embargo se ve imposibilitado por la ley adjetiva a solicitar al tribunal superior dicha nulidad. Esa cortapisa de orden procesal es una manifiesta infracción a la obligación de establecer un procedimiento racional y justo.

Vigésimo: Que, en consecuencia, el precepto legal censurado, en cuanto priva de todo recurso procesal al sujeto condenado y a su defensa letrada, para impugnar la sentencia condenatoria produce efectos contrarios a lo previsto en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Carta Fundamental, por lo que se deberá declarar inaplicable en el proceso a que se refiere el requerimiento”³³. (Lo destacado es nuestro).

Al alero de la jurisprudencia extractada (proveniente de nuestras máximas Magistraturas), solo queda reafirmar la idea que el derecho al recurso no solo se

³³ Tribunal Constitucional Rol 5878-18 INA.

inserta en la médula de la garantía fundamental del debido proceso, sino que también detenta una especial consideración tutelar cuando se vincula al imputado en sede penal.

2.- PRINCIPALES BASES NORMATIVAS DEL DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO. ³⁴

Luego de ofrecer un concepto, e interiorizarnos en algunas teorías que se barajan en torno a la naturaleza jurídica y jerarquía del derecho a recurrir, corresponde, brevemente, referirnos a los textos jurídicos en los que se asienta la configuración de este derecho.

2.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En plano jurídico externo son tres los instrumentos que cobran relevancia a la luz del tópico en análisis, a saber:

**Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto) (1966). Este instrumento en su artículo 2.3 a) prescribe que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales” (el destacado es nuestro).

³⁴ Hacemos el alcance que, si bien admitimos que el Código de Procedimiento Civil contempla una regulación extendida en materia de recursos judiciales como también mínimamente el Código Orgánico de Tribunales, las disposiciones consignadas en dichos estatutos jurídicos no tienen mayor significación para el propósito trazado en este trabajo. De este modo, solo se hará referencia a dichos cuerpos legales en la medida que surja la necesidad de traer a colación algún precepto inserto en ellos.

Es aconsejable remarcar que en la noción de “recurso efectivo” subyace la representación de un medio de impugnación que posibilite al Tribunal, llamado a resolverlo, imponerse de su contenido y, de ser factible, restaurar el agravio experimentado. En otras palabras, el remedio o medida efectiva implica que el recurso interno debe permitir a la autoridad competente resolver, tanto el fondo de la petición como otorgar una reparación apropiada³⁵.

Del mismo modo, tal como se adelantó en el acápite anterior, es destacable que el “Pacto” categoriza el derecho al recurso como una obligación estatal derivada del compromiso asumido al suscribir el instrumento, desentendiéndose de la calificación de “derecho subjetivo” que sí recoge la legislación internacional regional, según se expondrá al analizar la Convención Americana de Derechos Humanos.

Acto seguido, en el artículo 14 N°5 se dispone que *“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”* (el subrayado es nuestro). Previo a desglosar la disposición transcrita, es dable precisar que estamos frente a la única norma contenida en este tratado que regla el derecho al recurso como garantías judicial, por lo que mana de forma palmaria su importancia. Desde esa perspectiva, lo primero que corresponde señalar es que esta

³⁵ MONTOYA, Víctor Hugo. “El derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). Análisis a partir de los paradigmáticos casos “Klass” y “Silver”. Este artículo se puede obtener de la página <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3218/11.pdf>.

disposición se centra en un área jurídica precisa, esto es, el campo penal³⁶. Aún más, el precepto demarca su aplicación al dotar de legitimación activa únicamente al sujeto declarado culpable de la comisión de un ilícito, en otros términos, fija la titularidad del derecho a recurrir en el interviniente “imputado”. Cabe puntualizar, además, que la impugnación se circunscribe a una determinada clase de resolución judicial, a saber, la sentencia definitiva condenatoria y la sanción por ella impuesta. Finalmente, en cuanto al objetivo del derecho a recurrir se reconduce a que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por el tribunal superior jerárquico de aquel que la dictó, antecedente que guarda relación con la naturaleza de la resolución impugnada, dado que, tratándose de una sentencia definitiva, lo usual es que el conocimiento y dictamen del recurso quede radicado en el superior jerárquico.

**Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) o Pacto San José de Costa Rica (1969). En lo que resulta pertinente a este trabajo, este Tratado prescribe en el artículo 8 punto 2 letra h) (situado en el marco de las “garantías judiciales”), que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

³⁶ Conviene señalar que este trabajo no pretende tomar posición respecto a la discusión suscitada en torno al alcance -amplio o restrictivo- del derecho a recurrir en relación a las diversas sedes competenciales. Con todo, el alcance formulado en lo principal, encuentra explicación únicamente en el hecho que, en el desarrollo de este trabajo, se hará una breve descripción de la actual situación recursiva que impera en la sede civil con la finalidad de confrontarla con la regulación recursiva en la órbita penal.

Del tenor de esta regla, nuevamente percibimos una clara definición del tratado en orden a identificar el derecho al recurso en la órbita de la competencia criminal y más precisamente regulado en torno a la persona del inculpado. A pesar de ello, se debe aclarar que si bien, a primera vista, la redacción de la norma no restringe el uso de la herramienta de recurrir a la persona del enjuiciado (como sí lo explicita categóricamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos), lo cierto es que si se examina *in integrum* el citado artículo 8, observaremos que todas las “garantías judiciales” que detalla, están unívocamente dirigidas al sujeto pasivo de la persecución penal, dando a entender con ello, una genuina cohesión con el imputado, en términos de catapultarlo como su real titular. Esta idea, sin embargo, en modo alguno debiese traducirse en privar del derecho a impugnar al resto de los intervinientes en el evento de verse perjudicados con el contenido de una determinada resolución judicial, sino que solo buscamos resaltar el prístino lineamiento adoptado en el texto y su espíritu, direccionado a otorgar un trato, o consideración especial, al sujeto procesal “imputado”. Demás está decir que esta categoría fue expresamente recogida por el Código Procesal Penal, y constituirá una parte central de esta investigación, según se verá más adelante.

Un segundo antecedente importante de resaltar de la disposición en estudio, dice relación con su apertura a otras categorías de resoluciones judiciales susceptibles de ser impugnadas por los intervinientes y especialmente por el encartado. De esta

forma, a diferencia del uso de la nomenclatura “condenatoria” empleada por el PIDCP (adjetivo que aplicaría solo a la sentencia definitiva), la Convención optó por un lenguaje más flexible, o si se prefiere inclusivo, puesto que al consignar genéricamente la voz “fallo”, sin adicionar otros calificativos, abre la puerta a categorías especiales de resoluciones judiciales, como, por ejemplo, aquella que rechaza la solicitud de sobreseimiento definitivo, o la que dispone la prisión preventiva del imputado (artículos 93 letra f) y 149 inciso primero, respectivamente, ambos del Código Procesal Penal).

Igualmente, es necesario apuntar que la Convención contempla otra regla asociada al ámbito recursivo y que se contiene en el artículo 25. Este precepto señala en su punto primero que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”* (el subrayado es nuestro). Añade luego, en el punto segundo letra b), que *“Los Estados Partes se comprometen:*

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”.

De acuerdo con lo transcrito, podemos reparar, primeramente, en que el precepto considera la facultad de recurrir como un “derecho subjetivo”, a diferencia

del Pacto que lo cataloga como una obligación estatal. Con todo, sea que adoptemos una u otra posición, de ninguna manera procede ver atenuada la finalidad de tutela y promoción del derecho, oponible a los estados suscriptores. Es así como éstos se verán compelidos a implementar un óptimo proceso de adecuación de su respectiva legislación interna a las garantías y principios internacionales.

En segundo lugar, es menester señalar que el artículo en comento, más que teorizar respecto al derecho al recurso como garantía judicial mínima, se orienta, desde lo concreto, a visibilizar los componentes indispensables para su subsistencia. Así, al registrar las menciones “sencillo”, “rápido” y “efectivo”, lisa y llanamente se sientan las bases de aquellos atributos destinados a vigorizar la garantía del derecho a recurrir. De este modo, si una ley interna consagra una regulación colmada de formalismos para la interposición de un recurso, a lo que se suma una secuencia de actos alambicados y dilatorios en su tramitación, con potencial posibilidad de término anticipado por incurrir en causas legales de extinción anómala, no cabría sino colegir que el derecho al recurso contiene una regulación menguada en ese ordenamiento jurídico y desapegada a las pautas internacionales. Por lo anterior, la “Convención” trazó los ejes estructurales sobre los que descansa el derecho al recurso, buscando que los Estados suscriptores tomaran nota de aquéllos al tiempo de diseñar su arquitectura procesal interna.

**Convención Internacional de los Derechos del Niño, en adelante CIDN. (1990) Se trata del principal estatuto jurídico protector en materia de infancia y que incidió directamente en la dictación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, normativa que, como se sabe, recalca con fuerza en la esfera de la Justicia Penal Juvenil.*

El artículo 40 de la CIDN prescribe, a propósito de la intervención de un adolescente en el contexto criminal, que:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

Al tenor de la norma transcrita, queda de manifiesto que la intención del instrumento internacional es brindar el máximo resguardo a los menores perseguidos criminalmente, a través de la consagración de garantías mínimas dispuestas a su favor, entre ellas el derecho al recurso.

En ese orden de ideas, el Estado de Chile, como suscriptor de este instrumento trascendental en materia de Derechos Humanos, no solo se comprometió a adecuar su normativa interna a los principios que informan la CIDN, sino que adicionalmente en el ámbito penal a marcar claras diferencias con la legislación penal asignada a imputados adultos, circunstancia que incluye, por cierto, la garantía a recurrir. En dicha dirección, el profesor Nogueira Alcalá refiere que el respeto a los tratados internacionales se traduce en un deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones para los órganos y agentes del Estado, como, asimismo, *“por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado”* (sic). Se trata de una obligación *erga omnes*, de exigibilidad incondicional³⁷.

2.2. Constitución Política de la República–

Otro texto regulador del derecho al recurso –como ya se ha indicado- lo encontramos en nuestra carta fundamental. Sin embargo, al haber abordado esta

³⁷ NOGUEIRA, Humberto (2003): *“Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. Pág. 355.

fuente al tratar la naturaleza jurídica del derecho a recurrir, se evitará incurrir en reiteraciones inoficiosas, por lo que se dará por reproducido todo lo expresado en dicho apartado.

No obstante ello, no podemos dejar de señalar que no es un tema pacífico en doctrina, dilucidar si la Constitución Política de la República se erige como un instrumento normativo que aporte en el desarrollo de la garantía del debido proceso y sus componentes. Así, para un sector, el derecho al recurso estaría consagrado a nivel interno gracias al reconocimiento del debido proceso en el artículo 19 N°3 inciso 5 de la CPR, norma a la que se debe adicionar el artículo 5 inciso segundo del texto constitucional³⁸. Bajo esa perspectiva, el profesor Romero Seguel indica que a pesar de que la Constitución no hace mención expresa al derecho al recurso nadie cuestionaría que está comprendido dentro del racional y justo procedimiento a que alude el artículo 19 N°3 de nuestra carta fundamental³⁹. Otros en tanto, sostienen que fue nula la contribución integradora a la garantía del debido proceso de parte de la cláusula prevista en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución Política. La razón de esta posición estriba en el impacto que provocó, en nuestro ordenamiento interno, la incorporación del extenso catálogo de garantías judiciales consagradas tanto en el

³⁸ ONFRAY, Arturo. (2020): *"Derecho Procesal Civil. Parte Cuarta. Recursos procesales y ejecución"*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, Pág. 47.

³⁹ ROMERO, Alejandro (2021) "Curso de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación" Pag.14

Pacto como en la Convención y que se sitúan en un escalón equivalente a la regla del “justo y racional procedimiento”⁴⁰.

2.3. Código Procesal Penal

A diferencia de otros cuerpos normativos, el citado código dispone de una regulación orgánica en su libro III. Se trata de uno de los estatutos jurídicos más relevantes en materia de derecho al recurso, en atención a que no solo se hizo cargo de adecuar minuciosamente a su texto los principios y garantías judiciales consagradas tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino que igualmente asumió el mandato de resaltar, en distintas disposiciones, la prevalencia y tutela especial que ostenta el derecho a recurrir del imputado por sobre el resto de los intervinientes. De esta forma, artículos como el 355, 373 a) o el 387 inciso segundo, o el artículo 354, son una clara muestra de lo que se viene proclamando. Es más, en el caso de la norma que posibilita conferir competencia *per saltum* a la Excma. Corte Suprema, es dable decir que, si bien originalmente se generó

⁴⁰ En ese sentido, el profesor Julián López considera que en Chile, la función integradora de otros principios resulta superflua, porque el ordenamiento interno chileno contempla, a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos, un catálogo suficientemente amplio de garantías judiciales de carácter autónomo, que no requieren ser incorporadas a través del principio del debido proceso, LOPEZ, Julián (2006): “*Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas*”, en BORDALI, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Lexis Nexis, pp.181-207.

controversia en lo relativo a la determinación del legitimado activo para invocar la causal de la letra a) del 373 CPP, desde un tiempo a esta parte, el tema es prácticamente pacífico a causa de una interpretación jurisprudencial bastante consolidada que radica la titularidad de la causal en la persona del imputado⁴¹, descartando toda posibilidad de actuación por esta vía al Ministerio Público, e incluso al querellante, a cuyo respecto esta posibilidad asoma como una directriz bastante vanguardista en la materia, dado que, como es sabido, tal interviniente no representa al Estado sino que a los intereses particulares de la víctima. A pesar de ello, la Corte Suprema en sentencia de fecha 31 de enero de 2020, en resolución de admisibilidad, declaró, unánimemente, la improcedencia del recurso intentado por la querellante fundada en la causal 373 a) CPP, siendo sus principales argumentos los siguientes:

“2° Que por el recurso interpuesto por la parte querellante, que es en definitiva el que entrega competencia a esta Corte Suprema, se ha invocado como causal principal la de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto entiende que el Tribunal Oral infringió gravemente el debido proceso, al no respetar el principio de igualdad de armas, favoreciendo a las defensas, al privar a su parte de la posibilidad de interrogar a los testigos y así poder sustentar los fundamentos de la demanda civil interpuesta.

⁴¹ A vía ejemplar, Excma. Corte Suprema, Rol N° 5654-2012.

3° Que la causal principal invocada por la querellante, esto es, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, entiende esta Corte, tiene como titular de las garantías a que alude tal precepto al imputado, y en caso alguno al Ministerio Público o al querellante, desde que así ha sido reconocido en los diversos instrumentos internacionales, lo que resulta de toda lógica, desde que ello encuentra sustento a fin de que la persona condenada pueda contrarrestar el aparato punitivo Estatal, y aunque el querellante, no tiene por función propia la dirección en forma exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, es parte acusadora en este proceso, por lo que no cuenta con legitimación activa por la causal principal esgrimida, lo que conlleva necesariamente a que esta sea declarada inadmisibles⁴².

3.- PRESUPUESTOS ESENCIALES PARA UN EFECTIVO DERECHO A RECURRIR→

Luego de proporcionar un concepto de derecho al recurso, fijar su jerarquía normativa, plantear el debate sobre su naturaleza jurídica y consignar además las principales fuentes que contribuyen a su arquitectura, corresponde a continuación profundizar lo relativo a los elementos que dan fisonomía a la garantía.

En este sentido, cobra vital relevancia acudir a las directrices asentadas por la jurisdicción internacional, específicamente, al sistema interamericano de protección de

⁴² Excma. Corte Suprema Rol N°250-20.

los derechos humanos, resaltando casos puntuales de los que es posible extraer requisitos básicos en la conformación del derecho al recurso, a saber:

3.1. Norin Catriman y otros contra el Estado de Chile. (Sentencia de 29 de mayo 2014)-

Este caso fue puesto en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a causa de las violaciones que denunciaron ocho comuneros mapuches quienes fueron procesados y condenados penalmente por ilícitos con ribetes terroristas. La petición elevada al organismo jurisdiccional buscaba diversos pronunciamientos, entre ellos, si en el proceso penal seguido contra los peticionarios se vulneraron garantías asociadas al debido proceso, como ocurrió con la infracción al derecho a recurrir de una sentencia desfavorable ante un tribunal superior.

A continuación, extractaremos las principales consideraciones plasmadas por la Corte que son pertinentes al tema bajo análisis:

269. El alcance y el contenido del derecho de recurrir del fallo han sido precisados en numerosos casos resueltos por esta Corte. En general, ha determinado que 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. Toda persona sometida a una

investigación y proceso penal debe ser protegida en las distintas etapas del proceso, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

270. En particular, considerando que la Convención Americana debe ser interpretada teniendo en cuenta su objeto y fin, que es la eficaz protección de los derechos humanos, la Corte ha determinado 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:

a) Recurso ordinario: el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

b) Recurso accesible: 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.

c) Recurso eficaz: no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria,

debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente:

d) Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido: debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Por lo tanto, 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 del 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 al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

e) Recurso al alcance de toda persona condenada: el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria.

f) Recurso que respete las garantías procesales mínimas: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral". (Lo subrayado es nuestro).

3.2. Herrera Ulloa contra Costa Rica. (Sentencia de 02 de julio de 2004)–

Mauricio Herrera Ulloa, periodista, publicó un artículo en el diario “La nación”, por el que daba cuenta que el señor Félix Przedborski (delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica) había incurrido en conductas delictivas. A raíz de lo anterior, se dedujo una querrela en contra de Herrera Ulloa por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, resultando absuelto en primera instancia, pero luego la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica acogió el recurso de casación interpuesto por la querellante y condenó a Herrera Ulloa, quien interpuso recurso de casación siendo declarado sin lugar.

Herrera Ulloa recurrió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando, entre otras objeciones, la infracción al derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior. Los argumentos que fueron esgrimidos por la Corte (en lo pertinente) fueron los siguientes:

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

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”. (El subrayado es nuestro).

3.3. Caso Mohamed contra Argentina. (Sentencia de 23 de noviembre de 2012)–

Oscar Mohamed, conductor de línea de colectivos, participó en un accidente de tránsito (atropello) a raíz de lo cual falleció una mujer. Se inició un proceso penal en contra de Mohamed por homicidio culposo, siendo absuelto en primera instancia. No obstante, tanto la Fiscalía como la querellante apelaron del fallo exculpatorio, siendo revocada la decisión y, en definitiva, Mohamed resultó condenado. La regulación interna no preveía recurso ordinario alguno para revisar la sentencia condenatoria. La defensa de Mohamed interpuso recurso extraordinario federal siendo rechazado sobre la base que los argumentos planteados en el recurso dicen relación con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado.

Finalmente, la defensa interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a causa del rechazo del arbitrio extraordinario, siendo también desestimado.

La CIDH sostuvo lo siguiente:

“92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una

decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención. Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito” (énfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana.

97. El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida.

98. *El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.*

99. *La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido 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.*

100. *Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar 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 del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria". (El subrayado es nuestro).

Del mérito de los tres fallos reseñados precedentemente rescatamos algunos elementos –comunes- dignos de ser analizados y que, a la luz de la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conformarían, junto con otros presupuestos, una suerte de columna vertebral del derecho al recurso: la *accesibilidad* y la *eficacia* del recurso.

De esta manera, bajo el criterio de *accesibilidad* trasciende la idea de restringir a un escenario mínimo aquellos obstáculos formales susceptibles de poner término al recurso de un modo anormal, entendiendo que la forma natural de consumación se produce con la dictación de la resolución judicial que lo resuelve en su mérito. Dicho esto, parece del todo lógico estimar que un procedimiento plagado de barreras formales, haría ilusorio el ejercicio del derecho, tal como lo sostiene la CIDH.

Así las cosas, creemos que, tratándose de un proceso penal y, más aún, siendo recurrente el imputado, una regulación coherente con la directriz reseñada debiese, a lo sumo, contemplar un solo filtro (mínimo) de admisibilidad. Sin embargo, nuestra legislación Procesal Penal instauró –sin diferenciación alguna entre intervinientes- dos controles formales dentro de la dinámica recursiva (artículos 380 y 383 CPP), además

de un evento de terminación anómala previsto en el inciso segundo del artículo 358 CPP (el que constituye el eje central de este ensayo), precepto este último cuyo tenor literal pudo haber sintonizado de mejor forma con la garantía a recurrir de suyo reconocida al encartado y evitar con ello interpretaciones dirigidas a privarle de eficacia.

La *eficacia* del recurso viene acoplada a la noción de “revisión” del fallo impugnado. Esto se traduce en cumplir la expectativa mínima del recurrente, es decir, permitir que el Tribunal llamado a conocer y resolver el arbitrio procesal incoado pueda efectivamente imponerse de su contenido. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la eficacia del recurso se manifiesta en que debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, emergiendo como piso básico el derecho del recurrente a que su caso sea revisado. Cuestión aparte concierne al ámbito de injerencia cognoscitiva de que pueda disponer el tribunal *ad quem* una vez verificada la revisión del arbitrio promovido⁴³.

Desde esa perspectiva, sea que se fije el piso mínimo para garantizar la revisión del asunto, o bien su revisión integral, lo cierto es que el denominador común a ambos

⁴³ Sobre este punto, Palomo Vélez propulsa la idea de concebir una reconsideración general de las cuestiones de hecho y de derecho (al tratar el proceso penal) en desmedro de una revisión con ribetes restrictivos. De esta forma sostiene que “*se ha resaltado que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones sin limitar a priori, su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial*”. PALOMO, Diego, BORDALI, Andrés y CORTEZ, Gonzalo. Op. Cit. Pag.14.

postulados es otorgar la posibilidad de revisión y, todo indica, que, respecto a ese presupuesto, tanto la legislación interna como la interpretación jurisprudencial que pudiese surgir, deberían estar uniformadas para alcanzar ese fin.

Situación diversa es la que sucede con la aspiración máxima de todo recurrente (eliminar el agravio), dado que no puede ser garantizada *ex ante* bajo ningún respecto en atención a que, la suerte del recurso es esencialmente incierta. Con todo, reiteramos que la aspiración mínima de quien recurre (obtener la revisión efectiva del fallo objetado) debiese estar asegurada, cuando menos, en lo tocante al condenado en sede penal, en razón de la estructura normativa internacional antes analizada. En palabras de Palomo Vélez y Lorca Poblete, “más allá de consideraciones de técnica legislativa que permiten imponer procesos en única instancia, lo cierto es que la posibilidad de acceder a un tribunal superior que revise lo decidido por el inferior parece estar dentro de las garantías mínimas a que aludíamos anteriormente y que, sin duda, forman parte de un proceso debido”⁴⁴.

Sin embargo, el Código Procesal Penal Chileno no asegura, a todo evento, la revisión del fallo impugnado por el imputado, erigiéndose tal falencia en una deuda en relación con los compromisos internacionales asumidos al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño. Este déficit que presenta nuestra

⁴⁴ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson. “*Recursos Procesales. Problemas actuales*”. Ediciones DER. Pag.40.

legislación de enjuiciamiento penal no deja de llamar la atención al confrontarlo con otros cuerpos normativos. En efecto, mucho se ha sostenido que la irrupción del Código Procesal Penal buscaba cambiar el paradigma del inquisitivo y sobre todo otorgar un nuevo trato a las garantías fundamentales inherentes a toda persona perseguida criminalmente, fortaleciéndolas y situándolas en un primer plano en la tramitación procedimental. Con todo, a pesar de que nuestra actual legislación soslayó de algún modo la necesaria protección del derecho al recurso en su aspiración mínima, paradójicamente, el vetusto Código de Procedimiento Penal, con todos los reproches jurídicos que pueden serle formulados, marca un punto de contraste interesante en atención a que sí contemplaba herramientas para garantizar la revisión de lo decidido. Lo anterior, en consideración a que la pretérita normativa procesal penal garantizaba, en su artículo 63, la revisión efectiva de los recursos de apelación y casación al excluir la aplicación de la deserción del recurso. Del mismo modo, el aludido estatuto legal consagraba el trámite de la consulta con un claro propósito de fortalecer la revisión del mérito de las sentencias definitivas (principalmente desfavorables para el condenado según se desprende de las tres causales previstas en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal).

Otra situación peculiar la encontramos al cotejar el Código Procesal Penal con la actual reglamentación procesal civil. En efecto, con la entrada en vigencia de la llamada “Ley de Tramitación Electrónica”, se eliminó, entre otros rubros, la carga de

comparecer en segunda instancia y consecuentemente la sanción procesal de la deserción del recurso. Esta modificación provocó, entre otros aspectos, que la ausencia del recurrente durante toda la tramitación seguida en alzada no conlleva riesgo alguno ni asoma como impedimento para que la Corte revise el mérito del arbitrio procesal. Ahora, lo curioso del asunto es que la normativa procesal penal establece, en el inciso segundo del artículo 358 del CPP, la sanción de abandono del recurso para quien impetró un medio de impugnación y no compareció a sostenerlo a la vista de la causa. Decimos que es extraña esta situación en atención a que, como se pudo advertir en los acápites referidos anteriormente, si hay una sede jurisdiccional en la que existe pleno consenso en que el derecho al recurso se encuentra recogido como garantía judicial es precisamente en la órbita penal y, particularmente, en lo concerniente al imputado, quedando relegada la discusión, académica y jurisprudencial, en torno a la apertura o extensión de la garantía a otras esferas del derecho, como acontece con el proceso civil⁴⁵. De este modo, sencillamente no se explica la mejor protección al derecho al recurso que el sistema procesal civil ofrece en contraposición a la sede penal.

⁴⁵ En ese sentido los profesores Raúl Núñez Ojeda y Pablo Bravo Hurtado, entre otros, sostienen -a propósito de la negativa a extender la garantía del derecho al recurso al procedimiento civil-que *“la revisión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos permite afirmar que el derecho a recurrir en juicios civiles no es un derecho reconocido por dichos tratados y, por ende, los Estados tienen la libertad para establecer o no formas de impugnación considerando distintos criterios y necesidades- En ese contexto, tanto la CADH como el PIDCP consagran la garantía del derecho al recurso restringida al ámbito criminal”*. Añaden que *“toda la jurisprudencia que los defensores del derecho al recurso en sede civil citan para sostener su posición, guarda relación con causas de tipo sancionatorio o derechamente penal. Posteriormente, la Corte Interamericana ha seguido extendiendo el contenido del debido proceso a materias no penales de carácter sancionatorio (...) Pero nunca en su jurisprudencia se ha referido de forma específica a la extensión o aplicación del derecho a recurrir a juicios de carácter civil”*. NUÑEZ, Raúl

En ese orden de ideas, los dos ejemplos citados precedentemente demuestran que la simbiosis que se observa en el plano internacional entre el derecho al recurso con el proceso penal, no fue del todo asimilada por nuestro ordenamiento interno como pudo advertirse, llegando incluso a privilegiar la protección del derecho a recurrir en áreas del derecho cuestionadas respecto a su aplicación, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional e internacional.

Como corolario de todo lo indicado en este capítulo y ya examinados aquellos aspectos capitales que gobiernan al derecho al recurso, en específico del acusado, creemos conveniente culminar entregando un concepto del mismo, lo que será gran utilidad para justificar las ideas vertidas en esta tesis. De esta forma, la manera en que concebimos la posibilidad de recurrir es entendiéndola como *“una garantía mínima*

y BRAVO, Pablo. (2017) “Recurso Procesales. *Problemas actuales*”. Ediciones DER. Pág. 96 y 97. Hacemos el alcance que, al prologar la obra descrita, el profesor Tavolari Oliveros remarca su parecer en torno a que las garantías establecidas en el artículo 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica se extienden idénticamente a procesos en los que se debaten derechos de otra naturaleza. (Pág. 5).

En la misma línea argumentativa que Núñez y Bravo, el profesor Pérez Ragone, explica que *“el derecho al recurso está consagrado en el debido proceso, pero solo respecto del proceso penal y particularmente a favor del afectado por una sentencia condenatoria. En el sentido clásico de la revisión, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Europea de Derechos Humanos -en virtud de un protocolo facultativo al Convenio Europeo. Coinciden con esta idea de que solo tiene derecho al recurso el condenado y no el Ministerio Público (o acusador fiscal)”*. Agregan los autores que *“ello tiene su fundamento en el principio de “nom bis in idem”. Si el Estado fracasa en su pretensión punitiva y el imputado es absuelto, pierde la posibilidad de recurrir nuevamente ante los tribunales. Esta idea tiene su desarrollo también en el derecho angloamericano bajo la noción del double jeopardy, que constituye una versión extremada del “nom bis in idem”*”. Adicionan que *“en materia civil, a diferencia de sede penal, el legislador está en libertad de crear recursos y de limitarlos. Así, en contra de determinados procedimientos y resoluciones pueden no proceder ciertos recursos. Ello porque en el proceso civil se ventilan cuestiones patrimoniales, no así en el proceso penal en que, en definitiva, se trata de la libertad del imputado, por lo que requiere dotar al interviniente de garantías”*. PEREZ, Álvaro y NUÑEZ, Raúl (2015): *“Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación”*. Editorial Thomson Reuters La Ley. Universidad Católica de Valparaíso. Pag 16 y 17.

judicial que integra el entramado esencial del debido proceso y que se radica preferentemente en el imputado penal en cuanto le permite promover la impugnación de una resolución judicial adversa, sin mayores dilaciones ni trabas, con el propósito de obtener, usualmente del superior jerárquico inmediato, su efectiva revisión y eventual corrección del agravio”.

Demás está decir que abundan las definiciones de “recurso” en el mundo jurídico, siendo una de las más clásicas la que lo conceptualiza como *“un acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento”*⁴⁶.

De esta forma, podemos extraer que el recurso busca por antonomasia eliminar el perjuicio que ocasiona para el recurrente una determinada resolución judicial, sea a través de una revisión integral o específica de lo debatido, lo que dependerá, en último término, de cada legislación. No obstante, ello, con independencia de las definiciones que adopte el legislador procesal en cada sede jurisdiccional, lo cierto es que no debería existir mayor discusión respecto a la necesidad de que el proceso asegure a las partes o los intervinientes la posibilidad de que la resolución cuestionada sea revisada,

⁴⁶ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *“Los recursos procesales”*. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 21.

ya sea por el mismo Tribunal que la dictó o por un superior jerárquico (control horizontal o vertical, respectivamente). En otras palabras, se trata de garantizar, a quienes optaron por la heterocomposición, de activar el examen de la resolución agravante, con potencialidad de erradicar el menoscabo generado.

Como consecuencia de lo que se viene diciendo, se puede afirmar que un presupuesto básico que engloba la noción “derecho al recurso” lo encontramos en la idea de garantizar, cuando menos, la revisión efectiva del fallo objetado. Desde luego que este factor presupone -desde la óptica del juzgador que resolverá el arbitrio intentado- imponerse, previamente, de los argumentos que lleva envuelta la queja, para así verificar la legitimidad o no del perjuicio reclamado.

En estas condiciones, si la impronta del derecho al recurso estriba en confirmar la idea de “efectiva revisión” del fallo impugnado, no quedaría sino que aquilatar la excepcionalidad de las causas legales que entraban el cumplimiento del objetivo, es decir, causales de inadmisibilidad del recurso o extinción anómala y, como resultado de esa deducción, restringir al máximo su aplicación atendida precisamente la prevalencia de la facultad de recurrir. Un proceso excesivamente marcado por barreras formales de admisibilidad no solo cercena en gran medida el derecho en análisis, sino que genera un impacto mayor, en tanto ello implica erosionar uno de los pilares fundamentales sobre los que se sostiene la garantía del debido proceso.

CAPITULO SEGUNDO

ART. 358 INCISO SEGUNDO CPP, UNA BARRERA AL DERECHO AL RECURSO QUE ASISTE AL IMPUTADO

1.- ASPECTOS GENERALES

A lo largo del capítulo primero se pudo dimensionar la jerarquía y naturaleza jurídica del derecho a recurrir y su elocuente recepción en el ámbito internacional, comprometiéndolo a los estados suscriptores de los tratados de derechos humanos más relevantes de nuestra región a adoptar las medidas pertinentes con el propósito de adecuar su legislación interna a los estándares trazados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, Chile no se encuentra exento de cumplir con esta obligación.

En ese orden de ideas, bajo una apreciación general, es indudable que el Código Procesal Penal incorporó adecuadamente las reglas internacionales sobre protección de derechos procesales o garantías judiciales mínimas. Con todo, a pesar del balance positivo que arroja el CPP, no podemos sortear la presencia de ciertas disposiciones contenidas en él, cuya redacción demandaría algún tipo de ajuste legal o, cuando menos, la apertura a una interpretación jurisprudencial proclive a la protección y

promoción de aquellos derechos mínimos configurativos de un debido proceso, entre ellos el derecho a recurrir del imputado.

Así. Uno de los preceptos que, a nuestro juicio, merece una reflexión más detenida, es el artículo 358 inciso segundo CPP, que se ubica dentro de las disposiciones generales del Libro Tercero: Recursos. En efecto, esta disposición establece en su primera parte lo siguiente: *“la falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes”*. El examen de esta norma da cuenta de un supuesto de hecho preciso, consistente en la incomparecencia del recurrente a la vista de la causa. A su vez, como el escenario se centra en la vista del recurso, debemos asumir que éste superó exitosamente todos los filtros de admisibilidad fijados en la ley y, por lo mismo, nos encontramos en condiciones de su revisión de fondo por la sala.

Sin embargo, además del establecimiento de dos trabas formales de admisibilidad (artículos 380 y 383 CPP), el legislador consagró, en la norma bajo examen, una tercera barrera al derecho a recurrir, consistente en una forma anómala de poner término al recurso, cual es la declaración de abandono del recurso. Demás está decir que se trata de una situación difícil de asimilar ya que, como se abordó previamente, la legislación interna debería evitar la proliferación de obstáculos formales al ejercicio del derecho a recurrir y, como contrapartida, propender a la revisión del medio de impugnación, finalidad que no se aprecia suficientemente

recepcionada por nuestro Código Procesal Penal. Adicionalmente, a lo largo de este trabajo se ha insistido en posicionar el derecho a recurrir del imputado en sede penal, en un sitial especial, por lo tanto, merecedor de un trato diferenciado en relación con el ejercicio de la citada facultad por parte del resto de los intervinientes. No obstante ello, una primera lectura de la norma cuestionada podría llevarnos a concluir que, desafortunadamente, el CPP no distinguió entre los intervinientes a la hora de aplicar esta consecuencia jurídico-procesal, sino que lisa y llanamente consagró el abandono del recurso respecto de la incomparecencia de todo recurrente, con independencia del sujeto procesal que lo promovió, fórmula de redacción que no compartimos según se sostendrá en el siguiente capítulo.

En ese orden de ideas, creemos que el inciso segundo del artículo 358 CPP no solo se erige como una disposición conflictiva desde un punto de vista sistémico, sino que también pensamos que ha sido interpretada por nuestra judicatura de alzada con cierto desapego a la regulación tutelar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha brindado al derecho al recurso del imputado.

En función de lo expuesto, expondremos a continuación los fundamentos jurídicos que justifican esta crítica y, con ese propósito, se principiará analizando el artículo 354 CPP, disposición crucial para contextualizar adecuadamente el problema planteado en esta tesis.

2.- ART. 354 CPP. PROTECCIÓN REFORZADA AL DERECHO A RECURRIR POR PARTE DEL IMPUTADO-

Como se mencionó anteriormente, este artículo constituye el mejor punto de inicio para desvelar las dificultades que exhibe el inciso segundo del artículo 358 CPP.

En el marco expuesto, es necesario señalar que el artículo 354 CPP se titula “Renuncia y desistimiento de los recursos”⁴⁷, y prescribe que *“Los recursos podrán renunciarse expresamente, una vez notificada la resolución contra la cual procedieren.*

Quienes hubieren interpuesto un recurso podrán desistirse de él antes de su resolución. En todo caso, los efectos del desistimiento no se extenderán a los demás recurrentes o a los adherentes al recurso.

El defensor no podrá renunciar a la interposición de un recurso, ni desistirse de los recursos interpuestos, sin mandato expreso del imputado”⁴⁸.

⁴⁷ Para la redacción de la norma se tuvo como base tanto el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica (artículo 334), como también el artículo 302 del Código Procesal Penal Alemán. En este sentido, el profesor Roxin señala que, en el derecho alemán, el defensor, para manifestar el desistimiento, necesita un poder expreso que, según el punto de vista correcto, no puede ser impartido válidamente junto con el poder general de defensa, sino solo después de la condena. ROXIN, Claus (2000). “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires. Pag 453.

⁴⁸ Observamos que el diseño del inciso final del artículo 354 CPP, se ve replicado en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica y en países de Europa Continental. Así, a vía ejemplar la Ley de Enjuiciamiento Penal Española en su artículo 861 bis c) prescribe que *“El desistimiento del recurso podrá hacerse en cualquier estado del procedimiento, previa ratificación del interesado, o presentando su Procurador poder suficiente para ello.* En la misma tónica, artículos 460 Código Procesal Penal (México); 404 y 406 del Código Procesal Penal (Perú), 445 Código Procesal Penal (Costa Rica); 412 Código Procesal Penal (El Salvador); 401 del Código Orgánico Procesal Penal (Venezuela); 455 del Código Procesal Penal (Paraguay); 326 Código de Procedimiento Penal (Ecuador); 443 Código Procesal Penal de la Nación (Argentina).

Pues bien, si tenemos presente que la forma normal de terminación de un recurso consiste en su efectiva revisión y ulterior dictación de la resolución judicial que se pronuncia sobre su mérito, habríamos de concluir entonces que el precepto *sub lite*, se ocupa de regular dos formas anómalas de finalización de un recurso.

A lo anterior se adiciona la circunstancia que estos modos de conclusión anticipada de la impugnación tienen su origen en la iniciativa de parte, es decir, en una decisión voluntaria del titular del recurso en orden a abdicar de la facultad de ejercitarlo y, por cierto, de verse beneficiado por sus potenciales resultados. Es precisamente la concurrencia del elemento volitivo (autonomía de decidir) del titular del recurso, el aspecto distintivo de los institutos recogidos en el artículo 354 CPP en contraposición a otra forma anormal de término, como la inadmisibilidad, que constituye una sanción procesal impuesta por el órgano jurisdiccional derivada de la ejecución de un acto procesal defectuoso o extemporáneo.

En relación con lo expuesto, es dable decir que, al tratarse de actos abdicativos, la voluntad manifestada en la renuncia o en el desistimiento del recurso deben provenir de quien tenga la potestad para ejercitarla. En otras palabras, las instituciones regladas en el artículo 354 CPP se traducen en actos de disposición, sea de una facultad procesal o de una garantía judicial mínima (dependiendo quien impetere el mecanismo de impugnación). Sin embargo, tratándose del encausado, resulta imperioso contar con

su expresa aquiescencia para los efectos de hacerle oponible sus consecuencias por así mandarlo el inciso final del artículo en revisión.

Asimismo, es menester precisar que, a primera vista, la nomenclatura “renuncia” parecería ser similar a la de “desistimiento”, ya que todo desistimiento implicaría un acto de renuncia -con carácter definitivo- a un determinado derecho. No obstante, desde la vertiente procesal suelen diferenciarse. Así, el principal criterio de distinción entre ambos institutos se reconduce a la “oportunidad procesal establecida para su ejercicio” y, en esa línea, la redacción de los incisos primero y segundo del artículo 354 CPP resultan ser bastante esclarecedores. De esta forma, la posibilidad de “renunciar” a un recurso se extiende desde que el agraviado con una determinada resolución judicial es notificado de la misma y culmina hasta antes de notificada la resolución que declara admisible el mecanismo de impugnación deducido. En cambio, el campo de operatividad del “desistimiento del recurso”, comienza con la notificación de la admisión del arbitrio impetrado y termina una vez notificada la sentencia que lo resuelve.

El criterio aludido resulta del todo relevante para el propósito trazado en esta investigación, toda vez que el nudo crítico que observamos en el inciso segundo del artículo 358 CPP tiene íntima conexión con el espacio temporal previsto para el “desistimiento” del recurso deducido a favor del imputado, según se examinará.

Ahora bien, el artículo 354 CPP cuenta con tres incisos, siendo de destacar el inciso final en atención a que marca una clara definición tutelar del legislador respecto del derecho a recurrir que asiste al enjuiciado. De este modo, podemos apreciar que, en los dos primeros incisos del texto, la ley otorgó un mismo trato a todos los intervinientes en lo tocante a la renuncia y desistimiento del recurso.

Con todo, el quiebre de esta paridad de trato se visualiza en el inciso final, a través de la imposición de una prohibición para el defensor de renunciar o desistirse del recurso promovido en beneficio del acusado, sin contar con poder expreso de éste⁴⁹. Por lo mismo, sea que el defensor manifieste expresamente su deseo de desistirse del recurso o bien realice una actuación que inequívocamente de cuenta de esa intención (variable expresa o tácita de desistimiento), debe contar para ello con poder expreso del imputado. La razón que descansa tras la exigencia decanta en que el derecho al recurso del imputado constituye una garantía judicial mínima en los términos recogidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que la decisión de establecer un mecanismo de protección especial, si bien provoca una palmaria diferenciación entre el imputado y el resto de los intervinientes, no es menos cierto que se valida al amparo de la normativa supralegal, aplicable y vigente en Chile.

En ese sentido, el inciso final del artículo 354 CPP prescribe que *“el defensor no podrá renunciar a la interposición de un recurso, ni desistirse de los recursos*

⁴⁹ Esta situación ha sido etiquetada por algunos como bilateralidad del desistimiento. Para mayor ilustración ver ORTELLS, Manuel. *“Derecho Procesal Civil”*. Thomson Arazandi. Pág. 468 y sgtes.

interpuestos, sin mandato expreso del imputado". Sin duda estamos en presencia de una norma que impone un deber de abstención al defensor, en resguardo de la garantía al recurso que asiste al imputado, evitando que la suerte del medio de impugnación quede bajo la entera potestad y discreción del letrado.

Desde esta perspectiva, el artículo en cuestión constituye una verdadera salvaguarda para el derecho al recurso del encausado a través del establecimiento de una regla imperativa a la que debe someterse el defensor y, en consecuencia, inhibirse de renunciar, o de desistirse de recurrir en caso de no estar investido de autorización expresa. En otros términos, la eficacia del ejercicio del acto abdicativo de parte del defensor quedará condicionada al otorgamiento previo de una habilitación de parte de su representado, *so pena* de que sus efectos no se produzcan ni afecten al imputado. En ese escenario estaríamos en presencia de un caso de ineficacia procesal⁵⁰ la que posibilitaría la actuación oficiosa del tribunal una vez constatada la irregularidad procesal⁵¹.

⁵⁰ Sobre este punto, los profesores López Masle y Horvitz Lennon explican que el defensor requiere mandato expreso del recurrente para desistirse del recurso interpuesto, de manera que si no cuenta con éste, el desistimiento es ineficaz (art. 354 inc. final CPP). LOPEZ, Julián y HORVITZ, María Inés. "*Derecho Procesal Penal Chileno*". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Pag.375.

⁵¹ En efecto, en caso de constatar que un acto procesal incompleto o defectuoso pueda llegar a producir sus efectos propios y, de ello se extraen consecuencias desfavorables para la eficacia de una garantía procesal, creemos que la nulidad procesal, concebida como una técnica de protección de derechos y garantías procesales, emerge como una adecuada respuesta para transformar el acto inválido en ineficaz. De esta forma, la regla que se extrae de los artículos 163 y 160 CPP, cobraría plena atinencia a la hipótesis en análisis. Para un acabado estudio de esta concepción de la nulidad, ver CARRASCO, Jaime (2011): "*La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno*". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 18, N° 1, pp. 49-84.

En ese orden de ideas, el inciso final del artículo 354 CPP además de su carácter tutelar, se erige, en lo que incumbe al desistimiento del recurso a favor del imputado, en una clara excepción a la regla general competencial prevista para el defensor y descrita en el artículo 104 CPP⁵².

Aún más, junto a la imposibilidad de atribuir al encartado los efectos de una renuncia o desistimiento realizados sin su autorización expresa, habría que añadir que, un acto ejecutado en contravención al inciso final del artículo 354 CPP, debiese traer aparejada alguna consecuencia jurídica en el vínculo sobre el que se construye el mandato judicial. Esto, en atención a que la confianza depositada por el mandante en el mandatario constituye un elemento fundamental en la arquitectura del citado contrato y así lo reflejan distintas disposiciones insertas del CPP⁵³. En esa dirección, la infracción a la regla en estudio importaría un quiebre en este elemento cardinal de la

⁵²Ahora bien, en lo que compete a la renuncia de los recursos es dable decir que, si bien el inciso segundo contempla esta hipótesis como causal de otorgamiento de poder especial para validar el obrar del procurador, llama la atención que el inciso final del artículo 354 CPP la haya incorporado nuevamente, más aún cuando por aplicación del artículo 52 CPP igualmente hubiésemos aterrizado en el primer precepto nombrado. No obstante, a pesar de que podría parecer redundante la inclusión de la renuncia en el inciso final del artículo 354 CPP, creemos que ello se debe a una clara definición del legislador en orden a remarcar un trato distinto cuando se aborda el derecho al recurso del imputado, categorizándolo en un escalón superior en comparación a la misma herramienta ejercitada por el resto de los intervinientes.

⁵³ Artículo 102 CPP.- Derecho a designar libremente a un defensor. Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza.

Artículo 106 CPP. - Renuncia o abandono de la defensa. (Inciso final) En el caso de renuncia del defensor o en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procurare antes un defensor de su confianza.

Artículo 107 CPP.- Designación posterior. La designación de un defensor penal público no afectará el derecho del imputado a elegir posteriormente otro de su confianza.

configuración del mandato judicial, en tanto que a raíz de una acción u omisión del letrado fuera del ámbito de sus poderes, su representado se vería gravemente perjudicado en sus intereses, al no poder ejercitar una herramienta procesal esencial destinada a revertir el contenido de una resolución judicial agravante.

En ese plano, pensamos que un actuar desmarcado del defensor respecto de su defendido provocaría una fractura irreparable en este vínculo de confianza, máxime cuando la renuncia o desistimiento de un recurso tiene como efecto el de dejar zanjada y firme una decisión judicial agravante para el acusado y eventualmente el proceso en caso de tratarse de la sentencia definitiva condenatoria. Entonces, a partir de este diagnóstico y por aplicación del principio básico previsto en el artículo 10 CPP, verificada la contravención al mandato consignado en el inciso final del artículo 354 CPP, la judicatura debiese reaccionar precisamente en protección a los derechos del encausado. De esta forma, entendiendo que la inasistencia del defensor a la vista del recurso importaría un desistimiento tácito del recurso promovido a favor del imputado, el tribunal debería, previo a aplicar la consecuencia procesal prevista en el inciso segundo del artículo 358 CPP, verificar si el letrado cuenta con poder expreso para tal propósito y, en caso de no detentarlo, abstenerse de declarar el abandono del recurso. Sumado a ello, al constatar la concurrencia de un evento que fractura la confianza que el imputado depositó en su defensor, el Tribunal debiese adoptar alguna medida sancionatoria dirigida exclusivamente al letrado a causa de su actuar negligente, por

ejemplo decretando el abandono de la defensa, ya que, en la práctica, el actuar del letrado posicionó a su mandante en un estado absoluto de indefensión en el ejercicio de garantías procesales básicas.

Como colofón a lo expuesto precedentemente es menester afirmar que el trato diferenciado que el Legislador Procesal Penal otorgó al derecho a recurrir del imputado, en contraposición al resto de los intervinientes, emerge como una clara demostración del compromiso que asumió Chile al suscribir la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consistente en traspasar a su normativa interna aquellos principios y reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre ellos el derecho a recurrir del imputado penal. Teniendo en cuenta esto, solo podríamos concluir que el inciso final del artículo 354 CPP viene a cumplir el rol de tutela reforzada de la garantía judicial mínima del derecho al recurso del imputado y, por lo mismo, es comprensible y lícito efectuar tal discriminación.

Dilucidado el punto anterior, es necesario precisar que la hipótesis de renuncia y desistimiento del recurso a que hemos hecho referencia, no se aplica a ultranza cada vez que nos referimos al imputado. En efecto, para que la norma produzca sus consecuencias, es perentorio situarnos en el escenario de una defensa dual, vale decir aquella en que el imputado ha conferido patrocinio y poder a un abogado defensor para que éste asuma, primordialmente, su representación en el proceso penal. Por el contrario, si el inculcado decidió asumir su defensa personalmente (al tenor de lo

dispuesto en el artículo 102 inciso final CPP), pierde fuerza la exigencia prevista en el inciso final del artículo 354 CPP, dado que la autodefensa supone la titularidad de la conducción de la estrategia penal por el encartado. De esta forma, si el acusado que decidió y fue autorizado para defenderse personalmente ejecuta un acto abdicativo a su facultad de recurrir no podrá posteriormente invocar este precepto bajo el pretexto de revivir su garantía al recurso porque ha operado un fenómeno preclusivo derivado del ejercicio previo de un acto incompatible con aquel.

De acuerdo con esta línea argumentativa, tanto la renuncia como el desistimiento pueden manifestarse de forma expresa o tácita. Será expresa cuando la intención abdicativa se manifieste explícitamente. En el caso del proceso penal chileno, la modalidad expresa puede ejercitarse de forma oral (en audiencia) o bien de forma escrita, con idénticos efectos. Por su parte, la variante tácita supone un comportamiento activo o pasivo que conduzca al juzgador a extraer necesariamente la intención de renuncia, o desistimiento de ejercitar una facultad procesal.

En el campo recursivo, ambas instituciones pueden llegar a tener operatividad y protagonismo en la medida que sean ejercitadas por su titular o por un mandatario autorizado por aquél. Sin embargo, para los fines buscados en esta reflexión acotaremos el análisis exclusivamente al desistimiento y más precisamente a su variante tácita, la que ha sido recogida en el ámbito impugnatorio por nuestro ordenamiento jurídico, reconocida por nuestros tribunales superiores de justicia y por

la doctrina mas autorizada a nivel nacional e internacional, además de tener recepción explícita en distintos cuerpos normativos del ámbito comparado, según se expondrá en el acápite siguiente.

3.- El desistimiento tácito del recurso y el supuesto de hecho reglado en el inciso segundo del artículo 358 CPP.

A lo largo de este trabajo se ha traído insistentemente a colación la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 358 CPP y ello se explica simplemente por el hecho de constituir esa hipótesis el eje central del problema presentado en esta investigación. Pues bien, en esta oportunidad recurriremos nuevamente a la citada disposición, pero con un propósito específico, esto es, asignar una calificación jurídica a su supuesto de hecho. De esta manera, como se verá, la conclusión a la que lleguemos respecto de este tópico tendrá plena injerencia en la demostración de la dificultad que conlleva el citado artículo.

En ese contexto, diremos que el supuesto de hecho que consigna la disposición consiste en *“La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia (vista de la causa)”*. Al tenor de la norma transcrita corresponde preguntarse ¿qué significación jurídica debe atribuirse a este evento? Haciéndonos cargo de la interrogante, derechamente afirmaremos que existen poderosas razones para

encasillar la hipótesis en comentario dentro del espectro del desistimiento tácito, según se explicará en las líneas que siguen.

Por de pronto, debemos enfatizar que la norma se posiciona en un escenario procesal en el que efectivamente se promovió un recurso, y que superó exitosamente todos los filtros de admisibilidad, dado que se sitúa cronológicamente en “el día dispuesto para la vista de la causa”. En razón de ello, descartamos inmediatamente cualquier vinculación con el instituto de la renuncia del recurso, la que, como sabemos, tiene su espacio de acción luego de notificada la resolución agravante y hasta el espacio de tiempo previo a la notificación del decreto que declara admisible el arbitrio incoado.

Adicionalmente, es dable señalar que el supuesto normado tiene como resultado la declaración de abandono del recurso, es decir la pérdida anormal del recurso entablado, sin poder cumplir siquiera con su objetivo mínimo de provocar su efectiva revisión por el tribunal llamado a conocerlo y resolverlo. Por lo tanto, no cabe duda que nos vemos enfrentados a una situación especial traducida en una forma impropia de poner término al recurso impetrado.

Igualmente, es dable consignar que la extinción del medio de impugnación tiene su causa directa en una decisión de su titular o de quien lo representa, en orden a abstenerse de cumplir con una carga procesal, vale decir, no asistir a la audiencia destinada a la revisión del mérito del recurso incoado. De ahí que, esta modalidad

impropia de terminar con el recurso promovido, lleva envuelto un componente volitivo relevante de parte quien recurre, traducido en la omisión de sobrellevar una carga impuesta para la subsistencia de la impugnación impetrada.

En cuanto a las causas de la incomparecencia, nada especifica el legislador y, en la práctica, pueden ser de lo más variadas, tales como la tardía decisión de conformidad respecto de la sentencia atacada o bien su aceptación en la parte agravante, fines dilatorios, la desidia o negligencia del recurrente en torno a cumplir con su carga de comparecer a sustentar la impugnación, etc. Con todo, cualquiera sea la causa, ella le es indiferente a la ley, toda vez que castiga lisa y llanamente la incomparecencia del impugnante con el abandono del recurso.

Paralelamente, es necesario precisar que la sanción descrita no se basta a sí misma sino que, por el contrario, se llena de contenido precisamente a partir de la hipótesis fáctica que regula la norma en estudio, de modo tal que sin ella, la consecuencia jurídica no tendría respaldo. Por lo mismo, estimamos que, más que atender al etiquetado de la sanción, su verdadero alcance quedará subordinado a la categorización jurídica que se obtenga de la conducta de ausentarse de la vista del recurso.

En ese orden de ideas, el supuesto de hecho establecido en el inciso segundo del artículo 358 CPP lleva envuelto un marcado acento en el aspecto volitivo de quien impugna, tanto así, que la ley interpreta esa incomparecencia como una clara intención

de abandonar la decisión de instar por la revisión del fallo y erradicar el perjuicio sufrido.

En consonancia con lo expuesto, es dable referir que las dos únicas formas anómalas de poner término al recurso que aborda nuestro Código Procesal Penal y que dependen de la voluntad del titular de la impugnación, son la renuncia y el desistimiento.

En el sentido propuesto, habiendo descartado la procedencia de la primera institución, solo quedaría circunscribir la conducta prevista en la norma cuestionada como una manifestación de desistimiento del recurso y, por cierto, en su dimensión tácita. En efecto, el supuesto de hecho descrito en el inciso segundo del artículo 358 CPP pareciera decantar por un patrón conductual del recurrente asimilable a la intención de no querer perseverar en la impugnación y de ahí que, correlativamente, se disponga el abandono del arbitrio. En otros términos, el legislador deduce un propósito abdicativo en quien recurre, derivado de la constatación de un hecho irrefutablemente encaminado en tal dirección, antecedente que abriría la compuerta para justificar la concurrencia de un desistimiento tácito. En esa línea, el profesor Carnelutti enseña que el contenido de lo que cataloga como “declaración de aquiescencia”⁵⁴ es cualquier fórmula de la cual pueda argüirse la voluntad de no

⁵⁴ Para el autor la aquiescencia es una declaración expresa o, en general, una actitud incompatible con el propósito de la impugnación, puesto que en esta declaración o, en general, en esta actitud ve la ley un índice de justicia de la sentencia o por lo menos de tolerabilidad de su injusticia, de ello emerge oportunamente una razón para excluir la utilidad de la impugnación. CARNELUTTI, Francesco.

impugnar. En defecto de ésta, es suficiente cualquier actitud incompatible con el propósito de impugnar⁵⁵.

En clara consonancia con esta última idea, es necesario manifestar que la figura del desistimiento tácito del recurso no es en absoluto extraña para nuestra Excma. Corte Suprema, ya que el máximo tribunal, en múltiples resoluciones, ha constatado y declarado su procedencia precisamente a causa de la ejecución de un acto o conducta contraria a la intención de recurrir y, o, de persistir en el recurso⁵⁶.

En la esfera comparada, el reconocimiento del desistimiento tácito del recurso en el ámbito penal se ve reflejado, directa o indirectamente, en distintos cuerpos normativos. Con todo, en este apartado resaltaremos dos estatutos jurídicos que, a nuestro entender, rescatan la esencia de la idea que se postula en esta tesis. Uno de ellos es el artículo 346 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, estatuto jurídico de innegable influencia en nuestro ordenamiento procesal penal y, desde luego, en materia recursiva según consta de la historia fidedigna del establecimiento del CPP. En efecto, la referida disposición, situada en el Libro Tercero denominado “impugnaciones”, Capítulo Segundo titulado “trámites”, prescribe bajo el epígrafe “desistimiento tácito” que *“Si en el período de emplazamiento no compareciere el recurrente, el Tribunal de Casación declarará de oficio desierto el recurso, devolviendo,*

“Instituciones del Proceso Civil”. Volumen II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 192. En idénticos términos en CHIOVENDA, Guissepe. *“Principios de Derecho Procesal Civil”* Tomo II. Instituto Editorial Reus. Pag 509.

⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit.

⁵⁶ En ese sentido, Excma. Corte Suprema, Roles 5786-2010; 2346-2012; 14.737-2020; 252-2020.

en su caso, las actuaciones". Es necesario puntualizar que la norma transcrita adquiere trascendencia desde un doble punto de vista. En primer término, clarifica que la inasistencia del recurrente a sostener el medio de impugnación debe ser interpretada como una conducta de desistimiento del recurso bajo su modalidad tácita y, en segundo lugar, a más de la identificación jurídica asignada al supuesto de hecho (deserción), la ley perfectamente puede individualizar la sanción bajo una nomenclatura distinta (desistimiento tácito). Desde esa perspectiva, emerge como un aspecto totalmente secundario la denominación que se pueda asignar a un determinado evento fáctico, por cuanto, en último término, la sanción se nutre de contenido a partir de la identificación de la calificación jurídica adecuada del supuesto de hecho, el que, en el caso de marras califica como desistimiento tácito, con independencia de que en su redacción se incluya la mención deserción.

También debemos destacar que, para el Código Procesal Penal Modelo, el desistimiento tácito del recurso conduciría a la declaración de deserción de este, es decir una consecuencia idéntica a la prevista por nuestro Código de Procedimiento Civil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Tramitación Electrónica. Aún más, no debe soslayarse que, en el ámbito del Código Procesal Penal, la sanción de abandono del recurso vino a ocupar el sitio de la deserción del recurso contemplado en el Código de Procedimiento Civil, por cuanto ambas sanciones tienen como fundamento la misma *ratio iuris*, esto es, la incomparecencia del recurrente a sostener

el recurso en un momento procesal que para la ley es considerado crucial y, por lo mismo, en caso de no sobrellevar la carga, se infiere un ánimo abdicativo en el recurrente en relación al medio de impugnación impetrado⁵⁷. En este sentido, el profesor Cortez Matcovich, al referirse al recurso de apelación en sede civil y más precisamente a la antigua carga de comparecer en segunda instancia (bajo sanción de deserción), ilustra que *“la nueva regulación del sistema recursivo tiende a eliminar esta carga, sustituyéndola por el abandono del recurso como sanción ante la falta de concurrencia del recurrente a la audiencia respectiva, como ocurre en el proceso penal o laboral”*⁵⁸. (El destacado es nuestro).

El segundo ejemplo decidor para los efectos analizados, lo encontramos en el caso argentino, toda vez que lisa y llanamente su normativa interna califica la incomparecencia del recurrente como una causal de desistimiento del recurso, sin adicionar nomenclaturas jurídicas distintas para categorizar su supuesto de hecho. En efecto, el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina dispone (en lo pertinente) que *“La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan, pero si el*

⁵⁷ De un modo relativamente similar la Ley de Enjuiciamiento Penal Española prevé en su artículo 846 bis d) inciso final que *“Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán por el Secretario judicial los autos a la Audiencia Provincial, que declarará firme la sentencia y procederá a su ejecución”*. Este artículo discurre entre dos variantes de poner fin –anormalmente- a un recurso de apelación motivado por una decisión de quien recurre, siendo relevante para estos efectos el supuesto que regula la ausencia de apersonamiento del impugnante, en atención a que engarza perfectamente con la hipótesis que se revisa en el cuerpo del trabajo. En el mismo sentido, artículos 179A y 179D del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

⁵⁸ PALOMO, Diego, BORDALI, Andrés y CORTEZ, Gonzalo. Op. Cit. Pág. 129.

recurrente no concurriera, se tendrá por desistido el recurso a su respecto".⁵⁹ Del mérito de la norma extractada se desprende inmediatamente que el supuesto de hecho que regula es idéntico al que contempla nuestra ley de enjuiciamiento penal en el inciso segundo del artículo 358 CPP, con la salvedad que la disposición del país trasandino explicita la variable de desistimiento tácito mientras que, a nuestro parecer, el precepto nacional lo incorpora implícitamente.

Tampoco podemos obviar la opinión autorizada de célebres y reconocidos procesalistas en el ámbito internacional quienes identifican la inconcurrencia del impugnante a sostener el recurso con su deserción y a la vez esta sanción con la idea de desistimiento tácito. Así, los profesores Guasp y Aragonese refieren – a propósito de la antigua LEC Española – que la falta de personación del apelante producía el efecto de declarar desierto el recurso quedando firme de derecho la resolución apelada, añadiendo a continuación que “la razón de este desistimiento tácito se debía, sin duda, a que la apelación carecía de objeto ya que la impugnación de la resolución recurrida se producía ante el Juez o Tribunal *ad quem*”⁶⁰. (El destacado es nuestro).

⁵⁹ En países como Venezuela o Paraguay, sus respectivas Legislaciones Procesales Penales, hacen mención al desistimiento o la deserción del recurso para la hipótesis que se viene abordando, pero con el matiz de que abogan por su improcedencia, en un claro afán de proteger la garantía de recurrir en clara conexión con las directrices impartidas a nivel internacional.

⁶⁰ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro (2005) *“Derecho Procesal Civil”*. Tomo II. Thomson Civitas. Séptima Edición. Pág. 476 y 477.

Por su parte Sentis Melendo al referirse al desistimiento de los recursos refiere que es correcto utilizar la expresión “desistimiento” cuando se trata de hacer abandono de un recurso interpuesto; se trata de una terminología corriente”⁶¹.

En el plano nacional, hacemos notar la posición planteada por el destacado profesor Anabalón Sanderson, quien al abordar el desistimiento del recurso de apelación explica que el desistimiento puede traducirse en una manifestación expresa de apartarse del recurso interpuesto o bien en abandonarlo, agregando que solo significa abdicar del recurso o cesar en su prosecución una vez deducido, porque así lo aconseja la mejor defensa de los derechos del apelante⁶².

En síntesis, consideramos que el supuesto reglado en el inciso segundo del artículo 358 CPP debiese calificar como un acto de desistimiento tácito del recurso, con independencia de que el legislador le haya asignado una denominación diversa a la consecuencia por no comparecer el recurrente a la vista de la causa.

Con todo, es menester remarcar que la categorización de desistimiento tácito del recurso presenta utilidad en este trabajo únicamente para justificar la procedencia del abandono de la defensa como mecanismo de protección al derecho al recurso del imputado y sin perjuicio de la procedencia directa de ésta en el evento de constatar una situación de indefensión para el imputado. De esta forma, queremos destacar que la calificación jurídica asignada al supuesto de hecho que regla el inciso segundo del

⁶¹ SENTIS MELENDO, Santiago. *“El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal Argentina”*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 335.

⁶² ANABALON, Carlos. *“Tratado práctico de Derecho Procesal Civil”*. Editorial El Jurista. Pag.471 y 472.

artículo 358 CPP, solo cumple un propósito instrumental para el cumplimiento del objetivo reseñado y, en caso alguno constituye un fin en sí mismo.

4.- ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 358 INC. SEGUNDO Y 354 INC. FINAL CPP-

Una vez disipado que tras el supuesto de hecho descrito en inciso segundo del artículo 358 CPP se asila un verdadero desistimiento tácito del recurso, corresponde a continuación poner de relieve lo que, a nuestro juicio, corresponde a una colisión de dos normas situadas en el apartado de las “disposiciones generales” en materia recursiva (Libro Tercero CPP). Por una parte, el tantas veces citado inciso segundo del artículo 358 y, desde la vereda opuesta, el inciso final del artículo 354.

En ese orden de ideas, a pesar de haber abordado el contenido y alcance del artículo 354 CPP, creemos indispensable reiterar su inciso final dado que emerge como un elemento gravitante en la arquitectura de la antinomia. Es así como el referido precepto prescribe en su inciso final que *“el defensor no podrá renunciar a la interposición de un recurso, ni desistirse de los recursos interpuestos, sin mandato expreso del imputado”*. Se trata de un mandato dirigido al defensor que representa en juicio los intereses del imputado y que consiste en abstenerse de ejecutar actos de disposición respecto de la facultad de recurrir, a no ser que disponga de poder especial para ejercitarlos.

Por su parte, en el otro extremo de la discordia encontramos el inciso segundo del artículo 358 CPP, disposición que contempla una sanción radical en lo que a derecho al recurso se refiere. En efecto, la norma en cuestión establece una forma (anómala) de poner término al recurso, circunstancia de la máxima complejidad si se tiene en consideración los fines que descansan tras la consagración de la facultad de recurrir y que fueron enunciados en el capítulo primero de este trabajo. No obstante, el aspecto crucial a mencionar no estriba en cuestionar la instauración de tal sanción, sino que derechamente en hacerla aplicable a todo evento, es decir, indistintamente del titular del recurso, aspecto que no compartimos. Esto por la sencilla razón que si tal hubiese sido la intención del legislador (equiparar la importancia de recurrir en todos los intervinientes), debió abstenerse de consagrar un cúmulo de disposiciones insertas en el Código Procesal Penal⁶³ que remarcan la necesidad de diferenciar el derecho al recurso del inculpado, de la posibilidad de recurrir del resto de los participantes del proceso penal (siendo el inciso final del artículo 354 CPP un notorio botón de muestra), en atención a que respecto de aquél la posibilidad de impugnación es catalogada como una garantía judicial mínima. En esa línea, la profesora Patricia Ziffer explica que la resistencia a admitir actividad recursiva de los acusadores no solo resulta del carácter de “garantía” del recurso (a favor del imputado), sino incluso del *ne bis in idem*.⁶⁴ Siguiendo la misma tónica argumentativa, la profesora Horvitz Lennon expone que a

⁶³ A modo ejemplar, artículos 355, 373 a) o el 387 inciso segundo, todos CPP.

⁶⁴ ZIFFER, Patricia. Op. Cit.

pesar de que el Código Procesal Penal conciba generalmente al recurso como medio de impugnación de resoluciones judiciales para todos los intervinientes que se vean agraviados con su dictación, el recurso –entendido como garantía- implica un reforzamiento de la posición jurídica del imputado o condenado en el ámbito penal⁶⁵.

En ese escenario, parece que no fue del todo afortunada la redacción del inciso segundo del artículo 358 CPP por distintas razones, algunas de las cuales ya han sido enunciadas. En primer lugar, la disposición no efectuó una distinción normativa en beneficio de la protección de la garantía al recurso que asiste al encausado. En segundo lugar, al emplear la expresión “dará lugar”, no deja margen interpretativo al juez, resultándole obligatorio aplicar la sanción. En tercer lugar, no explicita que la no comparecencia a la vista de la causa implica un desistimiento tácito del medio de impugnación, cuestión que obligaría al tribunal *ad quem* a revisar primeramente los poderes de que está investido el abogado defensor.

Pues bien, el primer punto ya ha sido analizado latamente a lo largo de este trabajo. En lo que compete a la segunda objeción, el diseño de esta tesis tiene previsto estratégicamente su tratamiento en el capítulo que sigue. El punto tercero es el que vincula con la ya anunciada colisión normativa entre el inciso final del artículo 354 y el inciso segundo del artículo 358, ambos CPP.

⁶⁵ HORVITZ, María Inés. Op. Cit. Pág. 13.

En ese orden de ideas, se dirá que la antinomia detectada se genera únicamente en la variable en que el acusado sea asistido judicialmente por un defensor y que éste no haya concurrido a la vista del arbitrio promovido en interés del primero. Bajo esa perspectiva, debemos precisar que se trata de un evento específico y, por lo mismo, hablamos de una antinomia parcial, pero que afecta sustancialmente la garantía del derecho al recurso. Así, se podrá advertir que la colisión normativa pone en conflicto, por una parte la observancia irrestricta a las formas procesales y, por otro lado el valor de la garantía judicial mínima del derecho al recurso del imputado.

Luego, es menester indicar que, a diferencia de lo que podría llegar a pensarse, la sanción de abandono del recurso no se basta a sí misma ni se sustenta en un mero supuesto de hecho como lo es la incomparecencia, sino que tiene su causa en una institución jurídica relevante en el campo de la disposición de los derechos y facultades procesales. En efecto, lo que confiere fisonomía jurídica a la sanción contemplada en el inciso segundo del artículo 358 CPP es el desistimiento tácito del recurso.

A pesar de ello, destinamos un apartado especial dentro de este capítulo para demostrar que la conducta del recurrente en orden a inasistir a la vista de la causa trasunta en un desistimiento tácito del arbitrio, por lo que incluso puede llegar a obviarse la denominación de abandono del recurso. Con esto queremos manifestar que al consagrar la norma una clase de desistimiento tácito resultaba inoficioso y además confuso asignarle como consecuencia una etiqueta diversa (las cosas son lo que son).

Sobre el particular, es necesario decir que el desajuste conceptual se genera al atribuir una connotación sancionatoria al ejercicio de un acto jurídico procesal de disposición, que simplemente debiese ser autorizado, constatado o desestimado en caso de no cumplirse sus requisitos de procedencia.

Pues bien, es esta última variable la que tiene plena incidencia a la hora de justificar la procedencia de la antinomia denunciada. Esto, en atención a que, si se materializó un desistimiento tácito del recurso por parte del defensor impugnante, para que éste produzca el resultado descrito en la norma (declaración de abandono del recurso) debiese previamente sortear el cedazo previsto en el inciso final del artículo 354 CPP. De lo contrario, la omisión o el acto deliberado del letrado de no comparecer y, por lo tanto, sus consecuencias jurídicas, no serían oponibles al imputado titular del recurso.

En ese contexto, la circunstancia recién aludida tendría que decantar en la imposibilidad de decretar el abandono del recurso (cuando el defensor obre con infracción a la norma protectora prevista en el inciso final del artículo 354 CPP), bajo sanción de nulidad de tal actuación por infracción a lo dispuesto en el artículo 7 en relación al 159, ambos del CPP, sin necesidad de acreditar el daño de parte del encausado, dado que a su respecto operaría la cláusula prevista en el artículo 160 CPP en cuya virtud se presume de derecho el perjuicio sufrido por cuanto la infracción

impidió el pleno ejercicio de la garantía a obtener una revisión efectiva de la resolución agravante.

Sin embargo, ya que la norma cuestionada no hizo mención explícita a este mecanismo abdicativo, sino que lisa y llanamente lleva a entender que consagra un mero “supuesto de hecho” que surte de contenido a la declaración de abandono del recurso, un primer nivel de lectura significaría ver privada la eficacia de la norma protectora del recurso consagrada en el inciso final del artículo 354 CPP.

De esta manera, la vía idónea para dar cabida y eficacia a la norma citada consistiría en fiscalizar primeramente si el acto de “desistimiento tácito” fue ejercido dentro o fuera de regla por el defensor, ya que en caso de presentarse la segunda posibilidad no debiese prosperar la declaración de abandono del recurso. Con todo, esta intención tutelar no tendría significación alguna en el evento de encasillar la incomparecencia del defensor recurrente como un mero “supuesto de hecho” desprovisto de calificación jurídica y que se subsume en una determinada sanción, dado que tal fórmula impediría la producción de los efectos reactivos del inciso final del artículo 354 CPP, manteniendo, en definitiva, a esta disposición en una verdadera orfandad normativa. Por el contrario, si se da crédito a la idea de que tras el mentado supuesto de hecho descansa un verdadero desistimiento tácito del recurso, encontraríamos una fórmula de protección y rescate al derecho de recurrir del inculpado.

A mayor abundamiento, no puede desconocerse que la salida recién descrita se condice con las directrices interpretativas que gobiernan el ámbito internacional de los derechos humanos. Así, para el profesor Nash Rojas, el principio “pro persona” presenta distintos usos, siendo uno de ellos el de la “preferencia de la norma”, la que desplaza la tradicional discusión sobre la jerarquía de las normas, ya que teniendo como fin último la protección de los derechos de la persona, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé o reconozca vigencia a los derechos humanos, sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico. Cuando el principio se manifiesta en la forma mencionada, mediante la aplicación de la norma más protectora, se permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes, o al menos de entre dos normas, aquella que en su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona, o, aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima, en relación con sus derechos humanos⁶⁶.

En síntesis, observamos que la forma en que se presenta el inciso segundo del artículo 358 CPP provoca un claro enfrentamiento con la regla establecida en el inciso final del artículo 354 CPP, privando a esta última de sus atributos protectores en beneficio de la garantía y derecho del imputado al recurso. Adicionalmente, la situación se ve agravada si se tiene presente que la judicatura ha exhibido una notoria

⁶⁶ NASH, Claudio. Op. Cit. Pág. 44.

preferencia por la aplicación exegética de la disposición limitativa al derecho a recurrir, en desmedro de abogar por una interpretación tutelar de la mentada garantía, según se verá en el acápite que sigue.

5.- LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA CONTIENDA DE NORMAS—

Para concluir este capítulo, creemos importante ocupar algunas líneas con el objeto de dar a conocer la posición que la jurisprudencia ha exhibido frente a la antinomia denunciada. En ese contexto, si bien se adelantó el parecer del criterio imperante, es menester efectuar ciertas precisiones sobre el punto.

Lo primero que corresponde referir es que, si bien se constata una marcada preferencia por aquella corriente que aplica literalmente el inciso segundo del artículo 358 CPP, ello en caso alguno implica uniformidad, por cuanto existen jueces (aunque en rango muy minoritario) que interpretan el precepto desde la óptica que se postula en este ensayo, es decir, cautelando el derecho al recurso del imputado en lugar de frenar su ejercicio mediante la declaración de su abandono.

En segundo lugar, pensamos que el fundamento para disponer la aludida sanción descansa en la convicción de que ésta se llena de contenido a partir de la mera concurrencia del supuesto de hecho reglado en la norma cuestionada, factor que implicaría considerar que el precepto se basta así mismo y, por ende, no obligaría al

intérprete a recurrir a otro tipo de disposiciones tales como el inciso final del artículo 354 CPP.

Bajo esa perspectiva, el tribunal cumpliría más bien una función mecanizada sobre el punto, limitándose a decretar el abandono del recurso cuando ocurra objetivamente la incomparecencia del abogado defensor a sostener el arbitrio impetrado a favor del imputado. En efecto, luego de haber indagado respecto de los pronunciamientos que, sobre el particular, han emitido las distintas Cortes de Apelaciones distribuidas a lo largo del país, estamos en condiciones de plasmar un modelo de resolución judicial que se repite consistentemente y que, más menos, es del siguiente tenor: *“Atendido el mérito de la certificación (inasistencia del defensor recurrente) y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 358 CPP, se declara abandonado el recurso deducido...”*⁶⁷.

Como puede advertirse se trata de una resolución bastante simple de leer y que básicamente dispone el abandono del recurso a partir de la constatación del supuesto de hecho reglado en la mentada disposición.

Desde la otra vereda, encontramos algunos (mínimos) pronunciamientos afines a la idea que se viene desarrollando en este estudio, es decir, buscando una medida alternativa a la extinción del recurso del imputado frente al advenimiento de la

⁶⁷ Algunas resoluciones junto con decretar el abandono del recurso, piden informe al defensor inconcurrente o bien derechamente aplican medidas disciplinarias en su contra. Sin embargo, reiteraremos que esas medidas son dispuestas a la par de decretar la sanción extintiva del recurso.

hipótesis reglada en el inciso segundo del artículo 358 CPP, esto es, cuando el inasistente es el defensor recurrente.

Con todo, se debe precisar que la mayoría de esas decisiones fueron adoptadas en el contexto de una resolución judicial distinta a una sentencia definitiva condenatoria susceptible de ser recurrida de nulidad, específicamente, en el espectro de medidas cautelares gravosas impuestas al encartado.

En ese sentido, como se trata de un razonamiento judicial bastante reducido, extractaremos algunas resoluciones que dan cuenta de una evidente intención de proteger la garantía al recurso del enjuiciado, conjuntamente con imponer una sanción justa y proporcional al abogado defensor en coherencia con la negligente conducta de no comparecer. Así, a pesar de que se adelantará la solución que estimamos idónea para salvar la situación crítica que distingue este opúsculo, estimamos relevante traer a colación, la resolución de fecha 15 de abril de 2019, dictada por la Illma. Corte de Apelaciones de San Miguel por la que se consignó que: “*no habiendo concurrido a la presente audiencia el abogado defensor privado en representación de los imputados y atendido el mérito de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Procesal Penal, se declara el abandono de la defensa solo para estos efectos y se designa de oficio por este Tribunal a la defensora penal pública...*”⁶⁸. Nos parece que la declaración de abandono de la defensa emerge como una medida sancionatoria coherente, proporcional y

⁶⁸ ICA San Miguel Rol N°947-2019.

armónica en relación a los principios y disposiciones que inspiran el Código Procesal Penal y específicamente a las reglas generales en materia recursiva. De partida establece un castigo, evitando dejar impune la inconcurrencia del impugnante a la vista de la causa. En segundo término, la coherencia de la sanción se explica porque tiene como destinatario al defensor (no al imputado), es decir a quien no asumió la carga de comparecer a sostener el arbitrio a favor del segundo. Adicionalmente, el defensor obró extralimitándose en sus facultades, al no estar autorizado para desistirse tácitamente del recurso, dando cuenta de un negligente desempeño profesional. En tercer lugar, es menester señalar que la proporcionalidad de la sanción se expresa no por el hecho de extralimitarse respecto del contorno del mandato judicial, sino porque esa decisión puso en riesgo el ejercicio y eficacia del derecho del encartado a obtener la revisión del asunto. Bajo este aspecto, el abandono de la defensa cumple además un rol fiscalizador frente a una conducta negligente o dolosa materializada por el defensor cuyas consecuencias podrían desencadenar en la restricción o privación de ejercitar garantías procesales de parte del inculpado.

Finalmente, la medida se ajusta a los lineamientos axiológicos que inspiran el Código Procesal Penal (artículos 7, 10, 106 y 354 inciso final CPP) permitiendo la pervivencia de una garantía judicial mínima del imputado como es su derecho a impugnar una resolución adversa.

CAPITULO TERCERO

PROPUESTA DE SOLUCIONES

Una vez planteado el problema que aborda esta investigación y desvelada la impronta del derecho al recurso cuando compete al imputado en sede penal, corresponde a continuación presentar algunas ideas susceptibles de hacer frente a la situación en análisis. Para estos efectos, se sugerirán básicamente dos salidas jurídicas que, compartiendo una finalidad común (la pervivencia del derecho al recurso del acusado), difieren en lo tocante a la forma de consumir el objetivo y ello porque, definitivamente, se localizan en distintos niveles. Por tal razón y siempre con la intención de que facilitar la comprensión del análisis, se abordará por separado cada derrotero propuesto.

1.- PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

A lo largo de este trabajo hemos intentado remarcar la trascendencia que reviste el derecho al recurso en sede penal y, con mayor énfasis cuando se trata de la persona del imputado. No obstante, no podemos desconocer que nuestra jurisprudencia nacional y parte de nuestra doctrina han exhibido un parecer favorable a

la tesis expansionista del derecho al recurso sobre la base del concepto unitario del proceso, el principio *pro homine*, entre otros. Aún más, en el plano internacional la Corte Interamericana de Justicia ha extendido su jurisprudencia en materia de derecho al recurso a competencias sancionatorias diversas al ámbito criminal, lo que evidencia la movilidad del concepto en estudio.

En ese sentido, si adherimos a la postura jurídica de que el derecho al recurso es un componente del debido proceso a secas y, por lo mismo, no es viable concebir diferenciaciones competenciales de ninguna clase, sea a nivel de procedimientos como asimismo respecto de quienes intervienen en ellos, eso conduce a que el artículo 358 inciso segundo CPP sea interpretado con el alcance que actualmente le otorga nuestra judicatura superior, esto es, ceñirse al tenor literal de la norma.

En esa línea, se genera un escenario bastante hermético que dificulta sustancialmente la labor interpretativa del juzgador en términos de vislumbrar una salida al problema sobre la base del propio artículo cuestionado.

A consecuencia de lo anterior, y en caso de persistir la postura interpretativa literal mayoritaria, solo restaría interceder por una modificación legal al precepto bajo análisis.

En ese orden de ideas, el trasfondo de la reforma sugerida se justificaría en la necesidad de plasmar, en el inciso segundo del artículo 358 CPP, una indispensable distinción entre la situación del recurrente imputado que no asume su propia defensa

(variante que se propone incluir) y la situación del resto de los intervinientes (sumando al imputado que decidió autodefenderse), respecto de quienes sí cobraría pleno vigor la redacción vigente.

La necesidad de modificar el precepto en estudio, se sustenta en la premura por remediar una manifiesta fricción entre dos disposiciones insertas del CPP, a raíz de lo cual una de ellas impide que la otra opere de modo efectivo. Con precisión, la reforma sugerida busca hacer conciliable el artículo 354 inciso final con el inciso segundo del artículo 358, ambos textos del CPP, toda vez que, actualmente, entran en evidente pugna cuando quien recurre es el imputado asistido por su abogado defensor.

Debemos recordar que en el capítulo anterior remarcamos que el artículo 354 inciso final fija una clara posición tutelar del legislador con relación al derecho al recurso del imputado, adoptando dispositivos de resguardo, tanto para la renuncia como para el desistimiento del arbitrio procesal incoado a favor del encartado. Sin embargo, ese mecanismo de protección ve amagado sus efectos a causa de la aplicación literal del segundo precepto citado. Esto por cuanto, como se abordó *supra* la no comparecencia del abogado recurrente a la vista de la causa implica lisa y llanamente un acto de desistimiento tácito del recurso (aterrizando de lleno en el campo de fuerza de la primera disposición que prohíbe el desistimiento sin autorización expresa), por lo que, a la luz de la protección especial que se prevé en

favor del imputado (recurrente), esta situación de hecho no podría producir efectos procesales que le fueran adversos.

Sin embargo, como dijimos en el capítulo anterior, creemos que, en contexto del predominio de la citada línea jurisprudencial, desempeña un rol gravitante la omisión del Legislador en orden a no incluir explícitamente, en la norma cuestionada, la concurrencia de la variable de desistimiento tácito.

En este escenario, la propuesta de reforma que se sugiere estaría encaminada a incluir un nuevo inciso tercero al artículo 358 CPP del siguiente tenor: *“En caso de ser recurrente el imputado y frente a la incomparecencia de su defensor a la vista del recurso, se entenderá desistido del mismo, en la medida que éste se encuentre investido del poder reglado en el inciso final del artículo 354. En caso de no contar con poder expreso para desistirse del recurso, la corte declarará sin más, el abandono de la defensa procediéndose de conformidad a lo establecido en el inciso final del artículo 106 de este Código”*. Como se observa, la inserción de esta cláusula posibilitaría por un lado disipar la mentada colisión de normas, imprimiendo la necesaria coherencia sistémica a la regulación procesal penal, y, por otro lado, hacer operativos los mecanismos de seguridad especiales dispuestos por la ley y direccionados a proteger los derechos básicos inherentes al debido proceso, como lo es el derecho del encausado a recurrir del fallo perjudicial.

Igualmente, es posible explorar una segunda vía de solución destinada a proteger la garantía a impugnar radicada en el imputado y que se traduce en asumir que la declaración de abandono del recurso aplicaría –sin distinciones- respecto de todo interviniente en el evento de constarse la concurrencia del supuesto de hecho que le sirve de base. Sin embargo, el matiz viene dado por efectuar una diferenciación en cuanto a los efectos procesales que se producen una vez decretada la sanción. Lo anterior, en atención a que el artículo 358 del Código Procesal Penal solo reguló la declaración de abandono del recurso sin reglar su impacto en la prosecución del proceso.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debemos indicar que la *praxis* judicial ha llenado de contenido el referido vacío legal, decantándose por el derrotero que asimila la sanción de abandono del recurso con una lógica extintiva, no solo del arbitrio incoado, sino que también del proceso, en caso de tratarse de una sentencia definitiva condenatoria. Sobre este punto, es menester referir que es bastante habitual la comunicación inmediata al Tribunal *a quo* de la declaración de abandono del recurso para los efectos de disponer el cumplimiento de la sentencia impugnada, lo que, a nuestro entender, desvela la idea de posicionar la resolución judicial en un estado de inimpugnabilidad o, si se prefiere, de firmeza.

No obstante lo anterior y a pesar de su coherencia, tal apreciación no cuenta con un soporte normativo que lo avale explícitamente, factor que permitiría, a nuestro

juicio, indagar una salida diversa, a la habitualmente considerada por la judicatura, con la finalidad de brindar protección al derecho a recurrir del imputado.

En ese escenario, tratándose del abandono del recurso dispuesto respecto del Ministerio Público, querellante y víctima, estimamos que el conducto a seguir sería el que tradicionalmente ha fijado nuestra jurisprudencia. Sin embargo, para el caso del imputado postulamos la pervivencia de su derecho al recurso, previa distinción entre la garantía a recurrir con lo que sería la promoción de un arbitrio que no pudo ser revisado efectivamente. En efecto, sabemos que la garantía a recurrir (que es aquella que merece tutela reforzada) implica, a lo menos, garantizar la expectativa del recurrente en orden a obtener el examen efectivo del mérito del arbitrio incoado por un tribunal superior, motivo por el que solo de concretarse este fin mínimo aludido, podría sostenerse el agotamiento de la garantía a través de la consumación procesal, de lo contrario, la garantía subsiste.

Con esto pretendemos señalar que la aplicación del abandono del recurso debiese llevarnos a concluir únicamente la pérdida de una determinada oportunidad para hacer valer el recurso, no así la extinción de la garantía *sub lite*, la que no se vería afectada por fenómenos preclusivos y, en función de ello, estaría permitida la posibilidad de renovar su formulación respecto de la misma resolución objetada. En el fondo, la regla postulada generaría, respecto del imputado, un efecto similar a la declaración de abandono del procedimiento en sede civil, es decir, la imposibilidad de

continuar con un determinado proceso (recurso) sin que ello importe la pérdida del derecho de accionar nuevamente (derecho al recurso).

En ese orden de ideas, estimamos que la fórmula adecuada para implementar esta interpretación, se reconduciría a que el tribunal *ad quem* dispusiera el abandono del recurso pero conjuntamente constate una conducta negligente de parte del letrado inasistente que habilite para decretar el abandono de la defensa técnica y, con el mérito de ello, propiciar a la designación de un defensor público que sustente el recurso impetrado en una nueva vista de la causa.

Con todo, estimamos que estaría vedado al defensor designado promover un nuevo recurso o bien modificar total o parcialmente el ya interpuesto, básicamente por dos motivos. El primero, radica en que el recurso originariamente deducido no adolecía de errores atribuibles a la negligencia del letrado sustituido, ya que, debemos recordar, que el arbitrio salvó exitosamente todos los filtros de admisibilidad previstos en el CPP. Entonces, como se aprecia, no se trata de un problema de formulación del recurso, sino de la aplicación de una sanción procesal que afecta su eficacia por causa exógena al acusado, esto es, a raíz de una conducta reprochable de quien lo defiende. La segunda objeción estriba en que la declaración de abandono del recurso solo habilitaría a retrotraer el procedimiento al instante de fijar una nueva audiencia destinada a la revisión del arbitrio impetrado, de modo tal que todo lo obrado con anterioridad se mantiene inalterable. En ese sentido, atendido los principios que inspiran la

tramitación del proceso penal, resultaría dificultoso y potencialmente perjudicial a los intereses del acusado la elaboración de un nuevo recurso por un abogado defensor que no participó del procedimiento, poniendo en riesgo con ello otra garantía mínima judicial del inculcado como es contar con una adecuada defensa técnica.

En razón de ello, la resolución del tribunal de alzada debiese contener tanto la mención del abandono del recurso como la de abandono de la defensa, oficiando a la Defensoría Penal Pública con la finalidad de que ésta proceda a designar a un abogado defensor para sostener el recurso impetrado en una nueva fecha y vista de la causa.

Evidentemente, este camino argumentativo debiese explicitarse a través de la incorporación de un nuevo inciso tercero al artículo 358 CPP cuyo tenor prescriba que *“En caso que el recurso fuese promovido a favor del imputado y el defensor recurrente no asistiere a la vista de la causa, se dispondrá, además de la sanción descrita precedentemente, el abandono de la defensa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de este Código, debiendo el Tribunal fijar una nueva fecha para la vista del recurso”*.

Como puede advertirse, esta segunda salida es audaz por cuanto, a pesar de mantener incólume la sanción de abandono del recurso, prevé la posibilidad de renovar su ejercicio por el hecho de haberse dispuesto, conjuntamente, el abandono de la defensa. Es esta última declaración, la que bajo un fórmula de *ultima ratio*, permitiría la

supervivencia del derecho al recurso, confiriendo al imputado la posibilidad de sostener su recurso judicial en una nueva oportunidad.

No obstante lo anterior, debemos precisar que este postulado adquiere real vigor tratándose de sentencias definitivas condenatorias, ya que en el caso de un auto o bien una interlocutoria que perjudique al imputado, como podría ser aquella que disponga o bien mantenga la prisión preventiva, o bien no dé lugar al sobreseimiento definitivo, siempre será viable instar por nuevas oportunidades de revisión, no así respecto de la sentencia definitiva condenatoria, la que cuenta con una posibilidad de revisión.

Por esto es que creemos del todo justo otorgar al enjuiciado el derecho de retrotraer el escenario procedimental a la etapa de ofrecerle un nuevo momento para sustentar su recurso, más aún cuando la primitiva facultad de obtener la revisión del asunto precluyó a consecuencia de un acto negligente de su defensor, respecto del cual el inculpado carece de mayor control.

Así las cosas, si bien la declaración de abandono del recurso emerge como la antesala a la firmeza de la decisión condenatoria, no es menos cierto que la justicia ha sido un valor recogido por el legislador procesal en distintas instituciones, abriéndose paso incluso frente a valores tan consolidados como la seguridad jurídica inherente de la cosa juzgada, razón por la que no vemos inconveniente alguno en la implementación de esta solución.

Igualmente se podrá decir que la hipótesis propuesta se convierte en una clara excepción a la regla preclusiva que enseña que las facultades procesales se extinguen por su no ejercicio en la oportunidad o plazo previsto en la ley. Con todo, creemos que la magnitud y trascendencia de la garantía en estudio, podría justificar el levantamiento de una nueva excepción a esta variable de preclusión, tal como ocurre, a vía ejemplar, respecto de la adhesión a la apelación en la órbita civil y penal donde el legislador estimó justo otorgar una nueva oportunidad para impugnar al litigante inactivo que instó por la conformidad de las partes con el fallo a pesar de no haberse ejercitado la facultad de impugnar oportunamente.

Bajo esta variable, el abandono de la defensa debe ser comprendido como un mecanismo tutelar reactivo ante a la declaración de abandono del recurso y si bien se aleja de la tónica preventiva a la que adscribe mayormente el Código Procesal Penal, lo realmente relevante estriba en que igualmente cumple la función de amparar al imputado en el ejercicio de su garantía a recurrir.

2. PROPUESTAS DE *LEGE LATA*. –

2.1 Interpretación *pro homine* en relación con el inc. 2 del art. 358 CPP –

Como cuestión preliminar, es menester enfatizar que el derrotero diseñado para sortear la aludida disyuntiva normativa tiene como premisas básicas no solo la flexibilización de las corrientes interpretativas exegéticas, sino que, paralelamente, el

fortalecimiento las corrientes jurídicas proclives a dar preeminencia al respeto y promoción de las garantías judiciales mínimas (entre ellas el derecho a recurrir que asiste al imputado) por sobre la sujeción a meras barreras formales, desprovistas de mayor gravitación en el contexto de un racional y justo procedimiento. Demás está decir que la idea trazada no es novedosa en el ámbito jurisprudencial toda vez que nuestros tribunales superiores de justicia, ya desde hace un tiempo, han mostrado su aquiescencia en torno a conceder primacía a los aspectos sustanciales por sobre los formales, máxime cuando la preferencia por esta última sede implicaría una erosión a garantías fundamentales aseguradas en la Carta Fundamental, o bien, de aquellas que provienen de Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes en el territorio de la República. Así, la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2018, sostuvo *“Quinto: Que las circunstancias antes anotadas, tal como lo advirtió la autoridad educacional, pueden inducir a dudas en relación a la naturaleza jurídica de la impugnación entablada por el establecimiento. Sin embargo, para despejar la interrogante debe tenerse presente el elemento sistemático de hermenéutica legal pro recurso, a la luz del cual, ante la incerteza, es necesario privilegiar aquella que permita una revisión adecuada de la decisión y, así, un análisis de la totalidad de los argumentos expuestos por la recurrente.*

En efecto, tal como ha señalado esta Corte con anterioridad, no resulta atendible que “en consideración a fundamentos meramente formales y a interpretaciones

excesivamente rigurosas, se pongan en entredicho garantías de la entidad de la que ocupa este análisis, esto es, el derecho al recurso, en el marco de un debido proceso⁶⁹.

(Lo subrayado es nuestro).

En similares términos, por sentencia de fecha 03 de diciembre de 2019, se consignó *“Quinto: Que en una materia como la tratada se hace necesario advertir que el derecho al recurso emana directamente del concepto de debido proceso y en su manifestación más particular como derecho de acceso a la justicia, pues aquel no se agota en el mero otorgamiento de un sistema de revisión, sino también en la comprensión que las reglas de inadmisión no sean contrarias a su contenido esencial, debiendo darse a estas un sentido favorable a la efectividad del derecho, evitándose su pérdida por exigencias formales innecesarias. Tal entendimiento normativo busca dar un contenido amplio a la noción de justo y racional procedimiento contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, lo que determina, como se ha dicho, que “...los jueces y tribunales deben interpretar las normas que regulan la tramitación de los recursos en el sentido más favorable que permita el acceso a las partes a una segunda instancia, evitando introducir o hacer interpretaciones restrictivas de las disposiciones legales que impidan el acceso a los medios de defensa legal, dejándolos con ello en la indefensión.” (Revista Chilena de Derecho Privado, N° 29, pp. 363-370 [diciembre 2017]*

⁶⁹ Excm. Corte Suprema Rol N° 83.347-2016, considerando octavo En idéntica directriz, Excm. Corte Suprema Roles N°44.640-2017; 33.261-2019, 2.638-2020.

Derecho Procesal Civil Maite Aguirrezabal Grünstein Profesora investigadora Universidad de los Andes.)”⁷⁰.

Pero no solo la jurisprudencia se muestra propensa a establecer esta línea interpretativa, sino que, además, la doctrina también la comparte. En este sentido, el profesor Romero Seguel, al abordar los límites al ejercicio de la acción, explica que *“se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio ‘pro actione’ en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse in limine litis las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos”⁷¹.*

Bajo un similar enfoque, el profesor Del Río Ferreti, sostiene que *“si bien la instauración de presupuestos formales es una cuestión propia de configuración legal y, bajo esa lógica, no existiría –en principio- vulneración al acceso al derecho al recurso, tal idea solo se sostendría si las medidas están insertas dentro de un plano funcional que se justifique en el contexto procesal en que se aplican y no importe una limitación esencial que se reduzca a su mínima expresión el acceso al recurso o que infrinja*

⁷⁰ Excma. Corte Suprema, Rol N° 19.079-2019

⁷¹ ROMERO, Alejandro. *“Curso de Derecho Procesal Civil”*. Tomo I. Editorial Thomson Reuters. Pag 69.

*principios esenciales del proceso o que introduzca formalismos enervantes dispuestos para la exclusión de la oportunidad recursiva o su gravosa o compleja utilización*⁷².

A su turno, en la dogmática española los profesores Guasp y Aragoneses se cuestionan la necesidad de exigir con rigor el cumplimiento de requisitos formales o si, por el contrario, el órgano jurisdiccional debe examinar con flexibilidad el cumplimiento de los mismos. De esta forma, los autores hacen el parangón entre la seguridad jurídica, propia de la regularidad del proceso, en contraposición a la facilitación de la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, inclinándose por el derrotero orientado a hacer más dócil la interpretación de las exigencias formales, sin que ello implique desatender el principio de proporcionalidad en la infracción cometida⁷³.

Como puede apreciarse, ambas fuentes del derecho convergen en aquella directriz interpretativa que pregona la promoción y protección de los derechos fundamentales -en la especie el derecho al recurso como componente del debido proceso- por sobre el apego acérrimo a las formas que traen como consecuencia entorpecer el ejercicio de los mismos. Este antecedente en caso alguno resulta baladí; por el contrario, es de la máxima importancia para los fines examinados en este acápite.

Sobre este punto, es recomendable traer a colación sucintamente las lúcidas explicaciones entregadas por el profesor Nash Rojas al abordar la interpretación *pro*

⁷² DEL RIO, Carlos. "Estudio sobre derecho al recurso en el proceso penal". En estudios constitucionales Año.10. N°1, 2012. Pag.259.

⁷³ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. Op. Cit.

homine. Al respecto, el destacado jurista sostiene que la citada regla se manifiesta a través de dos variantes, saber: 1) extensiva de los derechos y 2) restrictiva de los límites. La primera categoría puede llegar a expresarse de tres formas. En primer lugar, se debe tener presente que el principio “pro persona” debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su aplicación para el caso concreto y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. En segundo lugar, no debe soslayarse aquel evento en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debiese preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Finalmente, y en tercer lugar, cuando la norma es contraria a la disposición contenida en un tratado y no es posible su interpretación conforme a este último, el principio “pro persona” indica que la norma interna podría ser inaplicada para el asunto concreto.

Acto seguido, el profesor Nash explica la variante restrictiva de los límites, señalando que las suspensiones y restricciones de derechos deben interpretarse de forma taxativa. Precisa además que, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable para el destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de derechos. Culmina indicando que el principio

no solo aplica a los derechos sustantivos de los tratados de derechos humanos, sino también en relación con las normas procesales⁷⁴.

Demás está decir que concordamos plenamente con cada uno de los postulados esgrimidos precedentemente y, por lo mismo, bajo ese enfoque, pensamos que la fórmula idónea para poner término al aludido conflicto de normas se traduce en intervenir el inciso segundo del artículo 358 CPP, dejando incólume el inciso tercero del artículo 354 CPP ya que, precisamente, esta última se erige como una disposición tutelar a la garantía judicial del derecho a recurrir por parte del imputado, tal como lo proclaman los Tratados Internacionales de Derechos Humanos analizados en el capítulo primero de este trabajo. En otros términos, si existe en este divorcio normativo un precepto limitativo al ejercicio de este derecho mínimo, es precisamente la regla consignada en el inciso segundo del artículo 358 CPP, motivo por el que sobre éste debe desarrollarse un criterio integrador pro persona con un claro acento en resguardar la indemnidad de la garantía del encartado a recurrir del fallo que le resulta adverso.

Así las cosas, adentrándonos en la disposición cuestionada, es menester puntualizar que, a primera vista, parecería estar revestida de un contenido imperativo al emplear en su redacción la voz “dará lugar”. Sin embargo, a nuestro entender, esta concepción (mandato obligatorio) conduciría inequívocamente a considerar como

⁷⁴ NASH, Claudio. Op. Cit. Pag.44.

única y excluyente vía sancionatoria el abandono del recurso para el supuesto de hecho descrito en la norma. Además, quedaría incluido en el ámbito de la mentada sanción todo evento de incomparecencia a sostener la impugnación, indistintamente de quien sea el recurrente, lesionando con ello sustancialmente la garantía del imputado al recurso.

Desde luego que se trata de un razonamiento hermético que dificulta introducir un criterio interpretativo expansivo en beneficio de la citada garantía, de modo tal que surge la necesidad de indagar una fórmula eficaz para generar -en la norma en estudio- un espacio de pervivencia del derecho al recurso del imputado.

Por lo mismo, la solución que proponemos busca asimilar que el inciso segundo del artículo 358 CPP no contempla para el juez una salida única y excluyente frente a la no comparecencia del recurrente a la vista del recurso. A pesar de ser efectivo que la norma regla expresamente el abandono del recurso como respuesta a la no comparecencia del impugnante y que el uso de la expresión “dará lugar” le imprime al precepto un sello imperativo, pensamos que en caso alguno excluiría la aplicación de la regla de cautela de garantías prevista en el artículo 10 del CPP cuyo contenido axiológico se extiende a lo largo de todo su texto, erigiéndose no solo como una técnica tutelar plenamente vigente para cada etapa del procedimiento penal, sino que también como un imperativo para el tribunal de turno.

Así las cosas, como la cautela de garantías tiene como propósito resguardar que el imputado esté en posición de ejercitar adecuadamente los derechos que el ordenamiento jurídico le proporciona, cobraría plena utilidad su aplicación en el supuesto de hecho reglado en el inciso segundo del artículo 358 CPP bajo la variable de declarar abandonada la defensa.

Acorde con lo anterior, la sanción establecida en la disposición recién citada debiese ser interpretada como una pauta de orientación aplicable a todos los intervinientes que establece el CPP, a excepción del inculpado que actúa representado por su abogado defensor por cuanto, para esta última situación, la declaración de abandono de la defensa debiese asomar como la respuesta natural de parte de la judicatura en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 10 CPP.

Así, el empleo de una regla hermenéutica proclive a la primacía del respeto al ejercicio de los derechos fundamentales, abre camino al tribunal para determinar la consecuencia jurídica más justa, coherente y proporcional al supuesto de hecho previsto en la norma discutida, teniendo como eje diferenciador para la consecución de esa finalidad al titular del medio impugnatorio.

Igualmente es menester advertir que esta variante interpretativa, en caso alguno transgrede el espíritu de la disposición objetada. Sobre este punto, resulta preciso retrotraerse a la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal, para los efectos de evidenciar que durante el primer y segundo trámite

constitucional venía incorporado a su texto el artículo 395, emplazado dentro de las disposiciones generales de los recursos y que se titulaba *“improcedencia del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil”*. Este artículo rezaba que *“las apelaciones y los recursos de casación se verán ante los tribunales que deban conocer de ellos, sin esperar la comparecencia de las partes. En consecuencia, no tendrá aplicación en los recursos de apelación y casación en materia penal, lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil”*. En términos simples, diremos que este precepto pretendía precisamente dar vigor a la mínima expectativa de todo recurrente, esto es, garantizar la efectiva revisión de los recursos de apelación y casación (nulidad) por el superior jerárquico, lo que se obtenía mediante la supresión de la sanción procesal de deserción del recurso frente a la incomparecencia en segunda instancia del recurrente.

Como se aprecia, desde un inicio se pretendió instaurar una norma evidentemente protectora a la facultad de recurrir y que durante buena parte de la tramitación de la ley sorteó exitosamente los filtros procedimentales. Sin embargo, ya en las fases finales de su tramitación, se decidió eliminar este artículo y en su reemplazo incorporar nuevos preceptos, entre ellos el 358 inciso segundo CPP en su actual redacción.

Con todo, los argumentos elevados en dicha oportunidad para justificar la exclusión del artículo 395 y a la vez la incorporación del 358 inciso segundo CPP, se centraron en aspectos distintos a poner en tela de juicio el reconocimiento de la

facultad de recurrir. Es así como se arguyó sobre la base de la necesidad de dar reglas especiales para la tramitación de los recursos, por razones de coherencia con los principios que inspiran el proceso penal. También causó inquietud la incidencia que las reglas sobre suspensión de la vista de la causa podrían tener en el despacho regular de las causas criminales⁷⁵.

En ese sentido, si bien pueden llegar a ser atendibles las consideraciones vertidas con antelación -en torno a marcar diferencias con la tramitación general establecida en el Código de Procedimiento Civil- es necesario remarcar que la sustitución normativa nunca estuvo direccionada en privar al imputado del derecho al recurso, razón por la que no se observa de qué forma una interpretación “*pro homine*” aplicada al aludido precepto pueda alterar aquellas directrices.

A mayor abundamiento, en función de los argumentos esgrimidos en la discusión legislativa, causa extrañeza la inserción del inciso segundo del artículo 358 CPP, dado que, como dijo, el propósito estuvo orientado en especializar la sede recursiva penal a través de la inclusión de disposiciones distintivas en comparación a las reglas generales, pero siempre bajo el entendido que aquellas no importarían la privación del derecho a recurrir. Así, la discusión decantó finalmente en tópicos como la instauración de un sistema de revisión restrictivo, la imposibilidad o limitaciones exacerbadas a la aportación de prueba en alzada, reducción de las variables que

⁷⁵ Historia del establecimiento del Código Procesal Penal en www.bcn.cl.

habilitan la suspensión de la vista de la causa o quizás la mención a la regla *per saltum* como excepción al principio jerárquico, entre otros rubros.

No obstante, insistiremos en que nunca se propició la introducción de una cláusula enfocada en impedir la revisión de la sentencia condenatoria por el *ad quem*. Por lo demás, representarse tal posibilidad asomaría, cuando menos, paradójico en relación a las bases que sostienen al Código Procesal Penal, cuyas banderas axiomáticas se construyeron a partir del respeto a los derechos fundamentales inherentes a la persona, como queda consignado en el título inicial de su Libro Primero, (artículo 7) al disponer que *“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”*.

A raíz de lo expresado anteriormente, pensamos que, en el afán de marcar diferencias con la tramitación recursiva general, se incluyó el inciso segundo del artículo 358 CPP sin mayor visión prospectiva de sus consecuencias, quedando incorporada, en definitiva, una norma cuya letra no solo permite lesionar la garantía a recurrir que asiste al encartado, sino que adicionalmente entra en conflicto directo con el inciso final del artículo 354 CPP.

En suma, estimamos que una interpretación *pro homine* del inciso segundo del artículo 358 CPP, encaminada a asegurar al imputado el piso mínimo esperable, esto es la efectiva revisión de la resolución impugnada, no contraviene los propósitos tenidos en cuenta en la tramitación del Código Procesal Penal.

Zanjado lo anterior y retomando la idea central de este apartado, estimamos que la citada contienda normativa se dispararía en el evento de consolidar un criterio integrador a la norma descrita, exhibiendo una evidente intención protectora de la garantía examinada, permitiendo con ello transformar el paradigma interpretativo arraigado en la *praxis* jurisprudencial. En efecto, al tomar fuerza la directriz inclusiva que pregona que el inciso segundo del artículo 358 CPP está revestido de un componente sancionatorio múltiple (dentro del cual se encuentra el abandono del recurso), lisa y llanamente habría que determinar la una sanción adecuada y proporcional para el caso que el recurrente inasistente haya sido el defensor.

De esta manera, la interpretación *pro persona*, no solo mantendría plenamente operativa en sus efectos la actual redacción del inciso segundo del artículo 358 CPP, sino que además experimentaría un notorio crecimiento a nivel sistémico por cuanto conciliaría tanto con los principios generales que inspiran al CPP, como con el artículo 354 inciso final.

Ahora bien, en lo que atañe a la antinomia generada con la última norma citada, corresponde mencionar que ésta se reduce únicamente a la variable explicitada

recientemente, esto es, al desistimiento tácito del recurso promovido a favor del imputado, por la incomparecencia del defensor a la vista de la causa, siendo este supuesto el que, a nuestro juicio, obligaría a indagar una sanción alternativa.

Se debe hacer presente que la implementación de esta fórmula en caso alguno hace perder eficacia al precepto cuestionado, toda vez que su campo operativo se mantendrá intacto para aquellos casos en que el Ministerio Público, querellante, víctima e incluso el propio acusado (cuando éste asuma su propia defensa al tenor de lo establecido en el inciso final del artículo 102 CPP)⁷⁶. Como se aprecia, se trata de un amplio espectro de situaciones que seguirán siendo cubiertas por la letra del inciso segundo del artículo 358 CPP, quedando excluida únicamente la imposición de la sanción que éste prevé y para el solo evento de incomparecencia del defensor recurrente a la vista de la causa desprovisto de poder especial para desistirse.

En base a lo señalado, luego de justificar la conveniencia de instaurar un alcance inclusivo a la mentada disposición, es menester escudriñar un adecuado sustituto al abandono del recurso, para el evento crítico puesto de relieve. Es así como asoma con la máxima pertinencia, el abandono de la defensa, como una herramienta funcionalmente coherente, justa y proporcional para hacer frente al supuesto de desistimiento tácito del recurso fuera de regla como también frente a cualquier

⁷⁶ A nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2d)) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.3 d)), reconocen el derecho del imputado a asumir su defensa personal como también a ser asistido por un defensor de su elección.

conducta u omisión del defensor que se traduzca en una situación de indefensión del imputado para ejercer su derecho a recurrir.

2.2. Abandono de la defensa como herramienta de protección al derecho a recurrir del imputado-

Antes de analizar el instituto en cuestión, es aconsejable recordar que el Estado de Chile al ser suscriptor tanto de la “Convención”, del “Pacto” y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, no solo asumió la obligación de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones a nivel interno, sino que además de promover el ejercicio libre y pleno de los derechos y garantías que se contemplan en aquellos instrumentos internacionales. Bajo ese enfoque, clarificadoras son las explicaciones entregadas por el profesor Nogueira Alcalá quien, precisando el alcance de la expresión “promover”, señala que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas la directrices legales, administrativas y jurisdiccionales encaminadas al aseguramiento y respeto de los derechos fundamentales, lo que también importaría prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de de los mismos⁷⁷.

Lo primero que se debe expresar es que el abandono de la defensa cumple una función dualista (cautelar y sancionatoria). Por un lado, constituye un mecanismo de

⁷⁷ NOGUEIRA, Humberto. Op Cit Pag 356.

protección de las garantías fundamentales que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales, o el CPP, asignan a la persona del imputado frente a un acto negligente o doloso, ejecutado por su abogado defensor y que lo posiciona en un estado de indefensión. En términos normativos, la declaración de abandono de la defensa reivindica el valor que ostentan los principios básicos de los artículos 7, 8 y 10 del CPP, así como de otras disposiciones (por ejemplo art. 93). Bajo ese enfoque, el abandono de la defensa puede ser observado desde un prisma esencialmente cautelar, en tanto emerge como un mecanismo protector de las garantías y derechos del imputado ante su potencial afectación o restricción en su ejercicio, por un acto u omisión incurrida por su abogado defensor.

En ese escenario, la dimensión tutelar del instituto en estudio permite extraer ciertas conclusiones útiles de explicitar. Así, acorde con su importancia, la declaración de abandono de la defensa supone un ejercicio de control oficioso constante de parte de la judicatura a las actuaciones o actitudes desplegadas por el defensor dentro del proceso penal. Se trata de un deber permanente de fiscalización y adopción de medidas correctivas de parte de todos los tribunales que intervienen en el proceso penal, con el propósito de asegurar el ejercicio de los derechos y garantías que asisten al encausado.

Por otro lado, la aplicación del rol cautelar del abandono de la defensa está orientado más bien desde una óptica preventiva, esto es, evitando la generación del

perjuicio y, en menor medida desde una vereda reactiva, esto es, con posterioridad a la consumación del agravio. Este punto resulta gravitante a la hora de comprender el funcionamiento del abandono de la defensa dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. Así, el artículo 103 CPP fija el estándar que se viene pregonando, al consignar que *“La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286”* (El subrayado es nuestro). Por su parte el inciso segundo del artículo 286 CPP consagra la sanción de abandono de la defensa obligando al tribunal a la designación de un defensor penal público en los términos previstos en el artículo 106 CPP. De este modo, observamos que la ley se anticipa al potencial perjuicio que puede experimentar el inculpado, estableciendo como remedio para evitar su concreción el abandono de la defensa.

No obstante, la funcionalidad del abandono de la defensa no culmina con su labor tutelar, sino que también se extiende al ámbito sancionatorio siendo su destinatario el “defensor”. Bajo esta mirada, la sanción de abandono de la defensa busca asignar responsabilidad en quien, mediante negligencia en el desempeño de sus funciones, posiciona a su representado (imputado) en un palmario estado de indefensión en el ejercicio de sus derechos esenciales, entre ellos el derecho a impugnar la resolución desfavorable.

En ese contexto, lo primero que debiésemos dirimir dice relación con validar la posibilidad de que una Corte de Apelaciones, o bien la Corte Suprema, pueda efectuar la declaración de abandono de la defensa, ya que, como se verá, el CPP no contiene una vía directa y explícita a tal alternativa. Esto es así dado que no existe en el CPP una regulación orgánica de la sanción *sub lite*, por lo que su arquitectura se obtiene a partir de la interpretación sistémica de diversos preceptos dispersos en el código. A pesar de la diseminación normativa, creemos de suyo relevante traer a colación ciertos preceptos que coadyuvarán a situar esta sanción en el ámbito competencial de un tribunal de alzada y con ello hacer frente al artículo 103 bis del CPP, cuyo tenor podría llevar a pensar –erradamente- que aplica exclusivamente a los tribunales de base. Esto es así en atención a que el citado precepto describe la situación de abandono del defensor respecto de audiencias ventiladas ante un Juzgado de Garantía o bien ante un Tribunal Oral en lo Penal, a saber: audiencia de preparación de juicio oral, audiencia de procedimiento abreviado o audiencia de juicio oral, con lo cual, dejaría al margen de esta protección a los tribunales superiores de justicia. Con todo, creemos que este efecto no se ajustaría al espíritu del Código Procesal Penal, así como tampoco a claras disposiciones de este que permiten ampliar el campo de aplicación de la medida, haciéndola operativa en toda la secuencia procedimental.

Por de pronto, no debemos olvidar que el artículo 7 del CPP garantiza al imputado el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y otros cuerpos

normativos (entre ellos tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile), desde la primera actuación en el procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Entonces, el amparo que concede el legislador al imputado atraviesa todos los momentos jurisdiccionales, factor que conduciría a concluir que el ejercicio de los derechos fundamentales del encartado no se encuentra supeditado a ninguna etapa procesal en particular, sino que, por el contrario, recorre todo el procedimiento en sus diversas fases y ante todos los órganos jurisdiccionales que pueden intervenir, culminando la tutela con la completa ejecución de la sentencia. Así las cosas, observamos que el legislador optó por una definición bastante clara al abordar este principio general y que se traduce en evitar el desamparo del inculpado en el ejercicio de sus derechos básicos desde el inicio del proceso y hasta el término de la ejecución de la sentencia. Por lo mismo, quedaría incorporada en el ámbito de esta norma toda la tramitación ventilada en sede de Corte de Apelaciones, o bien ante la Excma. Corte Suprema, por la interposición de un recurso por parte del imputado. De esta forma, si el imputado se ve privado de ver materializados derechos tan relevantes como la facultad de recurrir (a causa de la incomparecencia de su defensor a la vista de la causa) cobraría plena atinencia el principio básico dispuesto en el artículo 7 CPP y, por lo mismo, el tribunal de alzada debería estar en condiciones de activar una fórmula jurídicamente coherente destinada a salvaguardar el efectivo ejercicio del citado derecho. Es en ese escenario, en que aflora con protagonismo el artículo 106 CPP,

titulado “renuncia o abandono de la defensa” (el destacado es nuestro) cuyo inciso cuarto, ratifica explícitamente la idea que se venía desarrollando, en tanto favorece la apertura de esta sanción, más allá de las hipótesis consignadas en el referido artículo 103 bis. Esto por cuanto, en el primero de los textos nombrados se consigna *“en el caso de renuncia del defensor o en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procurare antes un defensor de su confianza” (el énfasis es nuestro).* Del contenido del precepto extractado se vislumbra, en primer término, la concreción del reconocimiento explícito hecho por el legislador a la potestad de un tribunal de alzada para disponer la sanción de abandono de la defensa. Esto es así, en atención a que se emplea el vocablo “tribunal” en su concepción más amplia, es decir, incluyendo a las altas magistraturas del Poder Judicial. En efecto, el respaldo normativo de este razonamiento descansa en lo prescrito en el inciso segundo (parte final) del artículo 69 CPP, cuyo tenor reza que *“De igual manera se entenderá la alusión al tribunal, que puede corresponder al juez de garantía, al tribunal de juicio oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema”.*

En armonía con todo lo dicho previamente y bajo otro prisma argumentativo, no debiésemos olvidar que las normas de tramitación que regula el Título Primero del Libro Tercero del CPP son bastante escuetas y, por lo mismo, el propio legislador debió incorporar el artículo 361, que reenvía, en lo no regulado por el citado título, a las

reglas del juicio oral y no, como podría llegar a pensarse, al catálogo general contemplado en el Código de Procedimiento Civil. En ese contexto, si por un momento asumiésemos que el inciso segundo no reguló debidamente la sanción aplicable para el caso crítico que postulamos en esta tesis, generándose un vacío en ese tópico, debiésemos recurrir al marco normativo previsto para el juicio oral, cobrando capital relevancia el artículo 286 inciso segundo CPP. Este precepto no solo se sitúa en el marco de los principios que rigen el juicio oral, sino que además establece como un presupuesto de validez del juicio, la presencia del defensor del imputado. Pero tal vez lo más destacable de la norma es su inciso segundo, el que reza que *“La no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 106”*. En tal sentido, si extrapolamos la redacción de esta norma a la hipótesis que genera controversia (habilitados por el artículo 361 CPP), el tribunal de alzada dispondría de una valiosa herramienta para llenar el vacío legal (en plena sintonía con los lineamientos jurídicos impartidos en el orden internacional), con lo que no solo quedaría erradicada la antinomia denunciada, sino que además subsistiría el derecho a recurrir del imputado, radicando los efectos sancionatorios en quien incurrió en la conducta negligente.

En el escenario descrito, la conexión de este razonamiento con lo preceptuado en los artículos 7, 69 y 106 inciso cuarto, todos CPP, conducen naturalmente a

reconocer competencia a la judicatura superior para declarar el abandono de la defensa, una vez constatada su causal genérica de procedencia: “*cualquier situación de abandono de hecho de la defensa*”. El más palmario ejemplo de este motivo -en la tramitación seguida a nivel de cortes- es la situación prevista en el inciso segundo del artículo 358 CPP, en la hipótesis que aborda esta tesis, esto es, cuando el recurso haya sido promovido por el encartado asistido por su defensor de confianza. En efecto, la situación de abandono de hecho de la defensa se grafica nítidamente en la incomparecencia del abogado defensor a la audiencia de revisión del recurso impetrado a favor del encausado (cuestión que, como se dijo en el capítulo anterior, importa un desistimiento tácito, no consentido, del medio de impugnación). Esto es así, toda vez que la inasistencia del letrado no solo denota la idea de “grave negligencia en el desempeño de sus funciones”⁷⁸ sino que además posiciona a su representado en el peor escenario posible, es decir, la confirmación de los efectos de una resolución judicial adversa sin siquiera haber sido examinado el asunto por un tribunal superior. Esta situación, que de por sí es de suyo perjudicial para el acusado, se agrava aún más si se tiene presente que el recurso sorteó exitosamente todos los filtros de

⁷⁸ Si bien este estándar es fijado por el Legislador Procesal Penal en el artículo 50 CPP a propósito de la habilitación excepcional para condenar en costas, entre otros, al interviniente defensor, creemos que es perfectamente aplicable a la variante fáctica reglada en el artículo 358 inciso segundo CPP, dado que, en el fondo, la incomparecencia injustificada de éste a la vista del recurso promovido a favor de su representado califica como “negligencia en el desempeño de sus funciones” y a la vez es “grave” por cuanto mediante esa decisión priva a su defendido de ejercitar una garantía judicial mínima destinada a revertir el agravio causado mediante la resolución judicial objetada.

admisibilidad⁷⁹ y que, en vísperas de su revisión, a causa de una conducta que resulta enteramente ajena a sus posibilidades de actuación, se ve despojado de ejercitar este derecho básico en la estructura de su garantía constitucional al debido proceso.

Como corolario de todo lo expresado, esto es, si internalizamos la dimensión jurídica que ostenta el derecho a recurrir para el imputado y a la vez la conectamos con la historia fidedigna del establecimiento del artículo 358 inciso segundo CPP, en consonancia con los principios básicos reglados en el título inicial del Libro Primero del citado texto y las disposiciones relevantes que recogen la sanción de abandono de la defensa, arribamos a la firme convicción de que nunca estuvo en la mira del legislador procesal penal el privar al imputado de su derecho al recurso, menos aún por actos que le son completamente inoponibles.

A raíz de lo dicho, insistiremos respecto de la conveniencia de otorgar una interpretación pro persona al inciso segundo del artículo 358 CPP, en cuya virtud seguirá siendo una opción válida el abandono del recurso pero para todas aquellas variables que no digan relación con la incomparecencia del defensor del inculgado recurrente a la audiencia de la vista del arbitrio de que se trata, ya que, en tal caso debiese prosperar la medida de abandono de la defensa, permitiendo la subsistencia del medio de impugnación deducido.

⁷⁹ Esta idea en palabras del profesor Maier implica una variante del ejercicio negativo de la facultad de recurrir cuyos efectos omisivos alcanzaría cuando se genera el desistimiento luego de haber superado la etapa destinada a admisibilidad. MAIER, Julio. Ob Cit. p 302.

Pensamos que, en la práctica, la directriz postulada en este acápite debería materializarse a través de la declaración de abandono de la defensa (previa constatación del supuesto de hecho que lo avalaría) y, acto seguido, proceder oficiosamente a designar un defensor penal público con el objeto de que asuma, en propiedad, la representación del encausado y, por cierto, sostenga el recurso impetrado en beneficio de éste⁸⁰.

La solución planteada en este apartado ha sido recibida en la legislación comparada. Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española en su artículo 894 dispone que *“Admitido el recurso y señalado día para la vista por el Secretario judicial, se verificará ésta en audiencia pública, con asistencia del Ministerio fiscal y de los defensores de las partes.*

La incomparecencia injustificada de estos últimos no será, sin embargo, motivo de suspensión de la vista si la sala así lo estima.

La sala podrá imponer a los letrados que no concurran las correcciones disciplinarias que estime necesarias, atendida la gravedad e importancia del asunto. En todo caso, la sala acordará que el Secretario judicial comunique dicha inasistencia al Colegio de Abogados correspondiente a efectos de la responsabilidad disciplinaria a la que, en su caso, hubiere lugar”. (El subrayado es nuestro). Como puede advertirse, la

⁸⁰ Muy probablemente la audiencia deberá suspenderse por un breve espacio temporal con el propósito que el defensor designado se imponga de la causa y principalmente del recurso deducido. Para estos efectos, la causal prevista en el inciso tercero del artículo 357 CPP tendría la misma *ratio iuris* que la hipótesis barajada en este artículo, puesto que la muerte del abogado recurrente se traduce en su ausencia a la vista de la causa y, por ende, provoca indefensión en la persona del imputado.

legislación española consagró la situación de inasistencia del abogado defensor a la vista del recurso, haciendo prevalecer la regla de pervivencia del medio de impugnación en desmedro de la opción de privar de ese derecho al recurrente, exhibiendo con ello una clara opción legislativa orientada a privilegiar la revisión del fallo objetado por un tribunal superior. Paralelamente, el precepto hace aplicables al letrado que incurrió en la omisión las medidas disciplinarias aplicables al caso, cuestión que denota un criterio justo de asignación de responsabilidad.

De un modo más explícito y en plena afinidad con lo que se viene pregonando, el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, en su artículo 349, titulado “debate” prescribe que *“La audiencia se celebrará con los intervinientes que comparezcan. La palabra será concedida primero al abogado del recurrente. Si existieren varios recursos se conservará el orden del art. 318. Podrán hablar los abogados de quienes no interpusieron el recurso. No se admitirán réplicas. Quienes intervengan en la discusión podrán dejar en poder del tribunal breves notas escritas sobre su informe.*

El imputado será representado por su defensor, pero podrá asistir a la audiencia y, en ese caso, se le concederá la palabra en último término. Cuando el recurso fuere interpuesto por él o por su defensor, y éste no compareciese, el tribunal procederá a su reemplazo”. (El destacado es nuestro). En nuestro concepto la norma transcrita, no solo replica una correcta asignación de responsabilidad en la persona del abogado defensor, sino que además mantiene indemne el derecho a recurrir del imputado,

circunstancia que sintoniza plenamente con el contenido axiológico y normativo internacional en materia de protección de los derechos humanos.

A mayor abundamiento, la fórmula dispuesta en el artículo 349 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica permite explorar una salida elusiva alternativa a la declaración de abandono del recurso, mediante la declaración preliminar del abandono de la defensa fundada en una infracción al derecho de defensa que dispone el encartado.

Cabe precisar que, si bien la solución planteada al inicio del este apartado discurre en torno a la vulneración del derecho al recurso del encartado y la analizada en este momento se centra más bien en su derecho de defensa, lo cierto es que, en uno u otro caso, hablamos de garantías judiciales mínimas, cuya importancia es equivalente y, por ende, merecen ser promovidas y tuteladas en toda la extensión del proceso, de conformidad con lo consignado en el artículo 7 del CPP.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, la particularidad de esta variable alternativa, radica en que los efectos derivados de la protección a la garantía del derecho de defensa trascienden a ésta, por cuanto ingresa al campo del derecho al recurso del imputado, generándole una oportuna salvaguarda en cuanto a su ejercicio. En otras palabras, la declaración *in limine* de abandono de la defensa (una vez constatada la incomparecencia del defensor a la vista de la causa) provocaría un efecto protector expansivo, dado que no solo resguarda directamente el derecho de defensa

del inculpado, sino que indirectamente deja a salvo su garantía a recurrir, de modo tal que esta salida engarza perfectamente con el eje central de asegurar la pervivencia del derecho al recurso del acusado.

Ahora bien, la práctica judicial encontramos algunas decisiones que refuerzan la directriz que se viene exponiendo. En efecto, la Itma. Corte de San Miguel, en distintos años y respecto de resoluciones apeladas por el Ministerio Público o acusador particular, vinculadas a la negativa a conceder prisión preventiva decretada, o bien a su revocación, ha adoptado un criterio protector al derecho de defensa del encausado, mediante la declaración de abandono de la misma, sobre la base de que la presencia del abogado defensor del imputado –aunque recurrido– se erige como un presupuesto esencial para la eficacia de la mentada garantía judicial⁸¹. En ese sentido, si bien las distintas resoluciones judiciales que disponen el abandono de la defensa no profundizan mayormente en su imposición ni en los derechos conculcados, podemos desprender que se decretó esta sanción precisamente por el hecho de verse mermada la garantía mínima judicial del derecho de defensa. En función de lo anterior, creemos que la inasistencia del abogado defensor a la vista del recurso implica la imposibilidad

⁸¹ A modo ejemplar, Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, roles N° 3381-2019, 2061-2019, 3319-2018, 443-2017. Otra manifestación de esta corriente interpretativa, se observa en la resolución de fecha 16 de Enero de 2020, por la que la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt decretó el abandono de la defensa respecto del abogado defensor (recurrido) quien, si bien se presentó a la vista del recurso, no desplegó una adecuada defensa técnica por encontrarse con sus capacidades mentales disminuidas por causas que le son imputables. Cabe destacar que la solución implementada por la referida Corte consistió en declarar el abandono de la defensa, ordenando la designación de un defensor penal público para los efectos de no provocar la indefensión de la imputada, retardando la vista de la causa. Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa Rol (Penal) 25-2020.

de que la Corte de Apelaciones se imponga de la argumentación de descargo al arbitrio impetrado, antecedente que repercute directamente en la garantía del derecho a defensa.

De este modo, observamos que la Corte adopta un criterio preventivo (no reactivo) frente a una inminente consumación de la vulneración de la citada garantía, adoptando como remedio la imposición de la sanción descrita y, consecuentemente, la inmediata comunicación a la Defensoría Penal Pública, para los efectos de proceder a la designación de un defensor que asuma la representación judicial del encartado.

A raíz de lo anteriormente expuesto, cobraría pleno vigor el conocido adagio que pregona que quien puede lo más, puede lo menos. Esto, en atención a que, si se considera que el Tribunal dispuso la sanción de abandono de la defensa intentando resguardar el derecho del imputado a ser oído respecto de los argumentos dirigidos a desestimar el recurso impetrado por su contendor, cuanto más debiese aplicar la misma regla en caso de que el imputado desee ser oído por tener la calidad de recurrente.

En esa línea, un claro ejemplo del razonamiento que se explicita, queda plasmado en la resolución dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 03 de noviembre de 2020, en la que el aludido tribunal dispuso la sanción de

abandono de la defensa, debido a la incomparecencia del defensor recurrente de nulidad a la vista del recurso⁸².

En síntesis, creemos que existen poderosas razones para justificar la procedencia de la sanción de abandono de la defensa en la hipótesis en que el defensor del imputado recurrente no asista a la vista de la causa, sin necesidad de introducir modificaciones al inciso segundo del artículo 358 CPP, sino que por la vía de adscribir a una corriente interpretativa protectora de las garantías mínimas del perseguido criminalmente. Con esto se logra una comprensión y más amplia inteligencia del inciso segundo del artículo 358 CPP, posibilitando arribar a más de una salida jurídica y sin afectación a la garantía judicial del recurso a favor del encausado.

Todo lo anterior es sin perjuicio de considerar la posibilidad de emplear preventivamente el instituto del abandono de la defensa, una vez constatada la incomparecencia del defensor a la vista del recurso, por traducirse -esa inasistencia- en una verdadera lesión al derecho de defensa y, con ello, resguardar –indirectamente- el derecho al recurso del encartado.

⁸² Iltma. Corte de Valparaíso, causal Rol (Penal) N°1769-2020, y, en el mismo sentido, causa Rol (Penal) N°1324-2019.

CONCLUSIONES

El respeto a los parámetros mínimos sobre los que se edifica la garantía fundamental del debido proceso emerge como una exigencia ineludible de acatar de parte de cualquier estado democrático de derechos.

En ese orden de ideas, si bien nuestra Carta Magna no precisó mayormente qué elementos configuran un justo y racional procedimiento, no es menos cierto que la garantía se ha ido nutriendo progresivamente de contenido a través del aporte incansable de la judicatura y doctrina nacional, detectando reiteradamente en estas fuentes del derecho un explícito reconocimiento al derecho a recurrir como integrante de la cláusula prevista en el artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, en lo relativo al proceso penal.

Sin embargo, a partir de la suscripción y vigencia interna de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales de relevancia, se explicitaron normativamente aquellos pilares que sostienen un debido proceso, destacando el derecho al recurso que asiste al imputado en sede penal, siendo categorizada como una garantía judicial mínima.

Más allá de que el derecho a recurrir pueda ser identificado con igual fuerza en otros escenarios jurisdiccionales, es completamente pacífico que en la órbita penal constituye una verdadera garantía judicial cada vez que lo asociamos al encausado.

Desde esa perspectiva, asumiendo la jerarquía que ostenta la aludida garantía, es deber del estado chileno adecuar eficazmente su normativa interna de forma de hacerla compatible sistémicamente con las directrices trazadas a nivel internacional.

En ese contexto, creemos que, en términos generales, el Código Procesal Penal dio cumplimiento a los requerimientos externos, observando, en lo que se refiere al derecho de impugnar que asiste al imputado, distintas disposiciones claramente direccionadas a proteger su ejercicio. Así, resaltamos, de entre ellas, el artículo 354 inciso final, por cuanto explicita una clara opción del legislador en orden a diferenciar la situación recursiva del encartado con el resto de los intervinientes y que se traduce en brindar a aquél mayor protección frente al advenimiento de formas anómalas de poner término al medio de impugnación.

Así las cosas, el mentado precepto impone al defensor del acusado contar con autorización expresa de éste para los efectos de renunciar o desistirse del recurso promovido en su beneficio, de modo tal que, si en el caso concreto, el letrado ejecuta, fuera regla, alguno de los actos abdicativos descritos precedentemente, en caso alguno debiese producir efectos adversos en el inculpado, quien mantendrá indemne su garantía a instar por la reforma del fallo perjudicial.

A su vez, creemos haber demostrado que el desistimiento del recurso puede adoptar una modalidad expresa como también tácita, traducándose esta última en cualquier acto u omisión que desvele una clara incompatibilidad con la intención de persistir con el arbitrio incoado.

Del mismo modo, señalamos que el desistimiento tácito del medio de impugnación ha sido reconocido con esa denominación en diversos cuerpos normativos internacionales y en otros se lo suele confundir con la deserción del recurso. Igualmente, gran parte de la doctrina más calificada a nivel nacional e internacional admiten la procedencia de la referida variable abdicativa tácita en el espectro recursivo.

En Chile, el Código de Procedimiento Civil recogía la hipótesis de desistimiento tácito del recurso mediante la instauración de la forma conclusiva anómala de la deserción del recurso, la que fue suprimida por la entrada en vigencia de la Ley de Tramitación Electrónica, dando de paso una clara señal respecto de la trascendencia que reviste la garantía de recurrir. Así, en la actualidad, la sede civil asegura a las partes -amén de los razonables filtros de admisibilidad- la efectiva revisión del arbitrio incoado, a pesar de no comparecer en alzada a sostenerlo.

Paradójicamente, en la esfera penal no se vislumbra el piso tutelar al derecho a recurrir que confiere el sistema de enjuiciamiento civil, sino que, en su lugar, se consagra la sanción de abandono del recurso, a primera vista novedosa, pero que trae

como consecuencia la extinción del recurso derivado de la falta de comparecencia del recurrente a la vista de la causa.

No obstante, en nuestro concepto el abandono del recurso no asomaría verdaderamente como algo peculiar para nuestro sistema procesal, dado que, como se pudo advertir en este trabajo, la sanción *sub lite* vino a ocupar jurídicamente el lugar de la deserción del recurso, sanción que, como sabemos, tiene estrecha vinculación con el desistimiento tácito del medio impugnatorio.

En ese sentido, si bien el legislador es soberano para establecer filtros de admisibilidad en relación a la impugnación, también tuvimos la oportunidad de traer a colación las posturas esgrimidas por las máximas magistraturas así como por la doctrina más autorizada, quienes abogan por la adopción de un criterio de proporcionalidad en la aplicación de las barreras formales en aras de no hacer ilusorio el ejercicio de la garantía judicial radicada en el sujeto pasivo de la acción penal.

Con todo, la redacción del inciso segundo del artículo 358 CPP y la interpretación excesivamente literal que ha encontrado de parte de nuestros tribunales superiores de justicia, ha abierto un sensible espacio de ineficacia de la garantía en comento a causa de la declaración de abandono del recurso, toda vez que, *a priori*, asombraría como una norma imperativa que obligaría al juez a aplicar a todo evento la sanción por ella consignada, en caso de constatar la ocurrencia de su supuesto de

hecho, provocando con ello una seria afectación a la garantía judicial mínima del derecho al recurso del imputado.

A la luz de lo dicho anteriormente, nuestro sistema de derechos no detentaría lo que en palabras del profesor Bidart Campos califica como un “cierre” adecuado, entendiendo por esta denominación, cuando el estado incorpora el derecho internacional de los derechos humanos a su derecho interno en un espacio suficiente que le otorga completitud e integridad al mismo sistema⁸³.

A su vez, creemos que a partir del predicamento judicial mayoritario cuya estructura se sostiene en desconocer la concurrencia de un desistimiento tácito del recurso en la conducta del defensor de no comparecer a sostener el recurso, se genera una colisión normativa entre el inciso segundo del artículo 358 con el inciso final del artículo 354, ambos CPP. Esto por cuanto, a nuestro parecer, el supuesto de hecho que regula el primer precepto debiese ser categorizado como un desistimiento tácito y por lo mismo obligaría previamente al juzgador a verificar si el defensor detentaba poder expreso para desistirse y, acto seguido determinar la pertinencia o no de aplicar la sanción de abandono del recurso.

⁸³ BIDART, Germán. “*La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción interna*” Se hace presente que este artículo fue obtenido de la página de internet <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/113/4.pdf>. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Pag. 100.

De esta forma, la introducción de una variable interpretativa *pro homine* al inciso segundo del artículo 358 CPP permitiría concebirlo como un precepto que no solo habilita la declaración de abandono del recurso en múltiples hipótesis, sino que también abre la puerta a la declaración de abandono de la defensa en aquél evento en que el defensor, actuando fuera de regla, incurra en una conducta que provoque indefensión en el ejercicio del derecho a recurrir de su representado.

Así, en el caso de darse la variable de desistimiento tácito que prevé el inciso segundo del artículo 358 CPP de parte del defensor recurrente, sostenemos que la medida más justa, coherente y protectora de la garantía en análisis corresponde a la declaración de abandono de la defensa, dejando la sanción de abandono del recurso como medida aplicable al resto de los intervinientes que no comparecen a sostener el arbitrio promovido.

Postulamos que la fórmula sugerida no solo revitaliza la garantía judicial mínima del imputado de recurrir respecto de la resolución adversa - satisfaciendo los requerimientos internacionales que el Estado de Chile se obligó a implementar en su ordenamiento interno- sino que también eliminaría la antinomia suscitada con el inciso final del artículo 354 CPP, fortaleciendo la coherencia sistémica del aludido texto legal.

Igualmente, esta vía permitirá efectuar una correcta asignación de responsabilidad respecto de quien efectivamente incurrió en la infracción, sin que se

radiquen los efectos de la inasistencia del defensor a la vista de la causa, en la persona del encartado.

Lo anteriormente expuesto es sin perjuicio de considerar la aplicación preventiva e inmediata del abandono de la defensa (sin entrar a discurrir en la verificación de una variable de desistimiento del recurso fuera de ley), sino que tan solo por el hecho de considerar que la incomparecencia del abogado defensor a la vista del recurso es motivo suficiente para estimar concurrente una hipótesis de indefensión para el encausado al no poder ejercer adecuadamente su garantía del derecho de defensa. Bajo ese escenario, la declaración de abandono de la defensa como remedio de protección al derecho de defensa cumple un fin tutelar indirecto respecto de la garantía a recurrir del imputado, evitando que la Corte pueda entrar a aplicar la sanción de abandono del recurso por haberse verificado previamente una circunstancia fáctica que ameritaba ser sancionada preferentemente, dejando incólume el derecho a recurrir del inculcado.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, H. (1961). "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. Segunda Edición.

ANABALÓN SANDERSON, C. (2016). "Tratado práctico de Derecho Procesal Civil". Editorial El Jurista.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VELEZ, Diego. (2016) "*Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*". Ed. Thomson Reuters La Ley".

CARNELUTTI, F. (1960). "*Instituciones del Proceso Civil*". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

CHIOVENDA, G. (2001). "Principios de Derecho Procesal Civil". Tercera edición. Instituto Editorial Reus, Madrid.

CEA EGAÑA, J. (2012) "*Derecho Constitucional Chileno*". Tomo II. Segunda Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile.

COUTURE, E. (2010). "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Editorial Thomson Reuters Puntolex.

GIMENO SENDRA, V. (2010) "*Manual de Derecho Procesal Penal*" Segunda Edición. Colex.

GOZAÍNÍ, O. (2004). *“Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso”*. Rubinzal – Culzoni Editores.

GUASP, J. y ARAGONESES, P. (2005). *“Derecho Procesal Civil”*. Séptima Edición. Thomson Civitas.

LÓPEZ MASLE, J. y HORVITZ LENNON, M. I. (2005). *“Derecho Procesal Penal Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile.

MAIER, J. (2015) *“Derecho Procesal Penal”* Tomo III. Parte General. Actos procesales. Editorial Ad Hoc.

MOSQUERA RUIZ, M. y MATURANA MIQUEL, C. (2010). *“Los recursos procesales”*. Editorial Jurídica de Chile.

FENOLL NIEVA, J. (2017). *“Derecho Procesal II. Proceso Civil”*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ RAGONE, A. (2015). *“Manual de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación”*. Ediciones Thomson Reuters La Ley. Universidad Católica de Valparaíso.

PEREIRA ANABALÓN, H. (1984). *“Derecho Procesal del Trabajo”*. Editorial Jurídica Conosur.

ORTELLS RAMOS, M. (2019) *“Derecho Procesal Civil”*. 18 Edición. Thomson Arazandi.

ROMERO SEGUÉL, A. (2017) *“Curso de Derecho Procesal Civil”*. Tercera edición. Editorial Thomson Reuters.

ROMERO SEGUEL A. (2021). *“Curso de Derecho Procesal Civil. Los medios de impugnación”*.

Tomo V. Editorial Thomson Reuters.

ROXIN, C. (2000). *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto, Buenos Aires.

SENTIS MELENDO, S. (1957). *“El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal Argentina”*.

Ediciones Jurídicas Europa-America.

TAVOLARI OLIVEROS, R (1994) *“Tribunales, jurisdicción y proceso”* Primera Edición. Editorial

Jurídica de Chile.

TAVOLARI OLIVEROS, R. (2000). *“El proceso en acción”*. Editorial Libromar Ltda.

Estudios, ensayos, informes en derecho y otros.

BIDART CAMPOS, Germán. (1998) *“La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción interna”*. Artículo obtenido de la página

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/113/4.pdf>. Instituto de Investigaciones

Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

CARBONELL BELOLLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020): *“Debido proceso y*

garantías jurisdiccionales” en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.): *Curso de*

derechos fundamentales. Santiago, Tirant Lo Blanch.

CONTRERAS VASQUEZ, Pablo y GARCIA PINO, Gonzalo (2013): *“El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”*. Artículo obtenido de la página https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007. Estudios Constitucionales Vol.11, n°2. Santiago.

HORVITZ LENNON, M. I. (2008) *“Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”*. En Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

MAIER, J. (1997). *“El recurso contra la sentencia de condena. ¿Una garantía procesal?”*. Memorias del Segundo Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Camaguey . Unión Nacional de Juristas. Editorial SI-MAR.

NASH ROJAS, C. (2015). *“Derechos Humanos y Juicio Penal en Chile”*- En estudios y capacitación. Centro de documentación Defensoría Penal Pública.

NÚÑEZ OJEDA, R. y BRAVO HURTADO, P. (2017). *“Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: una primera aproximación”*. En *“Recurso Procesales. Problemas actuales”*. Ediciones DER

PALOMO VÉLEZ, D. y LORCA POBLETE, N. (2017). *“Sistemas recursivos en los modelos reformados de la justicia Chilena ¿un avance o un retroceso?”*. En *“Recursos Procesales. Problemas actuales”*. Ediciones DER.

PALOMO VÉLEZ, D. y VALENZUELA VILLALOBOS, W. (2011). *“Declaraciones de inadmisibilidad del recurso de nulidad laboral como restricción indebida al derecho al recurso: jurisprudencia*

correctiva de la Excma. Corte Suprema". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,
(Año 18 - N° 2).

ZIFFER, P. (2005). *"El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío"*. En estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005

Páginas virtuales.

<https://www.bcn.cl>

<https://www.corteidh.or.cr/>.

<https://cejamericas.org/>.

<https://www.boe.es>.

<https://www.unicef.es/>.

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art07.pdf>.

<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16300>.

Textos legales.

a) Nacionales.

- CHILE, Ministerio de Justicia, 1980, [Constitución Política de la República de Chile](#).

- CHILE, Ministerio de Justicia, 2000, [Código Procesal Penal](#).

- CHILE, Ministerio de Justicia 1906, [Código de Procedimiento Penal](#).

- CHILE, Ministerio de Justicia, 1902, [Código de Procedimiento Civil](#).

b) Internacionales.

- OEA, 1969, [Convención Americana de Derechos Humanos](#).

- ONU, 1966, [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#).

- ONU, 1989, [Convención Internacional de los Derechos del Niño](#).

- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS, 1989, [Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica](#).

- Distintos Códigos Procesales Penales de países de América Latina.

- ESPAÑA, 1882, [Ley de enjuiciamiento penal española](#).