



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 387 INCISO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

Autor: CATALINA LUISA ROJAS SOTO

Profesor guía: Álvaro Aliaga Grez

Santiago, Chile, 2018

AGRADECIMIENTOS

Al final de este largo camino, no queda sino dar las gracias a mi familia, por su constante apoyo a lo largo de esta carrera y en especial en la creación de la presente memoria, agradecer por sobre todas las cosas a mi madre y padre, Gabriela y Luis por su amor y apoyo incondicional.

Una mención especial merece mi pareja Felipe San Martín, por su infinito respaldo desde comienzo de esta memoria, en particular por las sucesivas revisiones, consejos y aliento en la elaboración de este trabajo y por supuesto, por su amor incondicional.

Por último, no me queda si no agradecer a mi profesor guía de la presente tesis, Álvaro Aliaga, por sus consejos, ayudas, revisiones y en especial por la buena disposición que me brinda desde el inicio de este proyecto.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la constitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, con el fin de demostrar que la norma en cuestión, analizada en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, genera serios motivos para formularle un reproche de inconstitucional. Para esto se analizará tanto el antiguo sistema procesal penal como el actual, centrándose principalmente en su aspecto recursivo, para luego revisar en concreto el recurso de nulidad, la historia de la creación de dicho recurso, sus principales características, y finalmente comparar ambos sistemas recursivos, con especial mención a la eliminación del Recurso de Casación del proyecto presentado por el poder ejecutivo, para su aprobación como nuevo Código Procesal Penal y luego la creación del nuevo recurso de nulidad.

Enseguida, se hablará del derecho al recurso, tanto su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno, como en los tratados internacionales ratificados por Chile vigentes, y en la misma línea se expondrán y analizarán algunos fallos pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el tercer capítulo se revisará con detenimiento el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, tanto la historia fidedigna de su establecimiento, su directa relación con el recurso de nulidad, y las primeras críticas que esbozó en su contra la doctrina nacional. En el mismo capítulo se expondrá sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por su relación con el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, y en directa relación con ello se expondrán y analizarán sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional al respecto.

Para finalizar se examinará la constitucionalidad del artículo 387 inciso segundo, a la luz de los principios rectores de nuestro sistema procesal penal actual, y lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO I: SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DE UN SISTEMA INQUISITIVO A UN SISTEMA ACUSATORIO.....	10
1. La evolución del sistema procesal penal chileno.....	10
2.Regímenes Recursivos: Inquisitorio y Acusatorio, sus principios y características.....	13
2.1 Esquematización.....	13
2.1.1 Sistema Inquisitivo.....	13
2.1.2 Régimen Acusatorio.....	15
2.1.2.1 Aspectos Generales.....	15
2.1.2.2 Características.....	16
2.1.2.2.1 Disminución de la intensidad del régimen de recursos.....	16
2.1.2.2.2 Desaparición de la doble instancia como método de control de la sentencia definitiva.....	17
2.1.2.2.3 Exigencia de Doble Conformidad.....	20
2.1.2.2.4 Carácter bilateral de la facultad de recurrir e impugnabilidad de las sentencias absolutorias.....	21
2.1.2.2.5 Prohibición de la reforma in peius.....	22
2.1.3 Los recursos en particular.....	22
2.1.3.1 Comentario General.....	22
2.1.3.2 Recurso de reposición y apelación.....	22
2.1.3.3 Recurso de Nulidad.....	24
3. Comparación y problemas del régimen recursivo inquisitorio y acusatorio.....	28

CAPITULO II: DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO PENAL CHILENO.....	31
1. Bases Normativas del derecho al Recurso.....	31
2. Contenido del Derecho al Recurso.....	33
2.1 El acceso al Recurso.....	33
2.1.1 La cuestión del régimen de presupuestos y requisitos del recurso y del respectivo control-aplicación judicial.....	34
2.1.2 Primer problema de recurribilidad objetiva.....	35
2.1.3 Segundo problema de recurribilidad objetiva.....	37
2.1.4 Problemas de recurribilidad subjetiva.....	38
2.2 Tipo o naturaleza del examen recursivo: revisio prioris instantiae.....	40
2.3 La calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional.....	43
2.3.1 El problema de la calidad del conocimiento - decisión del juzgador ad quem.....	43
2.3.2 El problema de un procedimiento que no asegura vías de alegación y conocimiento adecuadas.....	44
3. Exposición y análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el alcance del derecho al recurso y su influencia en legislación nacional y sentencias de nuestros tribunales.....	46
3.1 Consideraciones Generales.....	46
3.2Caso Mohamed v/s Argentina.....	46
3.2.1 Antecedentes del caso.....	46
3.2.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	48

3.3 Caso Norin Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v/s Chile.....	49
3.3.1 Antecedentes del Caso.....	49
3.3.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	53
3.4 Caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica.....	55
3.4.1 Antecedentes de Caso.....	55
3.4.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	57
3.5 Análisis de los casos.....	59
CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 387 INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	61
1. Comentarios Generales.....	61
2. Breve reseña histórica del recurso de nulidad.....	61
3. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad y sentencias del Tribunal Constitucional.....	63
3.1 Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.....	64
3.1.1 Presupuestos procesales del recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.....	65
3.1.2 Presupuestos de Admisibilidad.....	66
3.1.3 Suspensión del Procedimiento.....	69
3.2 Tres sentencias relevantes de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal.....	70
3.2.1 Caso Tocornal.....	71
3.2.1.1 Antecedentes del caso.....	71
3.2.1.2 Análisis del Tribunal Constitucional.....	71
3.2.2 Caso Aaron Vásquez.....	74

3.2.2.1 Antecedentes del caso.....	74
3.2.2.2 Análisis del Tribunal Constitucional.....	75
3.2.3 Caso Michael Castro Bastías.....	81
3.2.3.1 Antecedentes del caso.....	81
3.2.3.2 Análisis del Tribunal Constitucional.....	82
3.2.4 Comentario de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional.....	84
CAPITULO IV:¿ES CONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 387 INCISO 2° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?.....	95
1. Comentarios Generales.....	95
2. El acceso al recurso: El problema del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.....	95
3. Consecuencias de falta de acceso del recurso de nulidad y su relación directa con el debido proceso.....	97
4. La inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.....	100
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	106

INTRODUCCIÓN

El artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, nace a propósito de la reforma al sistema procesal penal, esta norma impide a los intervinientes en el proceso penal recurrir contra la sentencia dictada en un nuevo juicio iniciado como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad, excepto que la nueva sentencia sea condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá en esta hipótesis, el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales. Esta norma supone entonces, una limitación al derecho de los intervinientes de recurrir de nulidad contra las sentencias definitivas dictada en el nuevo juicio ¿Es esta limitación constitucional acaso?

Desde el año 2005, los autores nacionales como María Horvitz y Julián Lopez ¹ han sido bastante elocuentes en cuestionar la constitucionalidad del artículo 387 inciso segundo, se ha objetado su origen, esta norma se discutió a propósito del recurso que se denominaba extraordinario, el cual fue eliminado, sin embargo la limitación al derecho a recurrir se mantuvo y se concretó en el Código Procesal Penal.

Se ha cuestionado que riñe directamente con el derecho al recurso que, pese a no estar reconocido directamente en nuestro ordenamiento jurídico, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo señala como parte integrante del debido proceso, este último reconocido por la Constitución Política de la Republica en el 19 N°3 inciso 6°, por tanto, se concibe como garantía a los intervinientes en cualquier proceso jurisdiccional, pero específicamente en este caso, en el proceso penal.

Esta norma presente en nuestro ordenamiento jurídico puede ser dejada sin efecto, para el caso particular, por medio del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siendo el Tribunal Constitucional encargado de su revisión. Empero este último tribunal, ha sido contrario a declarar el acogimiento de dicho requerimiento, siendo más bien una opción con una probabilidad de resultado desfavorable.

¹ HORVITZ, María y LÓPEZ MASLE, Julián. 2008. *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

El presente trabajo pretende responder la interrogante respecto de la constitucionalidad de la norma, para esto se esquematizará y analizará los orígenes del artículo 387 inciso segundo, para esto se expondrá las características y bases del anterior sistema procesal penal, con énfasis en su modelo recursivo, lo mismo se hará con el actual sistema procesal penal, sosteniendo como hipótesis la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Adicionalmente se enmarcará la norma en cuestión dentro del llamado derecho al recurso, se pretende encontrar sus bases tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se finalizará este trabajo exponiendo las principales conclusiones obtenidas con la investigación realizada.

I. CAPITULO I: SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DE UN SISTEMA INQUISITIVO A UN SISTEMA ACUSATORIO

1. La evolución del sistema Procesal Penal Chileno

El Sistema Inquisitorio nace en Europa en la tardía Edad Media, concretamente en la regulación eclesiástica de lo que ha sido denominado la Inquisición. Este sistema se estructuraba en torno a la figura de los inquisidores, oficiales de la Iglesia Católica, los cuales debían investigar los delitos y cumplir el rol de tribunal; este modelo, además, introduce reglas racionales de evidencia, el llamado “sistema de prueba legal o tasada”. Junto con lo anterior, el procedimiento era escrito y altamente verticalizado, en cuanto permitía un control jerárquico intenso de las decisiones adoptadas en los niveles inferiores por parte de las autoridades superiores de la jerarquía eclesiástica². Dicho sistema fue instaurado en nuestro país en la época colonial, el cual sentó las bases del procedimiento penal inquisitivo que se aplicó en Chile, tanto en lo que respecta al organismo persecutor, como al sistema de prueba legal o tasada y lo que nos llama a colación, el sistema recursivo.

La independencia y el surgimiento de la nueva república a principios del siglo XIX no se tradujeron en la derogación de la legislación colonial, la cual siguió rigiendo en lo fundamental hasta la dictación del Código de Procedimiento Penal en 1906. Este último, a pesar de constituir un cuerpo legislativo completamente nuevo, mantuvo también las estructuras básicas del sistema inquisitivo.

El procedimiento penal chileno instaurado en Chile desde 1906, era eminentemente inquisitivo y se estructuraba sobre la base de una organización judicial de carácter jerárquico. Los tribunales superiores de justicia, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema poseían extensas facultades para revisar lo obrado por los juzgados del crimen; tanto por la amplitud con la que podía ser aplicada la apelación³, como por el trámite de consulta, que permitía la revisión de oficio de ciertas resoluciones judiciales aun en el caso en que las partes no hubieren interpuesto

² DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. 2009. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 38p.

³ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. 2009. *Proceso Penal*. Santiago, Jurídica de Chile, 38p.

recursos contra ellas⁴. En síntesis, existía un control exhaustivo que tenía su justificación en la convicción de que los tribunales superiores de justicia tienen más aptitudes para decidir sobre un asunto controvertido de carácter judicial.

El principal objetivo de este sistema era el establecimiento de la verdad procesal (material). Para esto, el sistema se estructuraba en dos etapas; la etapa sumaria y la etapa plenaria.

La etapa sumaria se caracterizaba por ser escrita, secreta y de instrucción que está a cargo del juez del crimen. El juez del crimen se encargaba de reunir los suficientes antecedentes para determinar la existencia de un delito y la participación del sospechoso; luego, este mismo órgano que investigó, se encargaba de acusar al inculcado, momento en el cual se pasaba a la etapa de plenario.

La etapa plenaria se caracterizaba por su protocolización, su publicidad y ser la fase de contradicción. En esta etapa del proceso se producía la discusión, la prueba y el fallo del conflicto penal, considerando al acusado como objeto de la persecución penal, lo cual llevaba como consecuencia que este solo tuviera acceso a un derecho de defensa de forma restringida y limitada.

Este sistema experimentó una transformación radical con la entrada en vigor en forma gradual del nuevo Código Procesal Penal el año 2000, lo que significó un cambio de paradigma en la forma en que se “instruía” la justicia en nuestro país, pasando de un sistema eminentemente inquisitorio, a un sistema preponderantemente acusatorio. Su principal objetivo fue la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático, de ahí los principios que inspiran este procedimiento y la forma en que se lleva a cabo el juzgamiento penal.

Este sistema se caracteriza por separar claramente las funciones de investigar, acusar y juzgar y por introducir nuevos actores al proceso penal.

El proceso penal ordinario se divide en tres grandes etapas: de investigación (Título I del Libro II), de preparación del juicio oral (Título II del Libro II) y de juicio

⁴ HORVITZ, María y LÓPEZ MASLE, Julián. 2008. *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

oral (Título III del Libro II). A ellas se añade el sistema recursivo de este nuevo proceso penal y la etapa de ejecución de las sentencias condenatorias.

La etapa de investigación se caracteriza por el examen preliminar, por parte del Ministerio Público y la Policía de los hechos denunciados que revisten, presuntamente, carácter de delito. Sin embargo, la ley procesal prevé numerosos supuestos en que se produce la terminación del procedimiento en esta etapa, ya sea por insuficiencia de antecedentes para investigar (archivo provisional, decisión de no perseverar en el procedimiento), por aplicación del principio de oportunidad en sentido estricto o amplio (suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios) o por la concurrencia de alguna causal de sobreseimiento temporal o definitivo de la causa. Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio y las actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional, el juez de garantía, quien debe aprobar previamente cualquier diligencia o medida que afecte o pueda afectar derechos constitucionales del imputado o de terceros.

La fase intermedia o de preparación del juicio oral, implica la formación de la acusación en contra del imputado. La función principal de esta etapa es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes.

La fase del juicio oral es la etapa del procedimiento ordinario que se desarrolla en forma oral, pública continua y concentrada ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal competente, que funciona en sala integrado por tres jueces letrados e imparciales, quienes deciden sobre la acusación formulada en base a las pruebas rendidas durante el juicio y a las alegaciones de las partes; esta prueba es valorada con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tal como lo señala el artículo 297 del Código Procesal Penal. Por último, los jueces deben emitir su decisión de absolución o condena al término de la audiencia, debiendo fundamentar razonadamente su sentencia con *“las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el*

*fallo*⁵, circunstancia que permite el control del razonamiento y el nexo entre convicción y las pruebas. Las partes en esta fase (el Ministerio Público, el acusador particular y el actor civil si los hubiere) presentaran su caso y el acusado formulara su defensa.

2. Regímenes Recursivos: Inquisitorio y Acusatorio, sus principios y características

2.1 Esquematización

En el siguiente apartado se analizarán las características del régimen recursivo de ambos modelos, aunque se tratara de manera más exhaustiva el sistema acusatorio chileno, por ser el modelo que se aplica en la actualidad y por ser el modelo en que está incluido el recurso de nulidad, cuyo estudio resulta central para la verificación o refutación de la hipótesis de la presente memoria.

2.1.1 Sistema Inquisitivo

En esta etapa se evidencian las características jerárquicas del sistema inquisitivo y los llamados controles verticales, pues los tribunales superiores disponen de una amplia posibilidad de revisar todo lo obrado por los inferiores, por medio de distintos recursos, principalmente el recurso de apelación y el recurso de casación.

Los recursos disponibles en el procedimiento penal antiguo son el recurso de reposición, el de apelación, el recurso de hecho y el recurso de casación en la forma y en el fondo.

El recurso de reposición es aquel que tiene por objeto impugnar una resolución, a fin de obtener que sea reformada o substituida por el mismo juez

⁵ Artículo 413 del Código Procesal Penal: *Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.*

que la dictó retrotrayendo la causa al estado anterior a su dictación⁶. Se interpone en contra de sentencias interlocutorias, autos y decretos frente al tribunal que las pronuncie, el plazo para su interposición es de tres días y debe ser fundada.

El recurso de apelación es aquel recurso ordinario que la ley concede al litigante que se siente agraviado por una resolución judicial, para recurrir al tribunal superior inmediato, a fin de que la revoque o modifique, dictando al efecto la que considere más justa, con pleno conocimiento de la cuestión controvertida⁷.

La regla general es que sean apelables todas las resoluciones, cualquiera sea su naturaleza jurídica y que causen un gravamen irreparable. Además, expresamente procede este recurso en contra de las sentencias definitivas de primera instancia en causa criminal en forma directa y las sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan termino al juicio o hagan imposible su continuación.

El recurso de hecho es aquél cuyo objetivo es que el tribunal superior enmiende en conformidad a derecho los agravios que causa el inferior al pronunciarse sobre un recurso de apelación. Este recurso procede en los siguientes casos: a) Cuando el tribunal inferior deniega un recurso de apelación que ha debido concederse; b) Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación que es improcedente; c) Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación sólo en el efecto devolutivo, debiendo haberlo concedido en ambos efectos y d) Cuando el tribunal inferior concede un recurso de apelación en ambos efectos, debiendo haberlo concedido sólo en el efecto devolutivo, tal como lo señala el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal.

El recurso de casación en la forma es un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con omisión de sus requisitos

⁶ NUÑEZ, Cristóbal. 2009. *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 309p.

⁷ CASARINO, Mario. 2009. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 133p.

legales formales o dentro de procedimientos viciosos⁸. Este recurso se caracteriza por tener casi las mismas particularidades, tramitación y requisitos que en materia civil. Así, este recurso procede en primera, única o segunda instancia en contra de sentencias definitivas, sentencias interlocutorias cuando ponen termino al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente en contra de las demás sentencias interlocutorias siempre que se hubieren dictado en segunda instancia y se hubieren dictado sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.

El recurso de casación en el fondo es un recurso extraordinario que el legislador concede a la parte agraviada, en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación o invalidación, cuando han sido dictadas con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de ellas⁹, para proceder a dictar separadamente sentencia de remplazo. Al igual que el recurso de casación en la forma, tiene los mismos requisitos que en materia civil, con algunas diferencias¹⁰. Respecto al tipo de resoluciones a las cuales corresponde su aplicación, procede en contra de sentencias definitivas e interlocutorias que pongan termino al juicio o hagan imposible su continuación y además deben ser inapelables.

2.1.2 Régimen Acusatorio

2.1.2.1 Aspectos Generales

El actual régimen recursivo chileno se caracteriza por la existencia controles horizontales, lo que se correlaciona con la incorporación de los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal, el primero siendo colegiado en su composición, pero unipersonal en su funcionamiento y el

⁸ CASARINO, Mario. 2009. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile.159p

⁹ CASARINO, Mario. 2009. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 195p.

¹⁰ El artículo 535 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal indica que no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil a los Art.3º1) recursos de casación en el fondo que se interpongan en contra de sentencias condenatorias que apliquen penas privativas de libertad.

segundo siendo un tribunal colegiado tanto en su composición como en su funcionamiento.

Estas características forman parte de un sistema mayor que se relaciona con la estructuración completa que experimentó nuestro derecho procesal; en concreto esto significó que las resoluciones por regla general son inapelables, salvo algunas excepciones relativas a resoluciones dictadas por Tribunales de Garantía, puesto que aquellas por Tribunales de Juicio Oral en lo Penal son claramente inapelables. A este respecto es menester señalar, que se justificó la ausencia del recurso de apelación, atendida la “escasa” posibilidad de errar que tendrían los tribunales de Juicio Oral en lo Penal, ya que estos por su actuar de manera colegiada, llevarían un control recíproco.

Para finalizar, se optó por crear un recurso de tipo extraordinario, que sirviera para eliminar errores en caso de que los hubiera tanto en la tramitación de la causa, como en la sentencia: es así como nace el actual recurso de nulidad.

2.1.2.2 Características

Los profesores Horvitz y López¹¹, consideran que las características del nuevo régimen de recurso son las siguientes:

2.1.2.2.1 Disminución de la intensidad del régimen de recursos

Como se mencionó con anterioridad, este nuevo sistema disminuye la intensidad del régimen de recursos; la razón de esta disminución surge de una fuerte crítica a la situación vigente en esta materia antes de la reforma procesal penal. Como expresa el propio mensaje del Proyecto de Ley que dio origen al nuevo Código Procesal Penal: "El modelo vigente funciona sobre la base de un muy intenso sistema de controles verticales. Se puede decir que todas las decisiones de

¹¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2008. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago, Editorial Jurídica de las Américas. 351-363pp.

relevancia que un juez del crimen adopta son objeto de revisión, incluso sin reclamación de parte, por sus superiores jerárquicos. Este sistema, que se explica históricamente por la necesidad de controlar a un juez único de primera instancia, con exceso de atribuciones, ha contribuido con fuerza a la irracionalidad administrativa del sistema, a la desvalorización de las decisiones del juez individual y a las ya mencionadas burocratización y pérdida de individualidad de la función judicial y su proyección pública".¹² La primera manifestación de la disminución de la intensidad revisora es la desaparición del mecanismo de revisión, de parte de los tribunales superiores, por vía de consulta tramite ordenado por la ley.

La segunda característica que evidencia la menor intensidad del nuevo sistema recursivo consiste en una clara limitación a la facultad de recurrir, teniendo más bien un carácter excepcional. El recurso de apelación disminuye su aplicación, al declararse improcedente respecto de las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el artículo 364 del Código Procesal Penal señala expresamente que **“Serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal”**. Respecto de las resoluciones dictadas por el tribunal de garantía, el recurso es procedente, pero tan sólo en los casos explícitamente señalados en la ley. Estas limitaciones, implican una atenuación de los sistemas de control vertical, que se encuentra supuestamente compensada por la mayor intensidad del denominado control horizontal.

2.1.2.2.2 Desaparición de la doble instancia como método de control de la sentencia definitiva

Pese a que esta característica es integrante del punto anterior, se le dará una mención especial en atención a su importancia para los objetivos de la presente memoria.

¹² Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional a enviar el Proyecto de Código Procesal Penal, en Código Procesal Penal, 2008, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición Oficial.

La decisión de eliminar el recurso de apelación en contra de resoluciones dictadas en el juicio oral no fue pacífica. La existencia de una larga tradición en nuestro país que asignaba al recurso de apelación contra la sentencia definitiva el carácter de una garantía para el imputado se hizo presente durante el debate legislativo, defendiendo la subsistencia del recurso de apelación en el nuevo sistema.

En efecto, la supresión del recurso de apelación como método de control de la sentencia definitiva dictada tras un juicio oral fue, en primer lugar, justificada en el Mensaje del Proyecto del Ejecutivo como una necesidad impuesta por los principios de oralidad e inmediación. Refiriéndose a la apelación y a la consulta, señaló el Mensaje que se trataban de "mecanismos de control que no resultan en general compatibles con el nuevo sistema". Y agregó: "La primera razón para ello dice relación con la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto".

La vigencia de un sistema procesal oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que rinden los intervinientes en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación.

La contradicción existente entre el recurso de apelación y los principios de inmediación y oralidad fue expuesta, luego, con gran vigor, durante la tramitación legislativa del proyecto. Conforme a los antecedentes contenidos en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, cuando en la Cámara de Diputados "se consultó qué pasaría si el proceso oral se aprobase y este recurso de apelación fuere equivalente a lo que existe actualmente", la respuesta fue tajante: "*Se contestó que no*

habría juicio oral"¹³ y se añadió *"La oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si en vez de darle el poder de decisión final al tribunal que asiste al juicio oral se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral"*¹⁴ , con lo cual *"se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado"*¹⁵.

A raíz de la eliminación del recurso de apelación, surgió un segundo debate, esta vez de orden constitucional, pues, con dicha supresión, los principios constitucionales del debido proceso y derecho a defensa podrían verse transgredidos, puesto que éstos son los valores que consideran comprometidos quienes se oponen a la supresión del recurso de apelación. Como expone el jurista italiano Luigi Ferrajoli: *"El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de la jurisdicción, doble instancia que es, al mismo tiempo, una garantía de legalidad y de responsabilidad contra la arbitrariedad. Al ser los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta de doble examen, los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio"*¹⁶.

Mas concretamente, el examen que tuvo que realizar el Congreso chileno fue si, con la eliminación del recurso de apelación, se veía transgredido el derecho al recurso, reconocidos por el artículo 8.2.h. de la

¹³ PFEFFER, Emilio.2008. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 362p.

¹⁴ PFEFFER, Emilio.2008. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 362p

¹⁵ Ídem

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi.2001. *"Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia"*. Crimen y Castigo (1): 33-50.

Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El profesor Hugo Pereira Anabalón consideraba que dicha eliminación era inconstitucional, *"en la medida que privan al imputado del derecho de recurrir de apelación contra la sentencia pronunciada en el juicio oral, por vulnerar la garantía del debido proceso de derecho y los arts. 5º y 19, Nº 3º, inciso 5º, de la Constitución Política y 8º, Nº 2, letra h) y 29 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*¹⁷. Su planteamiento, sin embargo, no encontró terreno fértil. La historia legislativa deja constancia que, replicando, los profesores Riego y Tavolari plantearon que, conforme a lo declarado por "tribunales internacionales" el derecho a recurrir no era sinónimo de "recurso de apelación", citando, según las actas, *"dos fallos del tribunal español, en el sentido de que se cumple con el derecho a revisión por la casación abierta no excesivamente formalista, que permite a las partes obtener una revisión de lo ocurrido durante el juicio oral"*¹⁸. Dicho de otra forma, la mayoría de los juristas involucrados en la discusión legislativa del nuevo Código Procesal Penal consideraron que la eliminación de recurso de apelación no implicaba una vulneración del derecho al recurso. Sin embargo, sí se dejó constancia de la necesidad de un recurso de tipo extraordinario que estuviera conforme a los tratados internacionales vigentes. Es así como se idea el recurso extraordinario, que más tarde sería conocido como recurso de nulidad.

2.1.2.2.3 Exigencia de Doble Conformidad

Esta garantía ha sido identificada como el *"derecho a obtener un nuevo juicio"*¹⁹ cuando *"mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción*

¹⁷ PEREIRA ANABALON, H., *Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal*. Gaceta Jurídica Nº 223, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, noviembre de 1999, pp. 15-21

¹⁸ PFEFFER, Emilio. 2008. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 363-364pp.

¹⁹ MAIER BJ, Julio. 1993. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2a edición. Buenos Aires, Editores del Pueblo, 720pp

*directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso*²⁰. La doble conformidad supone, entonces, que la condena debe ser capaz de subsistir el reexamen en un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión.

La exigencia de la doble conformidad puede ser reconocida como una característica del régimen de recursos chileno, porque está consagrado como vía de impugnación de la sentencia dictada en un juicio oral el recurso de nulidad, concebido como un recurso amplio, sin restricciones de acceso provenientes de un excesivo formalismo, y que permite en términos generales la invalidación del juicio oral y la sentencia cuando existe una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales referida a las formalidades del juicio o a los hechos que se hubieren dado por probados, permitiendo la revisión del respeto a los límites a la valoración de la prueba impuestos por las reglas de la sana crítica.

Esta característica es discutida por algunos autores, principalmente el autor nacional Carlos del Río Ferreti, quien considera no se ha determinado qué es específicamente el examen de doble conforme, o es una especie de control respecto de la motivación del juicio fáctico o es derechamente un control sobre la fijación de los hechos. El planteamiento de este autor será tratado en el capítulo dos, subcapítulo dos, en lo referido a la *revisio prioris intantiae*.

2.1.2.2.4 Carácter bilateral de la facultad de recurrir e impugnabilidad de las sentencias absolutorias

La cuarta característica del régimen de recursos en el Código Procesal Penal chileno es el carácter bilateral de la facultad de recurrir,

²⁰ MAIER BJ, Julio.1993. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 2a edición. Buenos Aires, Editores del Pueblo,720pp.

esto es, la posibilidad de que la parte acusadora recurra en contra de la sentencia definitiva, incluyendo el caso de sentencia absolutoria.

Tal posibilidad está contemplada, en términos generales, en el artículo 352 del Código Procesal Penal, conforme al cual "podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas".

2.1.2.2.5 Prohibición de la reforma in peius

Consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso, de modificarla en detrimento del imputado, cuando ella solo hubiera sido recurrida por él o por otra persona autorizada por él, en su favor.

Este principio está reconocido entre las disposiciones generales aplicables a todo recurso, en el art. 360 del Código Procesal Penal.

2.1.3 Los recursos en particular

2.1.3.1 Comentario General

Los recursos a través de los cuales se controla la convicción en el sistema penal acusatorio son los recursos de reposición, apelación -de manera restrictiva- y el recurso de nulidad. Este último, por su importancia para esta tesis, será tratado en un acápite aparte.

2.1.3.2 Recurso de reposición y apelación

El recurso de reposición se define como el acto jurídico procesal de impugnación que emana exclusivamente del interviniente agraviado, y tiene por objeto solicitar al mismo Tribunal que dictó la resolución que la modifique

o deje sin efecto²¹. Acorde a los artículos 352 y 362 del Código Procesal Penal, procede en contra de las sentencias interlocutorias, de los autos y de los decretos.

Cabe destacar que, debido al carácter oral y concentrado del actual proceso penal, el recurso de reposición se transforma muchas veces en el único remedio para impugnar por razones de mérito las resoluciones que se dictan durante su tramitación, si es que no ha mediado debate previo a la audiencia.

El recurso de apelación es el acto jurídico procesal del interviniente agraviado con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al tribunal que la dicto que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico, con el objeto de que este la enmiende con arreglo a derecho, en los casos expresamente previstos en la ley²².

Es importante destacar lo limitado de este recurso, en comparación con el anterior sistema procesal penal, de este modo, la apelación es improcedente en general contra las resoluciones y particularmente en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal y sólo procede excepcionalmente en contra de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, cuando pusieren termino al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de 30 días y cuando la ley lo señalare expresamente.

Esta característica dice relación con los principios que inspiran el procedimiento – oralidad, publicidad, inmediación, concentración, continuidad y sana crítica – y, por sobre todo, al carácter colegiado de los Tribunales de Juicio Oral, vale decir, los tribunales al conocer y resolver de manera conjunta, en teoría, tendrían menos posibilidad de equivocarse, por

²¹ MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. 2012. *Derecho Procesal Penal. 2ª edición*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1220p.

²² Ídem

tanto, sería “innecesario” este recurso en los tribunales de juicio oral en lo penal.

2.1.3.3 Recurso de Nulidad

El recurso de Nulidad se ha conceptualizado como “*El acto jurídico procesal de la parte agraviada, destinado a obtener la invalidación del procedimiento o solo de la sentencia definitiva pronunciada por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, o por el Juez de Garantía en un procedimiento simplificado o de acción penal privada, de parte del Tribunal superior jerárquico establecido en la ley, basado en las causales genéricas y absolutas que establece el legislador*”²³.

Su objetivo es la invalidación del juicio oral y de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o sólo la invalidación de esta en los casos expresamente previstos en la ley, y en los cuales se debe dictar sentencia de remplazo, si alguna de ellas no cumple con los requisitos de forma contemplados en la ley en cuanto a su fundamentación y decisión del asunto. El recurso en cuestión se encuentra tratado en el artículo 372 y siguientes del Código Procesal Penal²⁴.

En relación con lo anterior, al momento de instaurar este recurso en el proceso penal, el legislador tuvo las siguientes finalidades u objetivos²⁵:

1) *Asegurar el respeto de las garantías y derechos fundamentales tanto dentro del proceso como en la dictación de la sentencia del juicio oral.*

El legislador establece como un objetivo de carácter general dentro del proceso penal el respeto de los derechos y garantías aseguradas por la

²³ MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Tomo II. Santiago, Jurídica de Chile, 2012. 1220p

²⁴ Artículo 372.- Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley. Deberá interponerse, por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral.”

²⁵ MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Tomo II. Santiago, Jurídica de Chile, 2012. 1220p

Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Consistente con el punto anterior, el legislador ha previsto una causal de procedencia genérica del recurso de nulidad en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal en contra de sentencias que se hubiere pronunciado o que hubiere emanado de un juicio oral en lo penal en el cual no se hubieren respetado dichos derechos y garantías.

2) ***Velar por la correcta y uniforme aplicación de la ley en la sentencia a pronunciarse en la resolución del conflicto dentro del juicio oral.***

En segundo lugar, para velar por la correcta aplicación de la ley en la solución del conflicto en el juicio oral, se contempla como causal de procedencia del recurso de nulidad en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal la errónea aplicación del derecho, siempre que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

3) ***Sancionar expresamente con la nulidad los procesos y las sentencias que se hubieren pronunciado en el juicio oral en caso de haberse verificado algunos de los vicios expresamente contemplados al efecto por parte del legislador, en los cuales este da por concurrente la existencia del perjuicio.***

Otro punto importante por considerar es la clasificación que ha hecho la doctrina respecto de las causales procedentes en el recurso de nulidad, así la principal clasificación distingue entre causales genéricas y causales específicas.

1. **Causales Genéricas del Recurso de Nulidad:**

Las causales genéricas son aquellas en que el legislador contempla en forma general el vicio. Corresponde en este caso al recurrente precisar este y demostrar que el mismo se subsume dentro la causal genérica al interponer el recurso, lo que sólo debe ser controlado por parte del Tribunal *ad quem* al pronunciarse sobre su

admisibilidad y no por parte del Tribunal *a quo*. Esto porque el examen de admisibilidad que realiza el Tribunal *a quo* es meramente formal y se dedica a verificar si efectivamente la naturaleza de la acción lo admite y se interpuso dentro del plazo, en cambio el control de admisibilidad del Tribunal *ad quem* revisa si efectivamente el escrito contiene los fundamentos de hechos y derecho, entre otros requisitos.

El artículo 373 del Código Procesal Penal establece las causales genéricas del recurso de nulidad al establecer que “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) *Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en los dispositivo del fallo*”.

Respecto de la primera causal, lo que protege el legislador es el debido proceso en sí mismo al señalar que procede el recurso de nulidad cuando se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o los tratados internacionales, además, como se incluye los derechos o garantías asegurados por los tratados internacionales, algunos autores sugieren que excede el marco del debido proceso. En lo referente a la segunda causal genérica, pretende que, por medio de los tribunales superiores, los demás tribunales aúnen sus criterios respecto de la aplicación del derecho en sus respectivas materias.

2. **Causales específicas o motivos absolutos del recurso de nulidad:**

Las causales específicas se encuentran contemplados en el artículo 374 del Código Procesal Penal, y respecto de ellas

corresponde al recurrente solo señalar el vicio en que se incurrió en el procedimiento o en la dictación de la sentencia y mencionar la letra específica del precepto legal que concede el recurso.

Artículo 374: Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

- a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;
- b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;
- c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;
- d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;
- e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);
- f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y
- g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

3. Comparación y problemas del régimen recursivo inquisitorio y acusatorio

Se puede advertir, al observar ambos modelos recursivos, que estos están fuertemente ceñidos a los principios formativos que inspiran ambos procedimientos. El procedimiento inquisitivo chileno era escrito, de lato conocimiento en los que mayoritariamente rige la mediación, la prueba legal o tasada (aunque esto admita algún grado de discusión), y cuyas resoluciones son pronunciadas por tribunales de primera instancia, unipersonales, en asuntos de su competencia.

Se debe hacer presente, adicionalmente, que el sistema inquisitivo chileno, fuertemente influenciado por el sistema inquisitivo español, comparte la misma función en lo que respecta al sistema recursivo, esto es la visión de los recursos como medio de control funcional. Como lo señala el autor argentino Julio Maier: *“Los recursos (...) fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad”*²⁶, esto debido a que el sistema era delegado, por tanto, se necesitaba un medio de control de las decisiones de los órganos inferiores de parte de los órganos superiores. Es más, muchas veces en el caso *“de las infracciones graves no era tan siquiera necesaria la queja de alguien sobre la injusticia de la decisión, sino que, antes bien el control era obligatorio y procedía de oficio”*²⁷.

Esta característica se palpa en el anterior Código de Procedimiento Penal en la existencia de controles verticales de parte de los tribunales superiores de justicia, lo que se traduce concretamente en el recurso de apelación, como método de control más efectivo respecto del pronunciamiento de los tribunales inferiores; en contraposición con el sistema acusatorio, cuyo procedimiento es oral, regido por la publicidad, inmediación, concentración, continuidad, sana crítica y que los asuntos son resueltos por tribunales colegiados (salvo en aquellos de competencia de tribunales de garantía), lo que daría la supuesta justificación para no contar con el

²⁶ MAIER BJ, Julio.1993. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ª edición*. Buenos Aires, Editores del Pueblo,706-707pp.

²⁷ MAIER BJ, Julio.1993. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2a edición*. Buenos Aires, Editores del Pueblo,706-707pp.

recurso de apelación y para dar paso a un recurso de tipo extraordinario – el recurso de nulidad - que cumpliera con las directrices de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La principal problemática que se vislumbra es que se asume de plano que todas las características del sistema recursivo del procedimiento inquisitivo y concretamente el recurso de apelación eran intrínsecamente negativas, debido a la funcionalidad que tenían en la época, esto es, de control jerárquico y por asociación de burocracia, jerarquía, prueba legal o tasada, etc., todo lo contrario, a un estado moderno. Empero, si se hubiera repensado la funcionalidad del recurso de apelación, ya no como método de control si no como una garantía procesal a los intervinientes en el proceso penal y principalmente del imputado, quizás no se hubiera optado por su eliminación en el actual sistema procesal penal- en su mayoría-, pudiéndose haberle dotado de un nuevo contenido acorde a los principios del sistema acusatorio.

Por otro lado, el asumir de plano que un sistema procesal en los que prevalezcan principios como la oralidad, los tribunales colegiados, la publicidad (entre otros) sería *per se* un “sistema inequívoco”, pareciera exaltar en demasía las características del actual sistema. Es efectivo que el sistema actual es superior en muchos sentidos al sistema anterior, no obstante, se ha hecho evidente con el paso del tiempo desde su entrada en vigencia, que existen errores que no se han podido solucionar, como se puede desprender de los casos señalados en el capítulo III de esta tesis, y que el no contar con un recurso como el de apelación ha significado un retroceso desde ese punto de vista.

Se puede considerar que el actual recurso de nulidad suple el vacío dejado por el recurso de apelación, empero las limitaciones que este tiene, sobre todo en la problemática central de esta tesis, dan cuenta que muchas veces los intervinientes quedan sin opciones frente a resoluciones manifiestamente injustas, lo que implicaría que, en la práctica, dichos intervinientes no puedan solicitar la revisión y eventual enmienda de dichas resoluciones. A esto se suma, la restringida interpretación que dan los tribunales superiores de justicia respecto de los controles de admisibilidad que tiene el recurso de nulidad, cuestión que ha disminuido con los años; más aún es

relevante lo restrictivo de estos controles que supone la imposibilidad de acceder al recurso en cuestión.

Lo anterior permite el serio planteamiento acerca de si el régimen de recursos que se consagran en el sistema procesal penal actual asegura, de forma efectiva, la garantía procesal de los intervinientes a recurrir y, con ello, el denominado “derecho al recurso”. Dicha disyuntiva solo puede solucionarse si frente a resoluciones de los tribunales inferiores, se determina la existencia de dicho derecho en nuestro ordenamiento jurídico y se delimita su contenido y alcance, tanto desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia nacional, como la desarrollada por la justicia internacional (particularmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

II. CAPITULO II: DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO PENAL CHILENO

1. Bases Normativas del derecho al Recurso

El derecho al recurso es un “tópico”, que ha estado arraigado a la Constitución desde su creación como parte del debido proceso o del justo y racional procedimiento. Se le ha entendido como elemento integrador del debido proceso, al ser este recogido en el artículo 19 numeral 3° inciso 6° de la Constitución Política de la Republica²⁸.

A su vez, dicho derecho encuentra asidero, por su parte, en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la Republica²⁹, que sanciona el carácter suprallegal que poseen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Es decir, por de medio la normativa Internacional se dota de contenido el Derecho al Recurso, concretamente en el artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala ***“5° Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”*** y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica artículo 8 numeral 2° letra h) que señala como garantías judiciales ***“h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”***. De ahí que sea de suma importancia exponer y analizar algunas sentencias emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho al recurso, puesto que sus análisis y exposición ayudara a comprender de mejor forma el tratamiento de este derecho a nivel nacional, ya que los principales requisitos al momento de crear un sistema recursivo, vienen dados por

²⁸ Artículo 19.3 inciso 6°: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”*

²⁹ Artículo 5°: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*

lo que ha entendido y sustentado la Corte. En el apartado tres de este capítulo, pasare a analizar algunas sentencias.

A nivel legal, el derecho al recurso como facultad general que debiese existir en cualquier procedimiento jurisdiccional no recibe un reconocimiento explícito y directo en nuestro ordenamiento, pero acorde a doctrina³⁰ y la jurisprudencia³¹, se considera que los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico una vez que han sido promulgados por decreto supremo y publicados en el Diario Oficial, por tanto, se estima que existe un reconocimiento del derecho al recurso, a nivel indirecto.

En el mismo sentido y pese a que no se perciba un reconocimiento explícito, existen normas en el Código Procesal Penal que permiten sostener la armónica recepción de las garantías procesales en general. Por ejemplo, el artículo 10 se refiere a la denominada cautela de garantías, en donde expresamente se le reconoce la eficacia directa a las “garantías judiciales” de la Constitución y los tratados internacionales, no obstante, el precepto tenga la deficiencia de que aparezca declarando aquello sólo a favor del imputado.

El artículo 4° alude, a su turno, a la presunción de inocencia y concretamente, al trato de inocencia, señalando que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme” de lo que se infiere que la presunción cede solo ante la irrevocabilidad de la decisión de la condena, a la que se arriba únicamente en el momento en que la sentencia quede firme. Tal afirmación parte de la hipótesis que el proceso se ha de estructurar sobre la base de la existencia de recursos contra la sentencia definitiva, de modo que la presunción se deba predicar incluso respecto de la sentencia definitiva, en el entendido que el imputado aun condenado puede todavía obstaculizar el directo efecto de la irrevocabilidad de la sentencia a través de un recurso en su contra.

³⁰ VARGAS, Edmundo.2007. *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 209-223pp.- NOGUEIRA, Humberto.2003. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius et praxis. 9(1): 403-466 pp.

³¹ C.S., Rol N°70.584-2016.

Esto, de la misma manera, se enlaza muy bien con la defensa y las garantías procesales reconocidas al imputado en el art. 7° del Código Procesal Penal, desde la primera actuación y a lo largo de todo el proceso penal, hasta la completa ejecución de la sentencia (imputado-condenado), con lo cual todas esas garantías, comprenden la protección jurídica del imputado durante todas las fases del procedimiento, alcanzando entonces al debido proceso y en él al derecho al recurso.

2. **Contenido del Derecho al Recurso**

2.1 **El acceso al Recurso**

La materia primordial del derecho al recurso es el acceso al mismo, el cual se sujeta a la existencia legal de recursos y a la facilidad de acceso, cuestión que se ha de reconocer en varias dimensiones de la regulación del sistema recursivo. Este contenido tiene inmediata relación con la forma de concebir el sistema de recursos, el cual debe estar a disposición de los intervinientes a los que se les reconoce el derecho a valerse de los mismos para impugnar las resoluciones agraviantes.

Como se ha de suponer, el acceso a los recursos en nuestro sistema jurídico es materia legal, sin perjuicio que tanto en la Convención Interamericana como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se señala el derecho que tiene toda persona declarada culpable de un delito de recurrir el fallo condenatorio, lo que supone el derecho per se de acceder al recurso, de modo que es deber del legislador imponer los presupuestos y requisitos para el ejercicio de este derecho. No obstante, al mismo tiempo ello no ha de significar la introducción de excesivos formalismos y condiciones que hagan irrealizable o gravoso lo que se reconoce inicialmente como garantía, de lo contrario, supondría vetar el derecho al recurso o, más bien, el acceso al mismo. En este sentido, es deber de los tribunales interpretar los requisitos de acceso al recurso, de forma que no suponga un cortapiso al derecho al recurso en sí mismo. Es este último punto donde cobra relevancia los llamados controles de admisibilidad, los cuales se explicarán a continuación.

2.1.1 La cuestión del régimen de presupuestos y requisitos del recurso y del respectivo control-aplicación judicial

En primer lugar, el tema comprende lo que la doctrina suele denominar “problemas de recurribilidad objetiva” y “cuestiones de recurribilidad subjetiva”. La recurribilidad objetiva apunta a la corrección de las resoluciones y contenidos susceptibles de ser impugnados por medio de un recurso determinado, vale decir que resoluciones son recurribles. Las segundas con aquellas referidas a que sujetos procesales tienen el derecho de impugnar mediante un recurso determinado una resolución (lo que suele denominarse *legitimación*).

Además de los requisitos ya mencionados, se necesita que exista un interés procesal, y que la concreta interposición se realice con los requisitos legales. El control de dichas exigencias se materializa en el llamado control de admisibilidad del recurso, que en la práctica acaba declarando la concurrencia de los presupuestos y requisitos necesarios para acceder a la fase del recurso.

En síntesis, el acceso al recurso posee dos aspectos bien nítidos y diferenciables, aunque complementarios; de una parte, las determinaciones normativas y, de otra, las cuestiones de aplicación o de control de admisibilidad judicial.

Se hace menester destacar que en países como Italia³² o España³³, se distingue concretamente el acceso al recurso, como contenido específico del derecho al mismo. En el primer país, se concibe como disposición general la regla

³² TONINI, Paolo.2007. *Manuale di procedura penale*, 8ª edición. Milano, Giuffrè.711-724pp; SANTALUCIA, Giuseppe. 2008.en AAVV, *Codice di Procedura Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina* . Milano, Giuffrè, pp. 1-55.; DE ROBERTO, Giovanni.2008.en AAVV, *Codice di Procedura Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina*, Milano, Giuffrè, 55- 257pp, 155-160 y 225-228; FOLLIERI, Antonella.2008.en AAVV, *Codice di Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 461-559pp.

³³ ORTELLS RAMOS, Manuel et al.1998. *Derecho Jurisdiccional*, III, Proceso Penal 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch,343-344 pp; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel et al. 2005. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi.1093-1104pp.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. 2005. *La segunda instancia penal*. Cizur Menor, España, Thomson Aranzadi.

de conversión de los medios de impugnación del artículo 585.5 del Código Procesal Penal Italiano, que hace prevalecer la voluntad del impugnante por sobre la calificación jurídica formal del medio que se emplea; además, la misma norma añade que la impugnación impuesta ante el juez incompetente- en lugar de provocar la declaración de inadmisibilidad- se resuelve con el *deber del juez de remitirla al juez competente*³⁴. Se dispone de igual forma en el modelo italiano la situación específica de la conversión del recurso de casación en apelación en las hipótesis de varias impugnaciones distintas (casaciones y apelaciones por distintos recurrentes) en contra de la misma resolución, circunstancia que se resuelve con la conversión de las impugnaciones de casación en apelaciones y no, desde luego, con la declaración de inadmisibilidad de aquellas (art. 592.2 y 580 del Código Procesal Penal Italiano)³⁵.

En el caso de España, el Tribunal Constitucional de dicho país, ha interpretado el derecho al recurso y la garantía de tutela judicial con relación al régimen de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando que el derecho al recurso importa necesariamente el acceso a los medios de impugnación legalmente previstos por la ley. En la doctrina constitucional se ha recalcado que es legítimo que el legislador establezca presupuestos y requisitos procesales para el acceso al recurso, pero que ello no puede suponer un formalismo enervante que haga problemático o difícil el acceso a los previstos legalmente, regla que necesariamente debe proyectarse a su aplicación jurisprudencial. La conclusión precedente se ha basado en la consideración de que esta garantía es manifestación del principio *pro actione* que rige también en fase de recurso³⁶.

2.1.2 Primer problema de recurribilidad objetiva

El primer problema que se plantea en este tema es precisar cuáles son las resoluciones impugnables y sus contenidos susceptibles de impugnación. El

³⁴ SANTALUCIA, Giuseppe. 2008.en AAVV, Codice di Procedura Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina . Milano, Giuffrè, pp. 1-55

³⁵ Ídem 55-75, 155-160 y 225-228.

³⁶ Vid. Por todos Ortells (1998) pp. 343-344; TAPIA (2005), pp. 1093-1104; CALDERÓN (2005), pp. 161-182.

artículo 372 del Código Procesal Penal señala el carácter del recurso de nulidad, que se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente esta; sin reparar que en la sentencia misma pueden encontrarse contenidos-decisiones que no son los que típicamente se consideran esenciales, tales como los que se refiere a los beneficios alternativos a la pena o las costas³⁷, lo que ha generado problemas respecto de la posibilidad de atacar estas decisiones comprendidas en la sentencia definitiva.

La jurisprudencia – en sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 2055-2008, de 26 de mayo de 2008 y Rol N° 1239-09, de 25 de marzo de 2009, sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N° 203-2011, de 24 de agosto de 2014 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 353-19, de 24 de junio de 2019 –, se han pronunciado desestimando la posibilidad de recurrir estos contenidos. Así, han expresado:

“La decisión que recae sobre el otorgamiento de un beneficio alternativo a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad, si bien incluidas en el mismo acto documental que contiene la sentencia definitiva, no participa en la naturaleza jurídica de esta, ya que dicha decisión no resuelve el asunto penal(...), sino simple y llanamente sobre una petición accesorio que se refiere a la forma de cumplimiento o de ejecución de la pena, de modo que se ha dicho incluso que esta no posee sino la naturaleza jurídica de una decisión administrativa que el legislador ha querido entregar a los tribunales de justicia, razón que supone un impedimento insalvable para acoger el recurso de nulidad en análisis”³⁸³⁹

Como se observa, nuestros tribunales superiores de justicia han optado por la teoría de la desintegración de la sentencia definitiva, vale decir, aun cuando estos contenidos forman parte de la sentencia definitiva, no participan de su

³⁷ CORTEZ M, Gonzalo. 2006. *El recurso de Nulidad*. Santiago, LexisNexis. 59-61pp

³⁸ , C.A. de la Serena, Rol n° 203/2011

³⁹ Mediante la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216, se cambió la nomenclatura de “beneficios alternativos” a “penas alternativas”.

naturaleza jurídica. De ahí que estos tribunales justifiquen la inhabilidad de recurrir respecto de estos contenidos, lo que supone una problemática considerando la disminución del régimen de recursos en el actual proceso penal.

Si bien no se entrará en profundo respecto de esta problemática, ya que no es el eje central de esta memoria, es preciso explicitar que dicha interpretación supone un serio cortapiso al derecho al recurso, en lo que respecta a estos contenidos-decisiones en la sentencia; lo que están señalando nuestros tribunales superiores de justicia es que dichos contenidos, no son controlables bajo ningún aspecto, lo que supone una violación al derecho al recurso, el cual forma parte del debido proceso y que se halla directamente reconocido en la Constitución Política de la Republica, específicamente reforzado por el bloque de constitucionalidad, mediante el artículo 5 inciso 2° de la Constitución en relación al artículo 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y el artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana de derechos humanos.

2.1.3 Segundo problema de recurribilidad objetiva

El Profesor Carlos del Rio Ferreti menciona como segundo problema de recurribilidad objetiva -y el tema central de esta tesis-, la actual inexistencia del recurso de nulidad para impugnar el juicio y la sentencia dictada en el nuevo juicio tras la anulación de una primera sentencia (art. 387 inciso 2° del Código Procesal Penal), problemática que se tratará en profundidad en la tercera parte de la presente memoria. Por el momento, sólo se adelantará que el artículo, al hacer mención al carácter condenatorio o anulatorio de una sentencia, supone una simplificación extrema del carácter que pueden tener un fallo, puesto que ocurren casos en los cuales una sentencia puede tener el carácter de condenatoria con una pena menor, y una vez anulado el juicio, podría tener una sentencia condenatoria igualmente, pero con una pena más grave, dejando al imputado con imposibilidad de recurrir esta decisión del tribunal, casos que han ocurrido como los demuestra nuestra jurisprudencia⁴⁰.

⁴⁰ T.C., Rol N° 986-2007.

2.1.4 Problemas de recurribilidad subjetiva

La problemática principal en este caso se identifica con el acceso al recurso en sí mismo, principalmente con la falta de garantía adecuada de la legitimación del imputado, esto es, del acceso directo del imputado como legitimado independiente y separado del defensor técnico. El artículo 352 del Código Procesal Penal menciona, en términos generales, la facultad de recurrir del Ministerio Público y de los demás intervinientes, sin singularizar al imputado. El profesor Del Río Ferreti se ha cuestionado si la generalidad de la legitimación activa mencionada en el artículo 352 cobra o no vigor dentro de la regulación del recurso de nulidad y de los demás recursos, o si ella guarda correspondencia con el resto de la regulación y con los requisitos de interposición de los recursos, o si se disponen o no mecanismos efectivos para asegurar la adecuada expresión de la voluntad impugnativa del imputado, sobre todo cuando esta no es compartida con el defensor que, a menudo, ni siquiera es de confianza, o cuando se expresan simultáneamente y por separado las voluntades impugnativas del defensor y del imputado y difieren en contenido.

La segunda problemática dice relación con la legitimación activa del Ministerio Público para recurrir por la infracción de garantías procesales, y específicamente por la del debido proceso, problemática superada por la doctrina; actualmente se considera mayoritariamente que el Ministerio Público posee la legitimación activa en los mismos términos que las demás partes intervinientes.

Para ello se justifican, en primer lugar, en razón de una normativa expresa, como es el artículo 352 del Código Procesal que señala: “Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.” En segundo lugar, debido a que la igualdad normativa que se señala en el código iría en directa correlación con el sistema acusatorio en que se inspira el sistema y, en tercer lugar, en que no se debe confundir la función investigativa y acusatoria del Ministerio Público con la titularidad y el ejercicio del ius puniendi estatal, este último depositado

exclusivamente en nuestros tribunales de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal.

Esta tesis ha sido aceptada en su mayoría por nuestra jurisprudencia como lo demuestran las sentencias de nuestra excelentísima Corte Suprema rol N° 1300-07, de 22 de mayo del 2007 y rol N°3003-10, de 12 de julio de 2010; en esta última se señala:

“Que en torno a la presunta falta de legitimidad del acusador para basar su recurso en la inobservancia a la garantía del debido proceso, reclamada en estrados, conviene tener en cuenta que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro texto legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental (...) El artículo 19 de la Constitución Política de la República no excluye ni hace distinción entre personas naturales y jurídicas como titulares de las garantías y derechos que protege, entre ellos la del N° 3°, inciso 5° (...), por ello no existe razón o argumento que lleve a descartar al Ministerio Público de la posibilidad de esgrimir dicha garantía como fundamento de su recurso, al encontrarse sometido a la autoridad judicial durante el desarrollo de un pleito, como cualquier interviniente.”⁴¹

Sin perjuicio de la existencia de algunas sentencias que le han negado la legitimidad activa del Ministerio Público como lo demuestran las sentencias de la Corte Suprema rol N° 5654-2012, de 10 de octubre de 2012 y N°6831-2012, de 27 de diciembre de 2012.

Para finalizar y en mismo orden de ideas, es preciso destacar que un obstáculo que se le da al imputado para recurrir una sentencia, en las condiciones del artículo 387 inciso segundo, constituye también un problema relacionado con el acceso al recurso, desde su aspecto subjetivo, de manera más limitada que su aspecto objetivo, empero constituye una diferencia arbitraria en consideración a

⁴¹C.S., Rol N°3003-2010.

la calidad de condenado o absuelto que tenga el imputado anteriormente, lo que riñe directamente con el principio de igual ante la ley.

2.2 Tipo o naturaleza del examen recursivo: revisio prioris instantiae

El legislador, al decidir el sistema recursivo que desea implantar, tomó en consideración distintos criterios como por ejemplo la tradición jurídica, la técnica, la oportunidad y, por último, la relación con el sistema procesal penal- acusatorio o inquisitivo. En este mismo orden de ideas, si se considera en instituir la “doble instancia”, respecto de esta también deberá decidirse acerca del tipo de examen que se tendrá en segunda instancia. Este tipo de examen puede ser un *novum indicium* o una *revisio prioris instantiae*⁴².

La primera opción supone que el tribunal superior, al realizar el examen del caso, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal que conoció del asunto, además de todos aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento seguido en la segunda instancia⁴³.

La segunda alternativa, obliga al tribunal superior a basar su examen y decisión en los mismos materiales que tuvo a su disposición el tribunal inferior, sin que las partes puedan adicionar hechos nuevos o proponer o rendir nuevas pruebas.

En el proceso de reforma procesal penal, esta problemática se tradujo en soslayar si el derecho al recurso exigía o no la consagración de la apelación contra la sentencia definitiva. Y, más concretamente, si con dicha eliminación se satisfacía el derecho al recurso como contenido del debido proceso, que aparecía complementado por los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La opinión mayoritaria en nuestro derecho sostuvo que el derecho al recurso no exigía un recurso precisamente de apelación o equivalente; los tratados

⁴² ORTELLS R, Manuel. 2019. *Derecho Procesal Civil*. 18ª ed. Pamplona. Arazandi. 500p.

⁴³ MONTERO A, Juan y FLORS M, José. 2014. *Tratado de recursos en el proceso civil*. 2ª ed. Valencia. Tirant Lo Blanch, 242p.

internacionales no demandaban esto, sino la existencia de un medio de impugnación contra la sentencia y, específicamente, contra la condenatoria.

De forma paralela, se consideró, en el proceso de reforma al sistema procesal penal, que la eliminación del doble grado de jurisdicción quedaba compensado por la introducción de los llamados controles horizontales y, específicamente, por el establecimiento del carácter colegiado del juzgador de mérito. Adicionalmente, se hacía hincapié en que los medios de impugnación, especialmente la apelación, no asegurarían una mejor administración de justicia sino que, en realidad, no sería otra cosa que mecanismos que el poder del Estado posee para asegurar un control jerárquico de los jueces, vale decir, se hacía ver que los recursos son parte del sistema de justicia inquisitivo, contrario a los modernos sistemas acusatorios.⁴⁴

Para el jurista Carlos del Río Ferreti⁴⁵, más allá de los argumentos esgrimidos, aun cuando fuera cierto que los tratados internacionales y específicamente los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se refieren a la apelación o al doble grado de jurisdicción para cumplir con el requisito de revisión íntegra de la sentencia, sí exigen la revisión ante un tribunal superior, lo cual ha dado pie para que se vaya consolidando una interpretación de que los tribunales exigen una revisión íntegra, y no meramente formal, a determinados aspectos jurídicos.

Para fundamentar que en nuestro derecho interno se cumplía con la exigencia de los tratados internacionales en lo que respecta a revisión íntegra, se han propuesto dos líneas argumentativas. La primera línea es más bien elusiva, en tanto intenta evadir la materia de la intensidad o calidad de la revisión de la decisión de mérito, esgrimiendo que, si bien no existía el doble grado, esto quedaba compensado por la

⁴⁴ CAROCCA PERÉZ, Álex. 2000. *Recurso en el nuevo sistema procesal penal en AAVV, Nuevo proceso penal*. Santiago. Editorial Conosur, pp. 297- 331; DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian (2007): *Proceso Penal* (Editorial Jurídica de Chile), pp. 503-505 y HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2008. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago, Editorial Jurídica de las Américas. 347pp y sgtes.

⁴⁵ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal*. Santiago, LegalPublishing Chile, 2014., pp. 46

vía de control horizontal de la decisión dado por la colegialidad del órgano jurisdiccional que la adoptaba, lo cual en sus esquemas es consistente con los modelos acusatorios modernos.

La segunda línea de argumentación viene a discutir el alcance mismo de la revisión integral, y considera que el criterio normativo antes indicado no se satisface con el “doble grado” (apelación), sino con lo que se conoce como la “*doble conforme*”, cual especie de control recursivo más o menos indeterminado, que en todo caso sería algo menos que la apelación, pero más que la casación.

Para el profesor argentino Julio Maier, la doble conforme sería el “*derecho a obtener un nuevo juicio cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso*”⁴⁶.

Como se señaló en el capítulo I de la presenta tesis, una de las características que los profesores María Inés Horvitz y Julián López consideran presentes en el actual sistema recursivo chileno es la exigencia del doble conforme, el cual, como se apuntó más arriba, supone “el derecho a lograr un nuevo juicio”. En este sentido, los autores nacionales siguen el concepto dado por el argentino Julio Maier; para estos el recurso de nulidad debe ser “*amplio*” y “*sin restricciones de acceso provenientes de un excesivo formalismo*”, el cual “*permite en términos generales la invalidación del juicio oral y la sentencia cuando existe una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales referida a las formalidades del juicio o a los hechos que se hubieran dado por probados, permitiendo la Revisión del respecto a los límites a la valoración de la prueba impuestos por las reglas de la sana crítica*”

Para el profesor del Rio, ni los autores nacionales ni Maier atacan el meollo del asunto, pues o la doble conformidad es un examen sobre la motivación de los

⁴⁶ MAIER BJ, Julio.1993. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2ª edición*. Buenos Aires, Editores del Pueblo,720pp.

hechos del juicio, de modo que se resuelve en una investigación sobre la corrección de esta como justificación de la resolución, o la doble conformidad es derechamente un control sobre la fijación de hechos, verificando la corrección de ésta según la prueba practicada, para lo cual se requiere no sólo el examen de la motivación como pura justificación, sino además la contraposición de la declaración de mérito factico con la misma practica de la prueba. De ser así, en el primer caso estaríamos en un esquema de casación penal tal cual como es considerada en muchos ordenamientos jurídicos de países cercanos. En el segundo caso, estamos frente al segundo grado de mérito – al menos en la versión *revisio prioris instantiae*- por tanto, no habría la necesidad de llamarle *doble conforme*.

2.3 La calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional

Para el jurista Carlos del Rio Ferreti, la fase recursiva debe asegurar todas las condiciones para que el conocimiento cumpla con las características esenciales de la jurisdicción que potencien el derecho al mismo, y que ello no se convierta en un rito carente de las formas que aseguran garantías fundamentales del proceso en esa fase procesal. Para esto deben existir: (1) Conocimiento oportuno de la pretensión recursiva de la contraparte, (2) Oportunidad para preparar y hacer alegaciones y contrapretensiones procedentes, y, sobre todo, (3) La propia decisión del recurso ha de ser el resultado de un conocimiento suficiente, pues se debe resolver con conocimiento, lo cual debe traducirse además en una adecuada motivación en los fallos.

Además, él mismo considera que en el actual sistema de recursos, los 2 últimos aspectos muestran determinadas imperfecciones.

2.3.1 El problema de la calidad del conocimiento- decisión del juzgador ad quem

Este punto dice relación con la escasa o insuficiente motivación que se tiene en la fase recursiva, tanto en el control de admisibilidad como en el fondo,

lo que es de suma importancia atendida la ausencia en la práctica de controles jurisdiccionales efectivos sobre estas resoluciones del tribunal que permitan a los recurrentes articular alguna denuncia efectiva. Se critica que los motivos para una desestimación o inadmisión de un recurso sean tan escuetos, en el cual tan solo se consignan las causas sin dar explicaciones sobre qué motivos o justificaciones jurídicas sostienen la decisión de la causa que se esgrime⁴⁷. El asunto se vuelve más problemático, ya que en algunos casos en donde la motivación si está presente, esta aparece de modo indirecto; es lo que la dogmática comparada denomina motivación *per relationem*, que ha sido explicado por Follieri, en el Derecho italiano, de la siguiente manera: “La motivación *per relationem*, que se tiene cuando, en el justificar determinada resolución, en lugar de explicar directamente las razones de su elección, remite a otro documento: es una técnica de integración del texto lingüístico, utilizado incluso por el legislador”⁴⁸.

En el derecho chileno, esta práctica es utilizada por los tribunales superiores de justicia que resuelven sobre la base de la misma motivación de la resolución impugnada, haciendo remisión a ella, con lo cual la resolución que se pronuncia acerca de la impugnación no contiene una motivación propia, autónoma de la sentencia impugnada. En la jurisprudencia chilena esta práctica es extremadamente generalizada, lo que constituye un problema debido a que en sentencias dictadas en juicios orales solo se cuenta con el recurso de nulidad, como se ha indicado reiteradamente en la presente tesis.

2.3.2 El problema de un procedimiento que no asegura vías de alegación y conocimiento adecuadas

Al observar las características específicas del recurso de nulidad, se notará que este recurso es altamente restrictivo, lo que resulta problemático pues es el único recurso disponible cuando el Tribunal de juicio oral en lo penal se pronuncia

⁴⁷ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal*. Santiago, LegalPublishing Chile, 2014., pp. 61-65

⁴⁸ DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal*. Santiago, LegalPublishing Chile, 2014., p. 64, traducido desde FOLLIERI, George. 2004. *AAVV, Codice di Procedura Penale*, Milano, Giuffré, pp. 461-559

sobre una decisión de fondo. En este mismo sentido, el plazo de 10 días para su interposición sin lugar a duda afecta calidad del recurso o incluso a veces la misma decisión de recurrir, lo que no se condice con las situaciones donde se necesitan abordar dificultosos problemas jurídicos, como por ejemplo cuando es la Corte Suprema la que tiene la competencia de conocer de ciertas causales del recurso de nulidad, entre otras situaciones. Se hace evidente que el limitado plazo para recurrir una sentencia supone una dificultad en los intervinientes del proceso penal, cuando sus derechos y garantías se ven vulnerados, ya sea en el transcurso del juicio, como en la sentencia misma. Si al menos se hubiese utilizado el plazo que posee el recurso de casación, que mayoritariamente posee un plazo de 15 días para su interposición, se hubiese mejorado en cierto grado el conocimiento del recurso de nulidad de parte de los tribunales superiores de justicia.

En el mismo sentido, que el recurso de nulidad sea restrictivo, para una eventual segunda interposición – reservando esta garantía solo para el caso que la primera sentencia haya sido absolutoria y la segunda condenatoria- acorde al artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, también significa un restricción para el mismo, pues solo permite interponer el recurso bajo ciertas circunstancias, haciendo una distinción del tipo de sentencia que fue precedida, sin tomar en consideración que pueden ocurrir violaciones a las garantías constitucionales, aun en un segundo juicio, y para este caso no existe un resguardo para tales garantías.

3. **Exposición y análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el alcance del derecho al recurso y su influencia en legislación nacional y sentencias de nuestros tribunales**

3.1 Consideraciones Generales

En este apartado se dará a conocer tres sentencias emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho al recurso al derecho, las cuales han sentado las bases para determinar cuáles son las características que debe cumplir un recurso de un determinado ordenamiento jurídico, para que se considere que se respeta y garantiza el mismo. Estos pronunciamientos han sido de suma importancia para nuestro ordenamiento jurídico, tanto porque han dotado de contenido al derecho al recurso, como porque ha servido como examen para analizar si nuestro ordenamiento cumple con los requisitos que sustenta la Corte.

En el mismo sentido, respecto del recurso de nulidad que nos trae a colación, las consideraciones de la Corte sirven para hacer un paralelo respecto de este y de otros recursos que a la corte le ha tocado analizar, destacándose el de nulidad, porque la Corte ha insistido que el solo hecho de que un ordenamiento jurídico- en este caso un procedimiento penal- no se cuente con un recurso de apelación, no implica que no se sigan los mandatos de los tratados internacionales aprobados por Chile al respecto - siendo este uno de los argumento usados en la discusión del nuevo Código Procesal Penal-, empero se han obviado otros lineamientos emanados de la Corte para tener una mejor perspectiva sobre el verdadero sentido y entendimiento que debe darse al derecho al recurso en el plano nacional. Es por este motivo que se hace menester estudiar estas sentencias y las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2 Caso Mohamed vs. Argentina

3.2.1 Antecedentes del caso

Este caso se inició en marzo de 1992 en la ciudad de Buenos Aires, cuando el señor Carlos Alberto Mohamed trabajaba como conductor de colectivo, y en esa actividad atropelló a una mujer cuando esta se encontraba cruzando el cruce peatonal, accidente que significó la muerte de aquella. El señor Mohamed fue acusado de homicidio culposo previsto en el artículo 84 del Código Penal argentino; siendo absuelto en dicho juicio. Posteriormente la fiscalía de Argentina interpone el correspondiente recurso de apelación: el resultado de aquello es una sentencia condenatoria emitida en segunda instancia. El ordenamiento jurídico argentino no considera algún recurso que significara la revisión de lo resuelto en segunda instancia: solo contemplaba un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja, ninguno de los cuales fue acogido por los tribunales superiores argentinos.

Con fecha 18 de marzo de 1996, el señor Mohamed y su representante ingresan la respectiva denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que esta declare su admisibilidad. El 13 de abril de 2011 la Comisión, sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana, quien entro a conocer y pronunciarse sobre las violaciones alegadas.

El 23 de noviembre de 2012, finalmente la Corte se pronuncia sobre el asunto considerando que el estado de Argentina es responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1⁴⁹ y 2⁵⁰ de la misma, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

⁴⁹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵⁰ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

3.2.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El análisis que hizo la Corte en este caso –y en general en todos los casos que se presentan ante ella- es determinar si las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales, vale decir de los procesos internos, se encuadran dentro de los principios y garantías que asegura la Convención Americana.

En el mismo sentido al referirse en específico a las garantías judiciales protegidas por el artículo 8 de la Convención *“ha establecido que para que un proceso existan verdaderamente dichas garantía, conforme a las disposiciones 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”*, es decir el sistema jurídico del estado parte de la Convención Americana debe asegurar que se realicen todas las acciones tendientes a asegurar las garantías procesales de los intervinientes.

La Corte ha sostenido que el artículo 8.2h de la Convención, el cual señala el derecho que las personas tienen a recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior- como una de sus garantías judiciales- por medio de un recurso, debe reunir ciertas características para cumplir a cabalidad con el mandato de la Convención, y estas son que el recurso debe ser ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia condenatoria adquiera calidad de cosa juzgada. La accesibilidad dice relación con que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Por último, la eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para cual fue concebido.

Los recursos que tenía disponible el señor Mohamed, eran el recurso extraordinario federal y el posterior recurso de queja. Estos no eran recursos ordinarios; el objeto del primero es la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye cuestiones fácticas y probatorias, en atención a su accesibilidad esta es decidida por el mismo tribunal que dicta la sentencia que

se impugna, el cual en dicha instancia fue denegado. En cuanto a la eficacia de este, no cumple con el objetivo de otorga los resultados o una respuesta para el caso en que fue interpuesto. En lo tocante al recurso de queja, esta era la vía procesal para impugnar la denegación del recurso extraordinario federal, en ese mismo sentido, significaba una posibilidad de que el derecho a recurrir el fallo hubiera sido materialmente realizado, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina desestimo la queja indicando únicamente que *“el recurso extraordinario, cuya denegación motivaba la queja, era inadmisibile”*⁵¹, esto último en base al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina. *“La Corte consideró que el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base al artículo 280 del Código Procesal Penal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad del mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva”*⁵².

La Corte entonces concluye que el sistema procesal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2 h de la Convención Americana, y también constata que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, no constituyeron recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

3.3 Caso Norin Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile

3.3.1 Antecedentes del Caso

⁵¹ Caso Mohamed vs. Argentina, 34p.

⁵² Ídem

Este caso involucra activistas y comuneros mapuches. Contextualizando históricamente, desde finales del siglo XX se ha incrementado en la Araucanía la protesta social del pueblo mapuche por la reivindicación de sus tierras ancestrales. La construcción de la central hidroeléctrica Ralco en la provincia de Bio-Bio, VIII región, a principios de la década del año 2000, tuvo particular impacto y oposición de las comunidades indígenas por las miles de hectáreas de tierra que fueron inundadas y las comunidades trasladadas. Es en estas circunstancias en que surgieron las movilizaciones sociales y otras medidas de presión como la ocupación de las tierras demandadas, se presentaron algunas acciones constitutivas de hechos violentos calificadas como “graves”, tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercados, cierre de vías de comunicación y enfrentamiento con la fuerza pública. En ese marco, es que ocurrieron los sucesos por los cuales fueron procesadas penalmente las ocho presuntas víctimas⁵³ del presente caso, estas eran: Segundo Aniceto Norin Catrimán, Pascual Huentequo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

Se debe destacar que fueron distintos los procesos penales llevados a cabo en contra de las presuntas víctimas en este caso - incluso bajo el antiguo sistema procesal penal - y los recursos que presentaron estas fueron distintos, empero desde septiembre del año 2003 a noviembre del año 2004, diferentes tribunales y cortes de nuestro país, incluida la Corte Suprema, conocieron de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, y en su mayoría las presuntas víctimas obtuvieron resultados desfavorables, lo que se tradujo en condenas privativas de libertad en la mayoría de los imputados.

⁵³ Al referirme a víctimas, es en consideración a su calidad como tal frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las presuntas víctimas de este caso presentaron cuatro solicitudes- y en distintas fechas- ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dichas denuncias fueron presentadas entre agosto del 2003 a mayo del 2005. El 5 de noviembre del 2010 la Comisión emitió el informe de fondo N° 176/10, en la que formuló una serie de conclusiones y recomendaciones al Estado de Chile⁵⁴.

El 7 de agosto de 2011 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el informe de fondo de la Comisión.

El 29 de mayo del 2014, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia respecto de la controversia sometida a su conocimiento y determina que el Estado de Chile vulneró una serie de garantías establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, estas son: 1) el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, previstos en los artículos 9 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar y

⁵⁴ i) “el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”;

ii) “a la igualdad ante la ley y no discriminación, establecido en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”;

iii) “a la libertad de expresión y los derechos políticos establecidos en los artículos 13 y 23 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”;

iv) “el principio de responsabilidad penal individual y presunción de inocencia, bajo los artículos 8.1, 8.2 y 9 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”;

v) “el derecho de defensa de los Lonkos Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún, y del Werkén Víctor Ancalaf Llaupe, específicamente su derecho a interrogar los testigos presentes en el tribunal bajo el artículo 8.2.f de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”;

vi) “el derecho a recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”7;

vii) “el derecho a un juez imparcial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de [las ocho presuntas víctimas del presente caso]”, y

viii) “[las violaciones de los derechos humanos consagrados en los artículos 8, 9, 24, 13 y 23 tuvieron un impacto consecencial sobre la integridad sociocultural del pueblo Mapuche como un todo”. Adicionalmente, la Comisión estableció que “Chile no violó los derechos a un juez competente e independiente, ni la prohibición de doble enjuiciamiento penal, consagrados en los artículos 8.1 y 8.4 [de la Convención Americana] respectivamente”.

garantizar los derechos, establecidos en el artículo 1.1 del mismo tratado; 2) el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección a la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento; 3) el derecho a la defensa de interrogar testigos y de obtener la comparecencia de testigos que pudieran arrojar luz sobre los hechos, protegido en el artículo 8.2 f de la Convención Americana, relación con el artículo 1.1 del mismo tratado; 4) el derecho a la libertad personal, a no ser sometido a detención arbitraria y a no sufrir prisión preventiva en condiciones no ajustadas a los estándares internacionales, consagrados en el artículo 7.1, 7.3 y 7.5 de la Convención Americana, y el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 de la misma; 5) los derechos políticos, protegidos en el artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento; 6) el derecho a la protección a la familia, consagrado en el artículo 17.1 de la Convención, en relación con la obligación de garantizar los derechos, presentes en el artículo 1.1 de la Convención; 7) el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención, en relación con el artículo 1.1, y por último; 8) el derecho a recurrir el fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es preciso señalar que, respecto del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, cuyo procedimiento fue tramitado bajo el antiguo sistema procesal penal, no se alegó de parte ni de la Comisión Interamericana ni de los representantes, que se hubiera cometido violación al derecho a recurrir el fallo.

En lo que respecta a la garantía que nos trae a colación, para determinar si en los procesos llevados a cabo en contra de las víctimas se vulneró el derecho a recurrir el fallo consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención, la Corte analizó los procesos penales separando en dos grupos, debido que estos tuvieron pronunciamientos de tribunales distintos, el primero respecto de la Corte Suprema y el segundo por parte de Corte de Apelaciones de Temuco. Así, el primer grupo está compuesto por los señores Segundo Aniceto Norin Catrimán y Pascual

Huentequeo Pichún Paillalao, el segundo grupo está compuesto por las siguientes personas: Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñan, Juan Ciriaco Millacheo Lican y Patricia Roxana Troncoso Robles. En ambos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el recurso de nulidad no se ajustó a principios básicos necesarios para cumplir con el artículo 8.2.h de la Convención Americana, de modo que se violó su derecho a recurrir el fallo condenatorio. Pasare exponer los análisis llevados por la Corte para obtener dichas conclusiones.

3.3.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos arriba a la conclusión de que se violó el artículo 8.2.h de la Convención, realizando un examen en el cual en primer lugar determino cual es el alcance y el contenido del derecho a recurrir el fallo. Para esto, señala que el recurso debe ser ordinario, accesible, eficaz, permitir una revisión integral del fallo y por último debe estar disponible para toda persona condenada.

En segundo lugar, expuso someramente las características del sistema de recursos que tiene nuestro actual sistema procesal penal, señalando las disposiciones pertinentes relativas a la valoración de la prueba, el contenido de la sentencia, la definición del recurso de nulidad, sus causales de procedencia, el fallo del recurso y por último la improcedencia de los recursos – este último relativo al artículo 387 del Código Procesal Penal-.

En tercer lugar, pasó a analizar las sentencias desestimatorias de los recursos de nulidad interpuesto por las víctimas. Para esto, indagó si el sistema recursivo del Código Procesal Penal, que fue aplicado a las víctimas, se ajusta a las exigencias del artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Como se adelantó en el aparatado anterior, la Corte analizó dos grupos de víctimas, en razón de los tribunales denegatorios del recurso. El primer proceso penal llevado en contra de los señores Norin Catrimán y Pichun Paillalao, los

cuales interpusieron independientemente recursos de nulidad en contra de la sentencia parcialmente condenatoria del tribunal de juicio oral en lo penal de Angol de 27 de septiembre de 2003, solicitaron anular el juicio respecto de los delitos por los cuales fueron condenados y la realización de un nuevo juicio. La Corte Suprema, al desestimar los recursos, consideró que ninguno estaba suficientemente fundado, en consecuencia, rechazó los recursos y declaró que la sentencia recurrida “no es nula”. El problema principal es que dicha sentencia de la Corte Suprema no consta que se haya hecho un examen de los hechos del caso ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida hubiesen estado sustentadas en pruebas convincentes y en un análisis jurídico adecuado⁵⁵, tan solo hizo un análisis de coherencia interna de la sentencia. Esto implica que no se cumplió con unos de los requisitos que exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos para se considere que existe una efectiva protección a las garantías judiciales y en específico al derecho al recurso, esto es el análisis integral, la Corte Suprema *“no analizo todas cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basa la sentencia condenatoria (...) no tuvo en cuenta la interdependencia que existe entre las determinaciones fácticas y la aplicación de derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implicada un errada o indebida aplicación del derecho”*⁵⁶.

Respecto del proceso penal llevado en contra del segundo grupo, estas cinco personas condenadas por el delito de incendio terrorista interpusieron independientemente recursos de nulidad. Los cinco recursos fueron desestimados conjuntamente por la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia de 13 de octubre de 2004.

Las presuntas víctimas presentaron argumentos referidos tanto a la indebida apreciación de la prueba como a la errónea aplicación de derecho. En

⁵⁵ Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, 98p.

⁵⁶ Ídem

concreto, se sostuvo que varios de los testimonios ofrecidos en la acusación no fueron valorados, o no lo fueron de manera independiente, y que determinadas pruebas propuestas por la defensa fueron desestimadas indebidamente.

La Corte de Apelaciones afirmó que los agravios “*corresponden a prueba que no fue empleada por el tribunal para fundamentar sus conclusiones y que se trata, por lo mismo de prueba respecto de la cual [...] no se impone la exigencia de valoración, sino solo de expresar la razón por la cual fue desestimada*”⁵⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar esta sentencia llega a la misma conclusión: que el tribunal no realizó un examen integral de la decisión recurrida, “ya que no analizó todas las cuestiones fácticas probatorias y jurídicas impugnadas en que se basa la sentencia condenatoria”.

En ambos fallos se incumplió el deber del Estado de Chile de asegurar a estas víctimas un recurso que cumpliera con las directrices del artículo 8.2.h de la Convención Americana; en estos casos ambos recursos fallaron en la exigencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de realizar una revisión integral, es decir, de revisar ampliamente tanto las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas, lo que supuso que las partes no tuvieran en un aspecto más amplio sus garantías judiciales mínimas, recocidas tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por la Constitución Política de la República.

3.4 Caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica

3.4.1 Antecedentes de Caso

Los acontecimientos de este caso, sucintamente explicados son los siguientes: con fecha a mayo de 1995, el señor Mauricio Herrera Ulloa publica en el diario costarricense “La Nación” una serie de artículos referidos al señor Félix

⁵⁷ Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, 99p

Przedborski, entonces delegado de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica (OIEA), con base en publicaciones de diarios belgas que involucraba al señor Przedborski con un “negocio de comisiones ocultas que habían sido pagadas por la venta de helicópteros de combate, de lo cual resulto asesinado el Vice-Primer Ministro belga, Andrés Cools”.

En virtud de lo anterior, el señor Félix Przedborski interpone ante los tribunales costarricenses dos querellas contra el periodista Mauricio Herrera Ulloa por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas y, conjuntamente, interpone la correspondiente acción civil resarcitoria contra el señor Mauricio Herrera Ulloa y contra el periódico “La Nación”.

El 29 de mayo de 1998 el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, se pronunció absolviendo al querellado Herrera Ulloa. El abogado del señor Félix Przedborski, buscando revertir la sentencia absolutoria interpone el correspondiente recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El 7 de mayo 1999, la referida Corte Suprema se pronuncia respecto del recurso, decidiendo anular la sentencia.

En un nuevo juicio realizado el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, se emite una segunda sentencia, condenando al señor Mauricio Herrera Ulloa de los delitos imputados y dando lugar a la acción civil resarcitoria.

El 3 de diciembre de 1999, el abogado defensor de señor Herrera Ulloa y un representante del periódico “La Nación”, interpusieron ante el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José un recurso de casación contra la sentencia anterior. El 24 de enero del 2001 la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, integrada por los mismos miembros que concedieron previamente el recurso de casación al señor Przedborski, declararon sin lugar los recursos de casación interpuestos por el defensor de señor Herrera Ulloa y el apoderado especial del periódico. Como consecuencia, esta decisión quedó firme la sentencia condenatoria de 12 de noviembre del 1999.

El 1° de marzo del año 2001, los representantes del señor Mauricio Herrera Ulloa presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la denuncia correspondiente. El 28 de enero del año 2003, la Comisión sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la demanda contra el Estado de Costa Rica.

El 2 de Julio del año 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos finalmente se pronuncia respecto de la demanda declarando que efectivamente se violó el derecho al recurso del señor Mauricio Herrera Ulloa, en específico el artículo 8.2.h en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin perjuicio de las otras garantías que fueron alegadas y que la Corte consideró que el Estado de Costa Rica transgredió⁵⁸.

3.4.2 Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte parte señalando que *“para que un proceso existan verdaderamente dichas garantías (referido a las garantías judiciales), conforme a las disposiciones del artículo 8 de la convención, es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*⁵⁹, en otros términos, se necesita que el Estado en general y el sistema judicial en particular observe y realice todas los actos tendientes al aseguramiento de las garantías en el proceso penal.

Mas adelante, la Corte, como en los casos anteriores, procede a explicar cuáles eran los recursos disponibles para la víctima, la forma en que interpusieron y la respuesta del sistema judicial del país.

El recurso disponible en la legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal, era el recurso de casación. Dicho

⁵⁸ Vulneración de la libertad de pensamiento y de expresión, consagrada en el artículo 13, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵⁹ Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 79p.

recurso se encuentra regulado en los artículos 443 a 451 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

El artículo 443 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece que el *“el recurso de casación procederá cuando la resolución inobserva o aplica un precepto legal”*. Del mismo modo, el artículo 369 del mismo código establece que los defectos que justifican la casación son los siguientes: *“a) que el imputado no esté suficientemente individualizado; b) que falte la determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estimó acreditado; c) que se base en medios o elementos probatorios no incorporados legalmente al juicio o incorporados por lectura con violación de las normas establecidas en el Código; d) que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo; e) que falte en sus elementos esenciales la parte dispositiva; f) que falte la fecha del acto y no sea posible fijarla o falte la firma de alguno de los jueces y no se pueda determinar si ha participado en la deliberación, salvo los casos de excepción previstos legalmente; g) la inobservancia de las reglas previstas para la deliberación y redacción de la sentencia; h) la inobservancia de las reglas relativas a la correlación entre la sentencia y la acusación; e i) la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva”*.

La Corte considera que el *“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* (el énfasis es nuestro). 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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que el recurso de que dispuso el señor Herrera Ulloa no era lo suficientemente amplio, pues no permitió al tribunal superior, en este caso la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que se realizara un análisis o examen comprensivo o integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal costarricense que conoció el caso. El sistema judicial penal del país entonces, no aseguró el derecho del señor Herrera Ulloa a un recurso amplio, por consiguiente, su derecho al recurso fue trasgredido, lo que supone la condena de la Corte para con el Estado Costarricense.

3.5 Análisis de los casos

Lo central a destacar en estos casos antes mencionados es que se puede vislumbrar el contenido esencial del derecho a recurrir del fallo, establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Es decir, lo que ya se ha mencionado en acápites anteriores de esta memoria: el derecho a acceso del mismo, la necesidad de un tipo de examen específico y, en tercer lugar, la calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional.

En este mismo orden de ideas, respecto al derecho a acceso del mismo recurso, la Corte es clara en considerar que el derecho a interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. Además, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.

Respecto al tipo de examen específico, la Corte estima 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.

Por último, respecto al último punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estima que, si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio del derecho al recurso, no pueden establecer restricciones que inflijan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo.

En síntesis, del análisis de los fallos se puede concluir que el derecho al recurso es un tema central del debido proceso y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos da un margen amplio respecto a la nomenclatura, requisitos de interposición y características que debe tener el recurso en los diferentes Estados. Sin embargo, dicha discrecionalidad no es absoluta, puesto que el recurso debe cumplir con ciertos estándares mínimos, tales como ser de carácter ordinario, eficaz y, a la vez, accesible, siendo este último estándar el más importante, porque supone que las partes del proceso tengan la garantía de interponer el recurso – lo que por cierto se relaciona con el carácter ordinario del recurso -; si no se cumple con este requisito al menos, no sería posible examinar si el recurso cumple con los demás requisitos, pues ni siquiera se llegaría a la evaluación respecto de la efectividad que tiene el recurso para revisar lo obrado por las partes y enmendar las resoluciones cuando corresponda.

Es este el examen que debe efectuarse al recurso de nulidad con el fin de verificar si cumple con las exigencias antes mencionadas, tomando en especial consideración una de sus principales limitaciones a la hora de asegurar su recto y eficaz ejercicio, esto es, el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.

III. **CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 387 INCISO SEGUNDO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

1. **Comentarios Generales**

En este capítulo se hará referencia, someramente, a la historia del establecimiento del artículo 387 del Código Procesal Penal, para luego hacer un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto, para finalmente esbozar una conclusión respecto de los criterios jurisprudenciales de dichas sentencias.

2. **Breve reseña histórica del recurso de nulidad**

El recurso de nulidad es una novedad en el ámbito del derecho de los recursos chilenos. En el proyecto enviado por el ejecutivo no se contenía y, en cambio, se trataban el recurso de apelación y el recurso de casación, entendiéndose el primero más o menos en los términos actuales, ósea muy restringido, así se declaraba que la sentencia del tribunal de juicio oral no era impugnabile por vía de apelación y se advertía en el mensaje del ejecutivo, la grave deficiencia de asignar competencia exclusiva a la Corte Suprema para conocer de todas las casaciones del país.

En el momento en que la materia se discutió en la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, la posibilidad de eliminar la apelación resulto muy resistido por una minoría, razón por la cual se acordó con esta, el crear otro recurso, el cual se llamó “*recurso extraordinario*” y que sería procedente cuando la sentencia del tribunal del juicio oral se apartara manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida. Así el proyecto se aprobó por unanimidad en la Cámara.

En el senado, en sala, y luego de largas discusiones producidas en la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento, se acordó fusionar

el recurso extraordinario y la casación en un solo recurso, al que se le denominó *recurso de nulidad*, manteniéndose la idea de la centralidad del juicio oral, por la vía de impedir, que un tribunal superior pudiera incursionar en la determinación de los hechos.

Respecto a nuestro artículo en discusión, el artículo 387 actual, este se introdujo como artículo 389, en los mismos términos, pero referido al recurso extraordinario; y durante toda la discusión del proyecto no existió discusión o justificación, o motivo alguno que sustente el mencionado precepto legal. Sólo, con antelación a la creación del recurso de nulidad, se contempla la opinión del coordinador de la reforma Procesal Penal del Ministerio de Justicia, quien expone *“si el recurso extraordinario se va a mantener, durante la discusión particular debería restringirse la posibilidad de que se presente indefinidamente. Ello, porque se trata de un recurso de nulidad y el tribunal de alzada determinará que el juicio se siguió adelante apartándose totalmente de la prueba rendida, por lo cual será necesario realizar un nuevo juicio ante otro tribunal oral, y ¿qué evitara la interposición del mismo recurso nuevamente?”*, esto claro está referido al recurso extraordinario y no al recurso de nulidad, al cual no se le dio el debate correspondiente en la tramitación del proyecto.

Es menester destacar que este artículo ha sido fuertemente cuestionado por la doctrina desde los inicios de la entrada en vigor del Código Procesal Penal. Así, los autores nacionales María Inés Horvitz y Julián López, han indicado:

“El nuevo juicio oral que se realiza como consecuencia de la declaración de nulidad de un juicio anterior está sometido a los mismos principios y reglas de procedimiento y debe ofrecer al acusado las mismas garantías que el juicio anterior. Si durante el desarrollo de este nuevo juicio se infringieren sustancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes o se aplicara erróneamente el derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, no se aprecia ninguna justificación de política pública para negar al afectado el derecho al recurso que le reconocen los arts. 8.2.e) CADH y 14.5.

PIDCP. Entender lo contrario significaría asumir que, en el segundo juicio oral que se realice como consecuencia de la nulidad del juicio anterior, el Estado tendría "patente de corso" para infringir todas las garantías constitucionales que el sistema asegura al acusado sin que éste dispusiera de medio alguno para su impugnación, lo que constituye un abierto atentado contra dichas garantías que son de rango constitucional."⁶⁰

En el mismo sentido, el autor nacional Alex Caroca Pérez, señala:

*"Se dispone que tampoco será susceptible de recurso la sentencia que se dictare en el juicio oral que se realice como consecuencia de la resolución que hubiere acogido un recurso de nulidad (art. 387 inc. 1 CPP), lo que es abiertamente inconstitucional, porque no hay ningún motivo para que en ese caso deba admitirse una sentencia nula."*⁶¹⁶².

Pese a las críticas, el mencionado artículo no ha sido modificado, y las ocasiones que se ha tratado de obtener la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esta ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional, con excepción de una oportunidad⁶³.

3. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad y sentencias del Tribunal Constitucional

Para comprender las sentencias del Tribunal Constitucional en la materia, es menester examinar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucional, sus requisitos, sus presupuestos procesales, ya que es este recurso el medio por el cual se ha intentado dejar de aplicar el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal. El analizar cuáles son las finalidades del recurso y sus requisitos nos ayudara a entender cuál ha sido el desarrollo histórico que ha tenido la

⁶⁰ Vid. Horvitz y López (2008), pp. 445 y 446

⁶¹ CAROCCA P, Álex. 2005. *El nuevo sistema procesal penal*. 3ª edición. Santiago, LexisNexis, 281p.

⁶² En el mismo sentido: MATURANA M., Cristian. 2003. *Los recursos*, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 268p.

⁶³ T.C., Rol N°5878-18.

presentación de dicho recurso y la tendencia del Tribunal Constitucional frente al tema.

3.1 Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

Este recurso o acción está regulado en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la Republica, el cual faculta al Tribunal Constitucional para resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicación de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución⁶⁴. Es un tipo de control de constitucionalidad concreto, represivo y facultativo; es decir, control concreto, ya que tiene como supuesto material una gestión respecto de la cual se construye el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada; control represivo, puesto que recae en normas legales del ordenamiento jurídico, y control facultativo, en la medida en que se inicia el proceso ante el Tribunal Constitucional mediante una acción entablada por el juez de la gestión a través de un “auto motivado” o vía requerimiento de parte, la inaplicabilidad, en cada caso particular, de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución.

Efectivamente, el mencionado artículo dispone:

“Artículo 93-. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

En el mismo artículo 93 de la Constitución en su inciso décimo primero, se indican los presupuestos procesales para la interposición del recurso, el cual dispone:

⁶⁴ NAVARRO B., Enrique. 2014. *La nueva acción de inaplicabilidad de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. (1): 215-272

“En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez (el énfasis es nuestro) que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”

A continuación, se enumerarán y explicarán dichos requisitos.

3.1.1 Presupuestos procesales del recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

En primer lugar, los sujetos procesales legitimados para interponer el recurso de inaplicabilidad son las partes o el juez que conoce de la gestión normal, cuando la norma suscite dudas respecto a su constitucionalidad. Son partes, en un asunto contencioso, aquellas personas que sostienen ante el tribunal una contienda jurídica y actual acerca de sus propios derechos y a quienes afecta directamente los resultados del proceso.

En segundo lugar, y tal como lo indica el inciso decimo primero, se necesita que exista una gestión pendiente, esto es, que la gestión no esté fenecida. Esta exigencia se explica porque, si el asunto se encuentra terminado, la jurisdicción se encuentra agotada, lo que haría que el recurso fuera declarado inadmisibile en el primer trámite llevado a cabo por la sala del Tribunal Constitucional.

En tercer lugar y, como lo señala el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento deberá

contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

Asimismo, el artículo 79 inciso 3° y 4° de la misma Ley Orgánica Constitucional señala diferencias respecto de la presentación del requerimiento, distinguiendo si la presentan las partes o el juez. En el primer caso, la parte que inicia el requerimiento deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en qué conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Si la presentación del requerimiento es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Además, el tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.

3.1.2 Presupuestos de Admisibilidad

Como lo señala el profesor Enrique Navarro⁶⁵, desde la reforma constitucional del 2005 al Tribunal Constitucional le ha tocado pronunciarse de más de un millar y medio⁶⁶ de presentaciones, de lo que se ha podido concluir según el autor, de los siguientes presupuestos de admisibilidad de la acción, que se encuentran establecidos en nuestra propia Carta Fundamental.

⁶⁵ NAVARRO, Beltran. 2014. La nueva acción de inaplicabilidad de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. 2:215-272.

⁶⁶ En la actualidad esta cifra es mucho mayor.

Adicionalmente el propio artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional indica que la acción de inaplicabilidad deberá ser declarada inadmisibile: *“1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y; 6° Cuando carezca de fundamento plausible.”*

De lo anterior, el profesor Navarro, concluye que los requisitos son:

- a) Que el requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado: Como se desprende del inciso decimo primero del artículo 93 de la Constitución, el requerimiento podrá ser planteado por cualquiera de las partes o el juez que conoce del asunto, esta – la legitimación - debe ser debidamente acreditada acorde a la Constitución y a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- b) Que el requerimiento que se promueva respecto de un precepto legal no haya sido declarado anteriormente conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional - sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento-, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.

- c) Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial: el Tribunal Constitucional ha expresado que “*gestión pendiente*” debe entenderse en su sentido natural u obvio, y supone que la gestión judicial invocada no haya concluido⁶⁷, lo que implica que la acción de inaplicabilidad debe promoverse, in limine litis, esto es, dentro de los límites de la litis o gestión. Esta gestión pendiente, además, debe ser acreditada debidamente por el requirente y de no ser así, se declara inadmisibile.
- d) Debe tratarse de un precepto de rango legal: Este recurso no es la vía para impugnar resoluciones judiciales ni para impugnar actuaciones administrativas, ni tampoco para aclarar el sentido de preceptos legales, ni tampoco para declarar cual es el derecho aplicable.

Respecto de la nomenclatura “precepto legal” el propio Tribunal Constitucional ha expresado “*debemos aceptar que los ‘preceptos legales’ son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal) (...) una unidad de lenguaje debe ser considerada ‘un precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento de ser declarado inadmisibile de dejar de producir tal efecto (...) para que una unidad lingüística (...) pueda ser considerado una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa; esto es que constituya una unidad autárquica capaz de producir efectos jurídicos al margen de otras normas*”⁶⁸. Por último, el precepto legal debe encontrarse vigente, dado que no se podría

⁶⁷ T.C., Rol N° 981/2007

⁶⁸ T.C., Rol N° 626/2007

requerir la inaplicabilidad respecto de una norma que no está vigente en el Ordenamiento jurídico.

- e) El precepto legal debe ser aplicable en la gestión: Esto, según el propio Tribunal Constitucional⁶⁹, implica que la norma legal objetada debe ser contraria a la Constitución en su aplicación al caso concreto, la cual debe ser sustentada adecuada y lógicamente.
- f) La aplicación del precepto debe resultar decisiva en la resolución del asunto: El precepto legal en cuestión debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no, independientemente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es procedimental o de fondo.
- g) La impugnación debe estar fundada razonablemente: En términos del mismo Tribunal Constitucional implica, *“la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal”*⁷⁰.

3.1.3 Suspensión del Procedimiento

El artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional señala *“Corresponderá a las salas del Tribunal: 3. Resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*.

El Tribunal Constitucional debe resolver, en la misma sala, la suspensión del procedimiento de la gestión en la cual incide la solicitud de inaplicabilidad, evitando de esta forma que la declaración de

⁶⁹ T.C., Rol N° 632/2006

⁷⁰ T.C., Rol N° 495/2006

inaplicabilidad hecha por la sentencia del juez constitucional llegue a la gestión judicial después de la hora de la cosa juzgada.

Como se verá en su oportunidad, en muchas ocasiones el Tribunal Constitucional no declara la suspensión del procedimiento, aun cuando el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal impide interponer un recurso de nulidad en el segundo juicio incoado a consecuencia de haberse anulado en el anterior, con las excepciones que tiene el mismo artículo. Se hace menester entonces, que el Tribunal Constitucional declare la suspensión del procedimiento; de lo contrario, el requirente se vería en la imposibilidad de interponer el recurso de nulidad en caso de que la sentencia de inaplicabilidad resultare favorable.

3.2 Tres sentencias relevantes de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal

La historia de la interposición de este recurso a causa del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, no puede ser precisada en términos claros, debido a que el Tribunal Constitucional ha tenido diferentes pronunciamientos desde la reforma constitucional el año 2005. Sin embargo, destacan al menos tres sentencias que ha conocido el Tribunal: el caso “*Tocornal*” del 2007, en la cual el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es rechazado en la fase de admisibilidad; luego el caso “*Aaron Vásquez*” en el cual el requerimiento pasa la fase de admisibilidad sin embargo, el Tribunal Constitucional al conocer el fondo del asunto rechaza el requerimiento, y, por último, la única sentencia cuyo requerimiento ha sido aceptado, el caso “*Michael Castro Bastías*” de rol N°5878-18, de fecha 13 de agosto del 2018.

En el apartado siguiente se señalarán los antecedentes de cada caso, seguido del análisis del Tribunal Constitucional y, para terminar, en un apartado posterior se analizarán en su conjunto los fundamentos de las tres sentencias.

3.2.1 Caso Tocornal

3.2.1.1 Antecedentes del caso

En una primera etapa, los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, ni siquiera superaban la fase de admisibilidad. El primer caso, Rol N°764-07 del Tribunal Constitucional, adquirió amplia publicidad en vista de la gravedad de los hechos que ahí expusieron: Jorge Tocornal Babra fue denunciado por su excónyuge por la comisión de una serie de abusos de connotación sexual en contra de sus hijos.

En el primer juicio oral llevado en su contra, Jorge Tocornal Babra fue declarado culpable y condenado. Su defensa, por consiguiente, interpuso el recurso de nulidad correspondiente ante la Corte Suprema. El tribunal superior de justicia, anulo la sentencia y el juicio, en cuanto considero que el tribunal oral en lo penal de Santiago no había efectuado una adecuada ponderación de las pruebas presentadas en el juicio.

Se llevó a cabo el nuevo juicio, y el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago con fecha a 30 de marzo del 2007, dicto sentencia condenatoria en contra del acusado, hallándolo culpable de los mismos delitos⁷¹ en los mismos términos que el juicio anterior anulado.

3.2.1.2 Análisis del Tribunal Constitucional

Es entre la dictación de la sentencia - 30 de marzo - y la lectura de la sentencia – el 9 de abril del 2007- , específicamente el 4 de abril del 2007, que es la fecha en que la defensa de Jorge Tocornal interpuso

⁷¹ En la causa RIT n° 273-2016, del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en la cual se condenó a Jorge Alberto Tocornal Barra de los delitos tipificados en los artículos 362 (violación de menor de 14 años), 366 bis (acción sexual distinta al acceso carnal con persona menor de 14 años) y 366 quáter (realización de acciones de connotación sexual ante una persona menor de 14 años).

el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, pues como se ha expresado reiteradamente en esta tesis, el artículo en cuestión impide interponer el recurso de nulidad en el segundo juicio incoado a consecuencia de haberse anulado el anterior, salvo las excepciones del mismo artículo. Además, en el segundo otrosí de este requerimiento, se solicita al Tribunal Constitucional ordenar la suspensión en la que incidía la solicitud de inaplicabilidad, esto es el juicio RIT n°273-2006 seguido ante el Tercer Tribunal Oral en lo penal de Santiago, de modo de que no se procediera a la lectura de la sentencia y por tanto a la notificación de esta.

Dicho requerimiento, de Rol N° 764-07, ni siquiera pasó el trámite de admisibilidad, en vista de que el Tribunal consideró que la acción intentada no cumplía con dos de los requisitos de admisibilidad que regula el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: el primero, que exista una gestión judicial pendiente y, el segundo, que la norma resulte decisiva en la resolución del asunto (contemplados en los numerales 3° y 5° de dicha ley, respectivamente).

La resolución del Tribunal señala en su considerando séptimo, los motivos que lo llevan a considerar que no existe una gestión judicial pendiente. Así se indica:

“7°. Que, en efecto, consta del certificado estampado con fecha 10 de abril del año en curso por el Secretario de este Tribunal Constitucional, que la sentencia dictada en los referidos autos criminales- RIT 273-20006-, se encuentra ejecutoriada a contar del día 9 de abril de 2007.

En consecuencia, en este caso resulta evidente que no existe una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en la cual

podiera recibir aplicación del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal precepto, que como antes se ha dicho, es objeto del presente requerimiento”.

De manera más escueta, señala en su considerando octavo que la norma en cuestión no es relevante para la decisión del asunto:

“8. Que, por otra parte, tampoco se cumple la exigencia constitucional según la cual la aplicación del precepto legal que se impugna pueda resultar decisiva en la resolución del asunto que se trata. En este caso, la norma legal invocada no tiene incidencia en la decisión sustantiva de la gestión que ha motivado la interposición de la acción, atendida la naturaleza de la misma, esto es, que se trata de un juicio criminal que versa sobre los delitos aludidos en el considerando primero;”.

Posteriormente y tras el fallo del Tribunal Constitucional, el recurrente intentando generar un estado de pendencia, que le permitiera entablar nuevamente un nuevo requerimiento de inaplicabilidad, interpone para ante la Corte Suprema, el 19 de abril del año 2007, un recurso de nulidad en contra de la sentencia leída en audiencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el 9 abril de 2007.

En la misma fecha que interpuso el recurso de nulidad, el 19 de abril del 2007, el abogado recurrente presentó recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, que generó el rol N°77-07.

Este último recurso fue declarado inadmisibile, pero esta vez la fundamentación de la resolución fue tan solo la inexistencia de una “gestión pendiente”, no entrando al análisis del carácter “decisivo” del precepto cuya constitucionalidad era cuestionada.

3.2.2 Caso Aaron Vásquez

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional a partir de este caso da cuenta de un cambio de razonamiento: de ahora en adelante el recurso pasa la fase de admisibilidad, más es rechazado cuando es conocido por el tribunal en pleno. Las sentencias posteriores a esta siguen en términos generales los razonamientos planteados por este caso, de ahí la importancia de su revisión.

3.2.2.1 Antecedentes del caso

Aarón Vásquez fue condenado, el 28 de julio del 2007, en calidad de autor por el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago, por el delito de homicidio simple, con la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, debiendo cumplir pena en régimen semicerrado. En contra de esta sentencia, el Ministerio Público y los querellantes interpusieron recurso de nulidad con el fin de anular el juicio y la sentencia; la defensa de Aaron Vásquez, por el contrario, decidió no recurrir en contra de dicha sentencia, pues a su juicio, la sentencia no significaba un perjuicio subjetivo, aceptando la tesis y la sentencia que el tribunal decidió imponerle.

La Corte de Apelaciones de Santiago decidió acoger el recurso de nulidad, y se procedió a realizar un nuevo juicio ante un tribunal no inhabilitado.

En el segundo juicio oral, realizado por jueces no inhabilitados del mismo tribunal, se agravó la pena a Aaron Vásquez al ser condenado como autor del delito de homicidio calificado con agravante de alevosía, aplicándole una pena de 7 años de internación en régimen cerrado. Es en esta oportunidad, el 12 de noviembre del año 2007, la defensa de Aaron Vásquez interpone simultáneamente recurso de nulidad - el cual es conocido por la Corte Suprema- y recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387

inciso 2° del Código Procesal Penal, pues a su juicio es la primera vez que la sentencia del tribunal le produce perjuicio al acusado.

Lo interesante en esta ocasión es que respecto del recurso de nulidad presentado ante el tribunal *a quo*, el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago, consideró al controlar la admisibilidad del recurso, que la primera sentencia es “*absolutoria*”, en la medida que lo “*absolvía del delito de homicidio calificado (...) en cambio, se le condena(ba) a sufrir pena de tres año de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social...*”, por tanto era pertinente nuevamente el recurso, al estar dentro de las excepciones, según el Tribunal, del artículo 387 inciso 2°.

La segunda sala del Tribunal Constitucional, por su parte, consideró que el requerimiento era admisible, por cuanto cumplía con el requisito de estar razonablemente fundada y que la aplicación de la norma resulta decisiva en la resolución de la gestión.

3.2.2.2 Análisis del Tribunal Constitucional

Recapitulando, luego de la lectura de la sentencia el 30 de noviembre del año 2007, la defensa de Aaron Vásquez interpuso simultáneamente, el 12 de noviembre de 2007, recurso de inaplicabilidad (ante el Tribunal Constitucional) y recurso de nulidad (ante el tribunal de Juicio Oral en lo Penal), ambos recursos pasaron la fase de admisibilidad. El Tribunal Constitucional consideró que, al haber pasado el recurso de nulidad la fase de admisibilidad, la gestión se encontraba pendiente, sin entrar a analizar en detalle respecto de este requisito y estimó que la norma en cuestión, el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, era decisiva para resolución de asunto.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional estima que efectivamente la gestión se encontraba pendiente, empero no entra en detalle respecto de cuáles son los motivos por los que considera que la gestión se encontraba en ese estado, tan solo señala, cita textual: “7°. *Que, consta de los antecedentes acompañados al proceso, que la gestión en la que incide el requerimiento se encuentra pendiente;*”.

El segundo motivo que llevo a declarar la admisibilidad del requerimiento es que el Tribunal Constitucional consideró que el artículo era decisivo para el fallo del caso, como lo señala la resolución judicial en su considerando 8°, que indica “*Que, para el sólo efecto de pronunciarse sobre su admisibilidad, este Tribunal estima que el precepto legal impugnado puede **resultar decisivo en la gestión** (el énfasis es nuestro) singularizada en el numeral primero de esta resolución*”.

Pese a que este requerimiento pasó la fase de admisibilidad, el Tribunal Constitucional decidió rechazar el requerimiento de inaplicabilidad; su argumento principal se sustentó en el hecho de que el acusado Aaron Vásquez no haya ejercido el recurso de nulidad en el primer juicio, como se señala en el considerando vigesimosegundo de la sentencia que señala: “*Estamos frente a un proceso penal en el cual hubo derecho a recurrir, pues la sentencia era objetivamente agravante, mas no lo hizo el condenado, como dice el requerimiento, puesto que estimó que subjetivamente no lo era, con lo cual no impetrar la nulidad del proceso o la sentencia y, por esa vía, ampliar la competencia específica del tribunal señalado por la ley como llamado a decidirlo, limitó sin duda su derecho a la defensa, por un acto propio y no porque la ley haya contravenido a la constitución*”

El segundo argumento que construyó el Tribunal para rechazar el recurso de inaplicabilidad, es realizando un examen de si es que efectivamente las restricciones que plantea el artículo 387 inciso

segundo del Código Procesal Penal, viola el derecho constitucional de igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 numeral 2° de la Constitución Política de la República⁷², ya que este mismo artículo señala explícitamente en su inciso segundo “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. En otras palabras, la ley puede consagrar diferencias entre las personas, empero estas no deben ser arbitrarias: ese es el límite que el Constituyente le da al legislador a la hora de establecer diferencias entre las personas.

En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en su considerando trigésimo primero entrega una definición de discriminación arbitraria, y al respecto dice: “*Que, en primer término entendemos que discriminación arbitraria es “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquiera autoridad pública, que aparezca contraria a la ética elemental o aun proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación racional o razonable” (Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Toma II, pág. 125)*. Luego, en el mismo considerando señala que la tendencia es seguida por el derecho comparado; así, se entrega criterios expresados por el Tribunal Constitucional Español: “*no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*”(*Tribunal Constitucional español, sentencia 128/1987 de 16 de Julio de 1987*) y que la “*igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción*

⁷² Artículo 19:” 2°La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal fator diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador.” (Tribunal Constitucional español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983).

Seguidamente, en su considerando trigésimo tercero, busca discernir entre el límite de lo arbitrio y lo discrecional, y se indica “...un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tienes o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha primera barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador.”

Luego, en su considerando trigésimo cuarto, pasa directamente a desestimar la infracción denunciada por el requirente, mas no se subsumen los presupuestos en concreto, arribando rápidamente a la conclusión de que no existe dicha arbitrariedad.

Mención especial merece el voto de disidencia en este caso, pronunciados por los entonces ministros del Tribunal Constitucional, Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza. En el considerado trece de dicho voto de disidencia, se señala la diferencia con la que cuenta el recurso de nulidad, en su interposición cuando se encuadra en las circunstancias planteadas por el artículo 387 inciso segundo, posteriormente y haciendo ver que existe una diferencia, señala:

“Si bien la norma constitucional no exige, como en la garantía de igualdad ante la ley, que se trate de una diferencia arbitraria, resulta útil indagar sobre el fundamento de la misma, para calificar su razonabilidad”⁷³.

Para enseguida, en su considerando catorce, quince y dieciséis, pasar a revisar la historia del establecimiento del recurso, para observar y ponderar si existe algún indicador que suponga que tales restricciones estén justificadas. Empero, como se indicó en la historia del establecimiento del artículo, no parece claro que la limitación a la interposición del recurso de nulidad este suficientemente justificado en términos de justicia o racionalidad; los criterios fueron más bien de economía procesal o del sostenimiento financiero del sistema jurisdiccional. Vale decir, existe una discriminación evidentemente arbitraria que posee una justificación que está por debajo de los derechos fundamentales del imputado y, como lo indica en el mismo voto de disidencia:

“Si se coloca de un lado el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, se comprueba el carácter esencial de la norma que protege el derecho fundamental, garantizado por la Constitución y los tratados internacionales, de resguardar su libertad. La simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales.”⁷⁴

Enseguida, este voto disidente efectúa otra ponderación: en este caso se analiza conjuntamente la razonabilidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, el derecho al recurso en

⁷³ T.C., Rol N° 986-07

⁷⁴ T.C., Rol N° 986-07.

contra de una sentencia condenatoria penal y con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, considerando dieciocho del voto disidente, se señala *“Que, por último, en la búsqueda de la razonabilidad del precepto impugnado, es útil considerarlo en su conexión con el instituto al que se adscribe – el derecho al recurso en contra de una sentencia condenatoria penal – y con el ordenamiento jurídico en su conjunto.*

Este último consagra la garantía de un procedimiento racional y justo y, en su contexto, del derecho a un recurso, en tanto que el sistema procesal penal vigente está orientado por la cautela de los derechos del imputado criminal y, en lo que concierne precisamente a la habilitación del recurso de nulidad, por la protección de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, como lo dice el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal. No se advierte coherencia con ese valor en la privación de todo recurso en contra de una sentencia condenatoria criminal”.

Así, y siguiendo la misma línea, si se considera que el recurso de nulidad protege los derechos o garantías aseguradas por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, como lo dice en artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, no es coherente con la privación de todo recurso en contra de una sentencia condenatoria criminal. Estos llegan a la conclusión, entonces, de que el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal privó de todo recurso al requirente de este caso, causando efectos contrarios al principio constitucional que asegura la igual protección en el ejercicio de los derechos.

Por otro lado, respecto del perjuicio sufrido por Aaron Vásquez, se consideró que el agravio surgió por primera vez con la

segunda condena por homicidio calificado, en atención de que en la primera sentencia este había aceptado su responsabilidad como autor del delito de homicidio simple. Al respecto los ministros no entran en detalle en este punto, a diferencia del voto mayoritario, lo que se condice con la aceptación de que el perjuicio debe ser evaluado desde una perspectiva subjetiva.

3.2.3 Caso Michael Castro Bastías

Este caso se caracteriza por ser el único en que se ha concedido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, cuya sentencia fue pronunciada por el Tribunal Constitucional el 13 de agosto del 2018. A continuación, se entregarán los antecedentes del caso y posteriormente se mencionará el análisis del Tribunal Constitucional, con una mención al voto disidente.

3.2.3.1 Antecedentes del caso

Michael Castro Bastías fue acusado por el Ministerio Público de Arica, en octubre del año 2017, por los delitos de abuso sexual impropio reiterado, violación impropia y violación propia. El juicio oral se realizó el 22 de agosto de 2018, en donde el tribunal de juicio oral en lo penal de Arica decidió absolverlo por los delitos de abuso sexual reiterado y violación impropia, y condenarlo por el delito de violación propia a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y, por el delito de abuso sexual, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, junto a las accesorias legales.

En contra de dicha sentencia, tanto el Ministerio Público y el querellante, como la defensa de Michael Castro Bastías recurrieron de nulidad, solicitando que se anulara el juicio oral y su sentencia.

La Corte de Apelaciones de Arica, el 19 de octubre de 2018, acogió el recurso presentado por la defensa de Michael Castro Bastías, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral por un tribunal no inhabilitado.

En este nuevo juicio se realizó los días 13 y 14 de diciembre de 2018, y culminó con la condena al acusado, el día 19 de diciembre de 2018, por el delito de abuso sexual reiterado, imponiéndole una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y por el delito de violación impropia aplicándole una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, siendo ahora absuelto del delito de violación propia, esto es, del delito por el que había sido condenado en el primer juicio. En resumidas cuentas, en el nuevo juicio se le impusieron penas de mayor entidad, al acusado Michael Castro Bastías.

La defensa de Michael Castro Bastías, interpone nuevamente recurso de nulidad para ante la Corte de Apelaciones de Arica. Seguidamente, con fecha 28 de diciembre de 2018, se interpone el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad frente al Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, a diferencia de los casos anteriores, acoge el correspondiente recurso. Lo interesante es que los argumentos expuestos, son muy parecidos a los de los votos disidencia comprendidos en el caso Aaron Vásquez.

3.2.3.2 Análisis del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, inicia su análisis del caso, en base a los efectos jurídicos procesales que tiene la nulidad, la cual priva de todo efecto jurídico al acto como si jamás hubiese existido. En este sentido el Tribunal, en su considerando decimo primero, señala que

“...desde el prisma del derecho procesal, sólo hay una sentencia, la del nuevo juicio oral porque jurídicamente, el primer proceso se anuló, por consiguiente, no existió. Para todos los efectos sólo se debe considerar el proceso en que se dicta sentencia, con fecha 19 de diciembre de 2018, por la sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica [...]. En concreto, la disposición legal impugnada le impide al sujeto, a quien se le imponen sanciones penales de naturaleza aflictiva, interponer recursos procesales”⁷⁵, lo que implica que, para todos los efectos legales, solo existió la segunda sentencia⁷⁶. Entonces, atribuirle efectos jurídicos a esta la primera sentencia sería desconocer las características propias de la nulidad procesal.

En segundo término, la sentencia, hace eco de las críticas ya expuesta en esta tesis de parte de los profesores María Inés Horvitz y Julián López; argumentos utilizados previamente en el voto de disidencia del caso Aaron Vásquez.

En tercer lugar, la sentencia también se hace cargo de la diferencia arbitraria que produce el impedimento de interponer el recurso de nulidad al sujeto condenado en el nuevo juicio, si en el anterior anulado también lo fue, lo que, realmente no tiene una justificación razonable y en consecuencia afecta directamente el derecho a la igualdad ante la ley.

Para finalizar, el fallo expone *“el derecho al recurso como elemento integrante de un procedimiento racional y justo, constituye un derecho del condenado en el juicio penal, cuyo defensor letrado puede estimar que en el nuevo juicio oral concurren vicios procesales que podrían acarrear la nulidad del procedimiento o del fallo o, de ambos, y sin embargo se ve imposibilitado por la ley adjetiva a*

⁷⁵ T.C., Rol N° 986-07

⁷⁶ La sentencia que fue pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal de Arica el 19 de diciembre de 2018.

*solicitar al tribunal superior dicha nulidad. Esta cortapisa es una manifiesta infracción a la obligación de establecer un procedimiento racional y justo*⁷⁷, lo que le daría una “patente de corso” para infringir tanto los actos procesales como los derechos y garantías asegurados por la Constitución Política de la Republica y las leyes.

3.2.4 Comentario de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional

De la lectura de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, se pueden obtener grandes conclusiones que sirven al propósito de esta tesis.

El llamado caso “Tocornal” de rol 764-07, cuyo principal motivo de rechazo es la supuesta “extemporaneidad” del requerimiento, es francamente errado. Sintetizando, el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que el requirente pretendía se anulara omitiéndose la aplicación del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, es pronunciado por el tribunal de juicio oral en lo penal el 30 de marzo de 2007, acto seguido se presenta el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el 4 de abril de 2007, para pasar por la fase de admisibilidad recién el 11 de abril de 2007. Sin embargo, la lectura de la sentencia, del fallo del tribunal de juicio oral en lo penal de fecha 30 de marzo, se efectúa el 9 de abril de 2007.

¿Por qué hacer tanto hincapié en las fechas? Porque revelan un error que el mismo Tribunal Constitucional cometió: como se comentó en un apartado anterior de este capítulo, y tal como lo señala el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, corresponde a las salas del Tribunal Constitucional pronunciarse respecto de la suspensión del procedimiento en los que recae el requerimiento de

⁷⁷ TC, Rol N°986-07

inaplicabilidad, esto justamente para evitar que en el intertanto que se examina el requerimiento, el “asunto pendiente” adquiriera la calidad de cosa juzgada. En este mismo orden de ideas, y con el objeto de hacer un esquema claro de la situación, acorde al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, “*se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno*”, a su vez, el artículo 346 del Código Procesal Penal señala que es en la audiencia de comunicación de la sentencia, en que ésta se entiende notificada a todas las partes y, como se ha reiterado en la presente tesis, el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal declara la improcedencia de entablar recurso alguno en contra de la en la sentencia que se dictare en un nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiera acogido el recurso de nulidad, salvo las excepciones legales.

Todo esto nos lleva a concluir que, al momento de la lectura de la sentencia, el 11 de abril de 2007, que es cuando esta se entiende notificada a los intervinientes del proceso penal acorde al artículo 30 del Código Procesal Penal, esta se encontraba ejecutoriada al no proceder recursos en contra de esta, y por tanto adquiriría la calidad de cosa juzgada.

Fue este último motivo, el que la sentencia se encontraba ejecutoriada, la que señaló el Tribunal Constitucional para declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad presentado; obviando el detalle de que precisamente para evitar la inadmisibilidad, los propios requirentes solicitaron la suspensión del procedimiento en el segundo otrosí del requerimiento presentado, empero el Tribunal Constitucional obviando la premura que dicho requerimiento tenía, revisa los antecedentes dos días después de que la sentencia en sede penal adquiere el carácter de ejecutoriada.

El segundo motivo que llevó a declarar inadmisibile el requerimiento es que acorde al Tribunal Constitucional “*el artículo 387*

inciso segundo del Código Procesal Penal no es decisivo para la resolución del asunto". Conclusión con la que no se podría diferir más: tal como se explicó en el motivo anterior, es precisamente el artículo en cuestión el que imposibilita a la defensa del señor Tocornal de obtener algún tipo de revisión de la sentencia que lo condene más severamente.

Ambos motivos que llevaron al tribunal a declarar inadmisibles los requerimientos son insuficientes y erróneos. El primer motivo que dice relación con la ejecutoriedad de la sentencia, lo que ocurre desde el momento de la lectura de la sentencia el 9 de abril del 2007 por parte del tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago, no da cuenta de que su propia falta de diligencia, en declarar en la suspensión del procedimiento, hubiera impedido justamente que la sentencia se encontrara ejecutoriada al momento de que el requerimiento pasara a la fase de admisibilidad. Adicionalmente, el tribunal no da cuenta que el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, es fundamental para la decisión del caso, dado que su "inaplicabilidad" daría la oportunidad de anular toda la sentencia e inclusive el juicio oral, en función del eventual acogimiento del recurso de nulidad.

En lo tocante al segundo requerimiento de inaplicabilidad, rol 775-07 presentado el 19 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional estimó que no existía una gestión pendiente, por tanto, procedió a declararlo inadmisibles, lo cual es coherente, si estimamos que el requerimiento de inaplicabilidad se presentó una vez de la lectura de la sentencia, por tanto una vez que esta se encontraba ejecutoriada. Claramente este requerimiento presentado, estaba destinado al fracaso, por lo que el motivo de su interposición, aparentemente, fue la intención del recurrente de agotar todas las posibilidades que tenía para enmendar la resolución que le perjudicaba.

El caso Aaron Vásquez tiene sus particularidades y es el primer caso en que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el fondo del

asunto, no obstante, previo a hablar de la sentencia, es necesario hacer referencia a la resolución que declaro la admisibilidad del recurso.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional consideró que efectivamente la gestión se encontraba pendiente, empero no entra en detalle respecto de cuáles son los motivos por los que considera que la gestión se encontraba en ese estado. Tan solo señala “7° *Que, consta de los antecedentes acompañados al proceso, que la gestión en la que incide el requerimiento se encuentra pendiente;*”. Sin embargo, al examinar los documentos acompañados por las partes y las comunicaciones entre el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Santiago y el Tribunal Constitucional, se concluye que la razón por la cual el Tribunal consideró que la gestión en la que incide el requerimiento se encontrara pendiente, es que efectivamente el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Oral de Santiago, declaro admisible el recurso de nulidad una vez que fue interpuesto por la defensa de Aaron Vásquez y elevo los antecedentes al tribunal *ad quem*. Si bien no es el objeto del capítulo de esta tesis centrarse en el análisis particular de los tribunales de Juicio Oral en lo Penal, es relevante tener en cuenta las consideraciones que hace este tribunal.

En resolución de fecha 12 de noviembre del 2007 el 3° tribunal de juicio oral en lo penal señala:

“...conforme se ha señalado por los intervinientes el día 27 de julio de este año Aaron Vásquez resulto absuelto de un delito de Homicidio Calificado, sin perjuicio de las redacciones o elementos integrantes de aquella decisión y en ese sentido aquella decisión, la decisión de absolución respecto de ese delito fue contraria en el segundo juicio, esto es, se obtuvo una sentencia condenatoria que en este sentido la interpretación que el Tribunal ha dado a la norma del artículo 387° del Código Procesal Penal es en ese sentido y de consiguiente realizando una interpretación armónica de todas las normas que se han citado el

Tribunal, declara admisible el Recurso de Nulidad deducido por la defensa...”

Vale decir, el tribunal considera que, como en el primer juicio llevado en contra de Aaron Vásquez, se le condenó a la pena de homicidio simple, pese a que fue formalizado y acusado por el delito de homicidio calificado, la sentencia sería, por tanto, “absolutoria”. Luego, en el segundo juicio llevado en su contra, se le condena efectivamente por el delito de homicidio calificado, siendo ahora la primera sentencia “condenatoria”. Así, acorde a la interpretación del tribunal, se estaría dentro de las excepciones que plantea el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.

No es correcta, en todo caso, la interpretación del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal: ambas sentencias son condenatorias. Aun cuando la segunda condena supone una pena más gravosa que la primera, ambas sentencias tienen el carácter de condenatorias, el Tribunal Constitucional fuerza el razonamiento más allá de los límites del propio procedimiento penal.

Independiente de lo que estime el Tercer Tribunal Juicio Oral en lo Penal, la declaración de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad la hace el Tribunal Constitucional contiene un análisis correcto: efectivamente en el requerimiento presentado por la defensa de Aaron Vásquez, existía una gestión pendiente y la norma era decisiva para la resolución del caso, así como, efectivamente, el artículo 387 inciso segundo supone un impedimento para interponer el recurso, salvo que se cumpla con ciertas características. Declarar su inaplicabilidad podría cambiar el carácter de condenado o de inocente de un individuo, si es que efectivamente en el juicio o la sentencia se violaron las garantías del debido proceso.

En lo referido a la sentencia en comentario en sí misma, como se adelantó, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad basado en dos argumentos principales. El primero es que el “*condenado*” Aaron Vásquez limitó su propio derecho a la defensa, al no recurrir el primer juicio. El segundo es que, si bien existe una diferencia en el trato que da el legislador a las personas en los términos del artículo 387 inciso segundo, esta diferencia no sería arbitraria y, por tanto, estaría dentro de los parámetros de igualdad que mandata la norma constitucional en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República.

Respecto del primer argumento esgrimido por el Tribunal, resulta problemático negarle el acceso al recurso al condenado supeditado al ejercicio de recursos procesales, siendo claramente arbitrario, en vista de que es una diferencia que exige que los acusados interpongan recursos aun cuando subjetivamente consideren que no existe agravio. En este mismo sentido, se produce una distinción relevante respecto de cómo se entiende el derecho al recurso, según el carácter de la primera sentencia: si esta fue absolutoria, el condenado en el segundo juicio dispone del recurso de nulidad; si en el primero fue condenado, carece del recurso de nulidad, lo que sin lugar a duda constituye una discriminación arbitraria y una violación a los derechos asegurados por la Constitución y los Tratados Internacionales.

El segundo argumento que construyó el tribunal para rechazar el recurso de inaplicabilidad fue realizar un examen de si es que efectivamente las restricciones que plantea el artículo 387 inciso del Código Procesal Penal, violan el derecho constitucional de igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 numeral 2° de la Constitución Política de la República. Según se detalló en el subcapítulo 3.2.3.2 de esta memoria, el Tribunal Constitucional realizó un análisis extenso del límite que deben tener las diferencias que plantea la ley, las cuales no deben ser arbitrarias, siendo ese es el límite que el Constituyente le da al legislador

a la hora de establecer diferencias entre las personas. Es por este motivo que el Tribunal Constitucional se propone entregar una definición de arbitrariedad, mencionando definiciones del Tribunal Constitucional español y de la doctrina, pero al momento de evaluar la distinción del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, el tribunal concluye equivocadamente, que no es arbitraria.

Por último, al analizar el voto disidente, se puede apreciar un correcto avance argumentativo. Los autores del voto disidente del Tribunal Constitucional realizaron un análisis acucioso para determinar si es que efectivamente, al aplicar la norma, el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, supondría una violación a las garantías constitucionales. Esto se logró analizando tanto la historia del establecimiento de la norma - revisando los criterios de economía y economía procesal que se indicaron- como ponderando si es que las diferencias que hace la norma - entre personas condenadas o absueltas en un primer juicio - pasan el parámetro de la arbitrariedad. La respuesta, a juicio de los Ministros, es negativa: no puede considerarse que justificaciones de económica procesal o de economía, son suficientes o de relevancia en contraste con las garantías aseguradas por la Constitución y los Tratados Internacionales y, adicionalmente, se estimó que las diferencias dadas por la norma en cuestión, respecto de los personas absueltas o condenadas en un primer juicio, son arbitrarias.

El caso Michael Castro Bastías, que es el único caso hasta el momento en el cual se ha acogido el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, en principio el Tribunal fundamento su decisión haciendo eco de las críticas que los profesores María Inés Horvitz y Julián Lopez, luego el tribunal se encarga de verificar como esta norma resulta contradictoria con la Constitución Política de la Republica, es específico las garantías constitucionales reconocidas en el 19 N°2 y 3.

Respecto del artículo 19 N°2, relativo a la igualdad ante la ley, y el límite que deben tener las diferencias que impone el legislador, siendo este límite la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional señala al respecto: *“DÉCIMO CUARTO: Que, es regla general lo dispuesto en el artículo 372 del Código citado (del Código Procesal Penal), en cuanto el recurso de nulidad tiene por objeto invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente esta última, por los motivos que establece el artículo 373 del mismo cuerpo legal. Por consiguiente, impedir este recurso al sujeto condenado en un nuevo juicio, si en el anterior, anulado también lo fue es producir una diferencia arbitraria, dado que no existe una justificación razonable más aún en la posibilidad de que se esté ante una pena injusta.”*⁷⁸.

El Tribunal establece que la regla general es la posibilidad de los intervinientes de invalidar el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando concurren algunas de las circunstancias descritas en el artículo 373 del Código Procesal Penal; siendo el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal una excepción a esta regla general. Para determinar si esta excepción es arbitraria o, por el contrario, es discrecional, el propio Tribunal Constitucional, siguiendo al jurista español Tomas Ramon Fernández, señala *“Así, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha primera barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador”*⁷⁹.

⁷⁸ T.C., Rol N°5878-18

⁷⁹ T.C., Rol N° 986-07

Como se ha señalado en la presente memoria, las fundamentaciones que se dieron para incorporar esta norma al ordenamiento jurídico dicen relación con caracteres de economía procesal y economía propiamente tal. Respecto de la legitimidad que tiene esta diferenciación entre los distintos imputados según su juicio se haya anulado anteriormente o no, si bien la finalidad perseguida por dicha norma es, aparentemente, evitar el “juicio infinito”, en realidad no existe claridad respecto de la finalidad perseguida por el legislador pues la discusión no se dio a propósito del recurso de nulidad, si no al anterior recurso extraordinario.

Así, acorde con el test propuesto por el autor, no existe una discrecionalidad en el artículo 387 inciso segundo, por lo que esta excepción resulta arbitraria.

En lo referente al artículo 19 N°3, la sentencia menciona dos derechos constitucionales que se ven vulnerados por el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal. En primera instancia el derecho a la defensa jurídica de los imputados, el cual se encuentra presente en el inciso segundo de la mencionada norma constitucional, que en su primera parte expresa *“Toda persona tienen derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*, en lo relativo a esto el último, la sentencia señala en su considerando décimo séptimo lo siguiente *“...al establecer la regla procesal impugnada en estos autos, en forma indudable restringe el derecho a la defensa jurídica del acusado, considerando que a su defensor se le impide impugnar la sentencia condenatoria en el nuevo juicio, para el caso que el proceso anulado también hubiera existido esa clase de sentencia, con lo cual se produce una evidente vulneración al derecho señalado”*⁸⁰. Esto se hace bastante interesante, pues la consideración de la

⁸⁰ T.C., Rol N°5878-18

perturbación que efectúa la norma cuestionada en la presente memoria, no había considerado como se ve vulnerado el derecho a la defensa, y es que efectivamente se le impide al defensor, disponer de los recursos que franquea el ordenamiento jurídico penal, cuando existe un nuevo juicio.

En lo referente al artículo 19 N° 3 inciso sexto, que obliga al legislador a establecer un racional y justo procedimiento y que acorde al propio fallo *“debe entenderse como existencia de un debido proceso”*⁸¹, señala en su considerando décimo noveno lo siguiente *“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 podrían 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;”*, entonces el Tribunal considera como integrante del debido proceso al derecho al recurso. En seguida en su considerando vigésimo señala que al acusado Michael Castro Bastias y a su defensa letrada se le privó de todo recurso procesal para impugnar la sentencia condenatoria de fecha 19 de diciembre de 2018, esto es la sentencia dictada en el nuevo juicio, en consecuencia, el razonamiento del tribunal es claro y tajante, la privación del derecho a recurrir constituye una inconstitucionalidad muy evidente.

Las consideraciones de este último caso parecieran indicar que, de aquí en adelante, el Tribunal Constitucional acogerá los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del código Procesal Penal que se le presenten, mas pese a que la motivación del Tribunal es coherente con los principios del debido proceso y el derecho al recurso, esto no ha acontecido de esta forma. En

⁸¹ T.C., Rol N°5878-18

efecto sentencias posteriores, como la de fecha 10 de abril del año 2019, rol N° 4187-2017, no fue acogida, pese a que los requirentes pedían de igual forma la inaplicabilidad del artículo, por encontrarse en los presupuestos facticos de la norma que se pretende inhabilitar. Lo interesante es que, en dichos fallos, el voto de disidencia sigue entregando los mismos argumentos que las sentencias anteriores y en el voto mayoritario de la sentencia del caso Michael Castro Bastías, lo que en suma demuestra que existe, al menos, una tendencia - minoritaria, pero tendencia al fin y al cabo - de aplicar la doctrina correcta y de velar por el derecho al recurso. No obstante, mientras el Tribunal Constitucional continúe denegando el recurso, se seguirán afectando de manera sustancial el derecho a recurrir la sentencia, asegurada por nuestra Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile.

IV. CAPITULO V. ¿Es constitucional el artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal?

1. Comentarios Generales

Según lo expuesto en los capítulos anteriores de la presente memoria, queda por responder la temática central de esta memoria, y si es que efectivamente el artículo 387 inciso segundo está o no dentro del marco constitucional y, más concretamente, si es que con la aplicación de este se afecta el derecho al recurso.

Del análisis efectuado, de lo sostenido tanto por los autores nacionales como por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y después de analizar las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que es el aspecto de accesibilidad del derecho al recurso el que se ve afectado por la existencia de la mencionada norma. Y este es uno de los requisitos que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos considera a la hora de examinar si en el ordenamiento jurídicos de un país se respeta el derecho al recurso, junto con ser ordinario y eficaz.

Es por este motivo que este capítulo final de la presente memoria esta enfocado, principalmente, en la forma que el articulo merma la accesibilidad del recurso de nulidad en el proceso penal en el ordenamiento jurídico chileno. Adicionalmente se verá como la falta de acceso al recurso de nulidad afecta gravemente los demás derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados vigentes Chile y que se encuentren vigentes.

2. El acceso al recurso: El problema del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal

El recurso que se estableció por el legislador para lograr el debido resguardo de las garantías consitucionales, en el proceso penal, Es el llamado recurso de nulidad, establecido en el artículo 372 del Código Procesal Penal. Con dicho recurso, se cumplía la expectativa de asegurar un recurso que cumpliera al menos, con el parámetro más

esencial que debe tener el derecho al recurso, esto es, la mera existencia de este. Y esto no implica *a priori* que el mencionado recurso no cumpla con las demás expectativas, sino que, para que se pueda evaluar la efectividad o no de algo, este debe existir al menos.

El segundo aspecto que debe tener el llamado “acceso al recurso” es la facilidad que tienen los intervinientes para acceder efectivamente a un recurso procesal. De la lectura de las normas sobre el recurso de nulidad, pareciera que los requisitos para acceder a dicho recurso son concordantes con la normativa del nuevo proceso penal. Y es que efectivamente el recurso es de tipo extraordinario, destinado a obtener la invalidación del juicio y la sentencia o solo de esta pronunciada por un Tribunal de juicio oral en lo penal, o por el juez en un procedimiento simplificado o de acción penal privada, de parte del Tribunal superior jerárquico establecido en la ley, basado en las causales genéricas y absolutas que establece el legislador. Es decir, procede solo en contra de sentencias definitivas.

Pareciera que el recurso de nulidad cumple con el carácter de acceso al recurso que implica la garantía del derecho al recurso, eso al menos si lo observamos en términos generales. No obstante, si se analizan las circunstancias descritas en el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, es ahí cuando el acceso al mismo se ve severamente menguado. Para ser claros el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal establece:

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

La primera parte de la norma en cuestión plantea una limitación del acceso al recurso total; toda vez que en caso de que exista un juicio y este fuere anulado, la sentencia que se dictare en un segundo juicio no será susceptible de recurso alguno. La segunda parte de la norma plantea una excepción a esta limitación; si la primera sentencia hubiese sido absolutoria y la segunda sentencia condenatoria, entonces procederá el recurso de nulidad en favor del acusado.

Como se señala en el capítulo dos de la presente memoria, el autor nacional Carlos del Río Ferreti señala que la norma simplifica de manera exagerada el carácter que puede tener una sentencia, “...se olvida el legislador que no solo se le quedaba atrás el caso en que se pasa de absolutoria a otra sentencia absolutoria – situación en que la negación del recurso aun cuando criticable no parece escandalosa – sino además el caso de que pase de condenatoria a otra condenatoria, incluso con posibilidad de ser más grave la segunda que la primera anulada, en cuyo supuesto la condena (más grave incluso) con la norma simplificadora tampoco tiene acceso a recurso alguno”⁸². Y son estos últimos casos, en los cuales la segunda sentencia condenatoria tiene una pena más grave -que se analizaron en la presente memoria-, en los cuales queda de manifiesto lo injusta que puede llegar a ser esta norma. Así lo demuestra el caso ya analizado de Aaron Vásquez, causa en que la sentencia condenatoria del segundo juicio impuso una pena más grave para el acusado, y en cual se le denegó la oportunidad de recurrir el fallo – al no ser aceptado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional - fundado principalmente, en la supuesta falta de la propia defensa del acusado, al no recurrir el fallo en la primera sentencia pronunciada.

Con este último caso, queda en evidencia cómo el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, supone una falta de accesibilidad al recurso de nulidad de los intervinientes, afectando consigo el derecho al recurso y teniendo consecuencias a un más severas que se deben señalar.

3. Consecuencias de falta de acceso del recurso de nulidad y su relación directa con el debido proceso

El derecho al recurso es parte integrante del debido proceso como corolario final de una serie de garantías que reconoce y ampara este principio, este concepto proviene del *due process of law* del derecho anglosajón, con una riquísima tradición evolutiva aportada por la jurisprudencia y doctrina en los cuales rige básicamente el derecho consuetudinario. En nuestro país, ha sido conceptualizado por los autores Cristian

⁸² DEL RÍO FERRETTI, Carlos. 2012. *Estudio sobre el derecho al recurso en el Proceso Penal*. Revista de Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 10 (1): 245 – 288.

Maturana y Raúl Montero señalando “*el debido proceso mas bien se refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social*”⁸³ y más concretamente como “*aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, un juicio contradictorio, que exista igualdad de tratamientos de las partes, pudiendo rendir prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste.*”⁸⁴

Si bien el debido proceso aparece reconocido y garantizado en los Tratados Internacionales vigentes de los cuales Chile es parte, la Constitución Política de la República de Chile, ampara específicamente las nociones básicas del debido proceso, en especial el numero tercero de su artículo 19, el cual señala “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Empero, el constituyente no lo desarrolla y según la lectura de las actas de la llamada Comisión Ortuzar, se señala que es deber del legislador determinar el contenido de las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa, así se indica “*el señor Evans planteó su preferencia por los conceptos genéricos de racional y justo encargándole y obligándole al legislador a establecer normas demasiados precisas*”. Posteriormente el propio Tribunal Constitucional ha señalado “*se estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el*

⁸³ MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl. 2010. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 1° ed. Santiago, Jurídica de Chile. 29p

⁸⁴Ídem.

oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”⁸⁵ .

Como se obversa ha sido la intención del Constituyente que el legislador se encargue de indicar cuales son las garantías integrantes del debido proceso, empero esto no ha ocurrido, ha sido el Tribunal Constitucional y autores nacionales como los anteriormente señalados, los que han indicados cuales son las garantías del debido proceso, por medio de la comprensión de las propias garantías señaladas en la Constitución. Así se han indicado que forman parte del debido proceso, las siguientes garantías:

- Que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial
- Reconocimiento del derecho de acción y de defensa
- Garantía del derecho a un defensor
- La expedita resolución del conflicto
- La publicidad de las actuaciones
- La existencia de un contradictorio
- La rendición de prueba
- La Igualdad en el tratamiento de las partes
- La resolución del conflicto penal mediante una sentencia fundada
- **Derecho a recurrir la sentencia que no emanen de un debido proceso** (el énfasis es nuestro)

Como se puede inferir, es precisamente esta última garantía la que permite el efectivo respeto de las demás garantías, y es que se tiene el derecho a recurrir una sentencia que no emanen de un debido proceso, y esto pasa cuando no se respeta una o más de las garantías que se indicaron. Ahora bien, respecto del recurso de nulidad se señala en específico, que uno de los objetivos del recurso de nulidad es “*Asegurar el respeto de las garantías y derechos fundamentales tanto dentro del proceso como en la dictación de la sentencia del juicio oral*”.

⁸⁵ T.C., Rol N° 481-06.

Entonces cuando el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal impide el acceso al recurso de nulidad a los intervinientes del proceso penal, con las excepciones que el mismo artículo señala, se le está negando a los intervinientes precisamente la garantía que permite resguardar los demás derechos integrantes del debido proceso en el proceso penal. Y como señala Juan Bustos *“el proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en el están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía.”* Esta garantía es precisamente el debido proceso, que aparece como forma de contrarrestar la asimetría en la que se encuentra el imputado del proceso penal, con el persecutor penal.

Por consiguiente, al quebrantar de tal forma el debido proceso esta norma, no queda si no concluir su evidente inconstitucionalidad.

4. La inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal

Después de analizar en extenso tanto el origen del actual sistema procesal penal como el origen del recurso de nulidad y del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, así la opinión tanto de la doctrina nacional, como los lineamientos de la Corte Interamericana en pronunciamientos que dicen relación con el derecho al recurso, no queda otra conclusión posible que atribuirle el carácter de inconstitucionalidad a este mencionado artículo.

Resuelta esta interrogante, la siguiente pregunta que debe hacerse es cómo resolver dicha inconstitucionalidad, y es que a luz de la presente tesis queda claro que utilizar el llamado requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no ha resuelto la problemática: de todos los requerimientos presentados, tan sólo el de Michael Castro Bastias rol 5878-18, ha sido acogido por el Tribunal Constitucional. Con todo, no parece que este requerimiento sea la solución definitiva al largo plazo, ya que cada interviniente del proceso penal que se vea en las circunstancias fácticas descritas por la

norma en cuestión, tendría que interponer simultáneamente tanto el recurso de nulidad como el requerimiento de inaplicabilidad, con muy bajas probabilidades de que el requerimiento de inaplicabilidad sea acogido. A esto se le agrega la desventaja de que esta sigue siendo la regla general, ya que el requerimiento de inaplicabilidad solo deja de aplicar la norma para el caso en particular, por lo que la norma seguirá presente en nuestro ordenamiento jurídico, pese a su evidente inconstitucionalidad.

Pareciera que la respuesta se encuentra en una eventual modificación legislativa mediante moción o mensaje, lo que tiene sus dificultades, debido a que depende de la voluntad política que los integrantes del poder legislativo y/o ejecutivo tengan de efectivamente realizar una modificación legal del Código Procesal Penal.

La segunda opción que divisa, aunque menos factible aun, es la acción de constitucionalidad, ubicada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la Republica, cual señala *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”*. Esta es la llamada “acción de inconstitucionalidad” y que permitiría dejar sin efecto el precepto legal.

De la lectura del artículo 93 de la Constitución Política de la Republica y de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, puedo concluir que esta acción tiene los siguientes requisitos, para su interposición: 1. Debe tratarse de un precepto legal; 2. La norma debe haber sido declarada inaplicable; 3. Solo pueden considerarse las causales en que se sustentó la declaración previa de inaplicabilidad; y 4. El proceso puede haberse iniciado por acción pública o de oficio.

Esta segunda opción, sería bastante conveniente de no ser por la reticencia del Tribunal Constitucional de acoger dicha acción en los últimos años⁸⁶, por tanto, si bien me gustaría tener una respuesta optimista en la presente memoria, para poder eliminar definitivamente esta norma del ordenamiento jurídico, en la realidad no ve una manera realmente efectiva para poder lograr dicho cometido.

⁸⁶ TC, Rol N°4966-2018; TC, Rol N° 2800-2015; TC, Rol N°2081-2011.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada en el presente trabajo, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La entrada en vigor del actual Código Procesal Penal marcó una gran diferencia en lo referente al sistema recursivo. De un sistema recursivo de doble instancia, en el cual el recurso de apelación tenía una gran relevancia, y un sistema eminentemente jerarquizado, se pasó a un sistema recursivo en que se restringió considerablemente el recurso de apelación y se optó por un sistema de un control mas bien horizontal, además de la creación del actual recurso de nulidad.
2. Si comparamos el aspecto recursivo entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, se debe remarcar, en primer lugar, que el recurso nace precisamente dentro de los sistemas inquisitorios como una instancia de control burocrático y aunque también era utilizarlo como una garantía de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad, su primer objetivo era ser instancia de control burocrático. En segundo lugar, aunque se estableció que ningún sistema es eminentemente inquisitivo o acusatorio, sino que la mayoría son híbridos, no se puede negar el carácter más marcado de un sistema o de otro. El actual sistema procesal penal chileno es acusatorio: aquí prima la única instancia, la oralidad, el sistema de control horizontal etc., y se redujo la importancia del recurso de apelación, por estimársele incompatible con el sistema procesal oral.

El legislador asocia la doble instancia y el recurso de apelación, con el aparato de control jerárquico de las decisiones judiciales, asociándolo a sistemas premodernos. Siguiendo al jurista argentino Julio Maier es posible ver el sistema de recursos y la doble instancia, como una garantía procesal de los intervinientes, y principalmente del imputado, y dotarlo de un contenido coherente con el respeto de las garantías constitucionales e inspirados en los principios del debido proceso, dentro de un sistema acusatorio, sin que implique necesariamente la eliminación de la doble instancia.

3. El derecho al recurso está configurado por un triple aspecto: el 1) derecho a acceso al mismo, 2) la necesidad de un tipo de examen específico y 3) y la calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional. Todos estos aspectos son importantes para la configuración del derecho al recurso en el ordenamiento jurídico chileno, y en cada uno se han presentado problemáticas al respecto.

Respecto del acceso al recurso, que hace referencia al acceso que un recurso pueda tener para los intervinientes del proceso penal, se destaca el problema de recurribilidad objetiva, particularmente en relación con lo dispuesto en el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, y su imposibilidad de interponer un recurso de nulidad en contra de una segunda sentencia condenatoria dictada en un juicio oral, cuando la primera sentencia también fue condenatoria.

En lo referente a la necesidad de un tipo de examen específico, que debe tener el tribunal superior al conocer del asunto, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por la *revisio priori instantae*, que implica que el tribunal superior debe basar su examen y decisión en los mismos materiales que tuvo a su disposición el tribunal inferior.

Por último, respecto a la calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de la tutela jurisdiccional, se concluye que existen al menos dos problemáticas en el derecho chileno: la primera, que tiene que ver con la práctica de los tribunales superiores de justicia de motivar escasamente sus decisiones cuando se declara una desestimación o inadmisibilidad y con la llamada motivación *per relationem*; y, en segundo lugar, que refiere a la restrictiva forma en la cual el legislador reguló el recurso de nulidad, lo que puede apreciarse tanto en las restricciones mismas que existen para interponer el recurso, como el escaso plazo de 10 días que se tiene para interponerlo.

4. Los fallos pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido relevantes para dotar de contenido al derecho al recurso, siendo estos pronunciamientos de gran relevancia en la doctrina nacional. Dichos fallos esbozan el estándar mínimo que exige la Corte para determinar si se garantiza efectivamente el derecho al recurso en un país determinado, debiendo el recurso ser (al menos) ordinario, accesible y eficaz, y permitir una revisión integral por parte del tribunal superior.
5. Existió una notoria falta de discusión legislativa respecto de la creación del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal. Este artículo aparece a propósito del recurso extraordinario, y nunca se discutió su inclusión cuando se estableció el recurso de nulidad. Además, la doctrina cuestionó su constitucionalidad tempranamente de su entrada en vigencia, pero el legislador no hizo eco de las críticas.
6. Los motivos que el Tribunal Constitucional en un principio señalaba para declarar inadmisibles los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, eran francamente equivocados: el artículo en cuestión es decisivo para la resolución del asunto, dado que el mismo determina precisamente la procedencia o no de la interposición de un recurso de nulidad en el nuevo juicio.
7. El paso de los requerimientos de inaplicabilidad por el trámite de admisibilidad, no significó que el Tribunal Constitucional acogiera mencionados requerimientos, de todos los requerimientos presentados, tan solo el caso de Michael Castro Bastias rol 5878-18 fue declarada inaplicable la norma en cuestión. Su principal fundamentación fue en primer lugar que constituía una excepción a la regla general del artículo 372 del Código Procesal Penal, que señala a el recurso de nulidad como forma de invalidar juicio oral y la sentencia definitiva o solamente esta última, y que dicha excepción constituye una diferencia entre los intervinientes del proceso penal arbitraria, y por tanto haciendo a la norma inconstitucional en los términos del artículo 19 N° de la Constitución. El motivo de fundamentación es su disconformidad con el artículo 19 N° 3 tanto en su inciso segundo, el derecho a la defensa letrada, como el inciso

sexto, donde se ubica por la doctrina el debido proceso y en consiguiente el derecho al recurso, en donde se establece que la imposibilidad de interponer el recurso de nulidad.

8. El único caso en que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad, si bien marcó un paso en la dirección correcta, no supuso un cambio de razonamiento en el Tribunal Constitucional. Los casos presentados con posteridad al caso de Michael Castro Bastias, si bien pasaron el trámite de admisibilidad, fueron rechazos.
9. El artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal constituye un problema de acceso al recurso, siendo esta última una de las características del derecho al recurso.
10. El derecho al recurso es el corolario final del debido proceso, como tal se vislumbra como protector final de las demás garantías que se encuentran reconocidas tanto nivel constitucional, como a nivel supranacional por medio de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.
11. Pese a que queda demostrada la inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal, aún permanece en nuestro ordenamiento jurídico. Una forma de solucionar esta problemática es mediante la interposición de la acción de inconstitucionalidad, cuya legitimación activa la tiene cualquier persona por ser una acción pública, empero esto no significa su éxito, y las probabilidades son más bien escasas debido a tendencia “tradicional” que tiene el Tribunal Constitucional. Otra forma de solucionar esta problemática sería por medio de una modificación legislativa, iniciado por moción o por mensaje.

V. BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN CUADRADO, María Pía. 2005. La segunda instancia penal. Cizur Menor, España, Thomson Aranzadi.

CAROCCA PERÉZ, Álex. 2000. Recurso en el nuevo sistema procesal penal en AAVV, Nuevo proceso penal. Santiago. Editorial Conosur.

CAROCCA P, Álex. 2005. El nuevo sistema procesal penal. 3ª edición. Santiago, LexisNexis.

CASARINO, Mario. 2009. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

CORTEZ M, Gonzalo. 2006. El recurso de Nulidad. Santiago, LexisNexis.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. 2014. El derecho al recurso y el recurso de nulidad penal. Santiago, LegalPublishing Chile.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. 2012. Estudio sobre el derecho al recurso en el Proceso Penal. Revista de Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 10 (1): 245 – 288.

DE ROBERTO, Giovanni. 2008. en AAVV, Codice di Procedura Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina, Milano, Giuffre.

DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristian. 2009. Proceso Penal. Santiago, Jurídica de Chile.

FERRAJOLI, Luigi. 2001. "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia". Crimen y Castigo (1): 33-50.

FOLLIERI, Antonella. 2008. en AAVV, Codice di Procedura Penale, Milano, Giuffre, 461-559pp.

HORVITZ, María y LÓPEZ MASLE, Julián. 2008. *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2008. Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. Santiago, Editorial Jurídica de las Américas.

MAIER BJ, Julio.1993. Derecho Procesal Penal. Tomo I. 2a edición. Buenos Aires, Editores del Pueblo.

MATURANA M., Cristian. 2003. Los recursos, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.

MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl.2012. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional a enviar el Proyecto de Código Procesal Penal, en Código Procesal Penal, 2008, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2a Edición Oficial.

MONTERO A, Juan y FLORS M, José.2014. Tratado de recursos en el proceso civil. 2ª ed. Valencia. Tirant Lo Blanch.

NAVARRO B., Enrique. 2014. La nueva acción de inaplicabilidad de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae.(1): 215-272.

NOGUEIRA, Humberto.2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et praxis. 9(1): 403-466 pp.

NUÑEZ, Cristóbal. 2009. Tratado del Proceso Penal y del juicio oral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ORTELLS RAMOS, Manuel et al.1998. Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch.

ORTELLS RAMOS, Manuel. 2019. Derecho Procesal Civil. 18ª ed. Pamplona. Arazandi.

PEREIRA ANABALON, H., Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal, Gaceta Jurídica N° 223, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, noviembre de 1999, pp. 15-21

PFEFFER, Emilio.2008. Código Procesal Penal. Anotado y concordado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PFEFFER, Emilio.2008. Código Procesal Penal. Anotado y concordado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SANTALUCIA, Giuseppe. 2008.en AAVV, Codice di Procedura Penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina . Milano, Giuffre, pp. 1-55.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel et al. 2005. El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional, Cizur Menor, Aranzadi.1093-1104pp.

TONINI, Paolo.2007. Manuale di procedura penale, 8a edición. Milano, Giuffre.711-724pp

VARGAS, Edmundo.2007. Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de la República, artículos 5, 19 (nº, 3º). *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

Código Procesal Penal, artículos 10, 297, 342, 352, 360, 364, 372,373, 374, 387, 413. *Diario Oficial*, 12 de octubre 2000.

Código de Procedimiento Penal, artículo 535. *Diario Oficial*, 19 de febrero de 1906.

Código de Procedimiento Civil, artículo 782. *Diario Oficial*, 30 de agosto 1902.

Código Procesal Penal Italiano, artículo 585.5, 580, 592.2. *Gazzetta Uffiiciale*, 22 de septiembre 1988.

Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional

, artículo 32, 79 80, 84. *Diario Oficial*, 10 de agosto 2010.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Arica, 19.10.2018, Rol N° 405-2018

Corte de Apelaciones de la Serena, 24.08.2011, Rol N° 203-2011

Corte Suprema, 29.05.2016, Rol N° 70.584-2016.

Corte Suprema, 30.01.2008, Rol N° 1300-2007

Corte Suprema, 12.07.2010, Rol N° 3003-2010

Corte Suprema, 10.10.2012, Rol N° 5654-2012

Corte Suprema, 27.12.2012, Rol N° 6831-2012

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, 04.06.2006, Rol N° 481-2006

Tribunal Constitucional, 30.01.2008, Rol N° 986-2007

Tribunal Constitucional, 31.10.2007, Rol N° 981-2007

Tribunal Constitucional, 11.04.2007, Rol N° 764-2007

Tribunal Constitucional, 13.08.2018, Rol N° 5878-2018

SENTENCIAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 02.07.2004.

Caso Norin Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y activistas del pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, 29.05.2014.

Caso Mohamed vs. Argentina, 23.11.2012

