

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CHILE), DERECHO DEL INculpADO Y DEL CONDENADO A REcurrir AL SUPERIOR JERÁRQUICO CONTRA UNA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN UN JUICIO ORAL: ¿BASTA CON EL RECURSO DE NULIDAD?

ROBERTO FASANI PUELMA\*

RESUMEN: El trabajo comenta la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 5 de agosto de 2010 (Rol N° 1432-2009-INA) que se pronuncia sobre el requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal, en relación al derecho a la doble instancia o al recurso establecido en el artículo 8.2. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y del artículo 390 del Código Penal, en relación al concepto, alcance y consecuencias de la expresión conviviente. Atendida la extensión de los temas abarcados por la sentencia, este trabajo solo trata la inaplicabilidad de normas procesales requerida, llegando a la conclusión que la sentencia no aborda en forma adecuada el requerimiento planteado, resolviendo sobre el derecho a la doble instancia en relación con la sentencia definitiva dictada en Juicio Oral en términos generales y no sobre el derecho a recurrir del inculpado o del condenado contra dicha resolución, su alcance y adecuación a la normativa vigente en la Convención y Pacto indicados.

SUMARIO: I. Introducción. II. Requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal. A. Fundamentos del requerimiento. B. Fundamentos del Ministerio Público contra el requerimiento. C. Considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional. D. Decisión del Tribunal Constitucional. III. Análisis de la sentencia y de sus fundamentos. A. Consideraciones previas. B. Consideraciones en relación a los fundamentos de la sentencia. IV. Comentario Final. Bibliografía citada.

\* Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, candidato a doctor en Derecho Penal por la Universidad de Barcelona. -rqfasani@uc.cl-

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal constitucional con fecha 5 de agosto de 2010<sup>1</sup> se pronunció sobre requerimiento de inaplicabilidad presentado en relación, primero, al derecho a la doble instancia frente a sentencias dictadas en Juicio Oral Penal<sup>2</sup>, solicitando la inaplicabilidad de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal; y, segundo, al alcance del término *conviviente* en el delito de parricidio, solicitando la inaplicabilidad del artículo 390 del Código Penal.

El objetivo práctico del requirente (defensor en la causa criminal) era obtener, vía inaplicabilidad de los artículos indicados que, frente a una acusación del Ministerio Público en calidad de autor del delito de parricidio frustrado de su conviviente, el Tribunal Oral en lo Penal solo pudiera calificar jurídicamente el delito como homicidio y que la sentencia definitiva que se dicte sea recurrible vía recurso de apelación.

La sentencia se pronunció, en lo que al fondo se refiere, sobre dos puntos concretos:

1. El derecho a la doble instancia o al recurso en los juicios criminales: si el recurso de nulidad instaurado en el Código Procesal Penal en los artículos 372 a 387 es suficiente para asegurar y garantizar este derecho.
2. Si el término *conviviente* contenido en el delito de parricidio descrito en el artículo 390 del Código Penal vulnera el principio de legalidad en el sentido de constituir una ley penal *en blanco*.

Este trabajo se remitirá al análisis de la parte procesal de la sentencia en comento, tratando exclusivamente lo relativo a la inaplicabilidad

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional Rol N° 1.432-09-INA. Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander y la prevención su autora. Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su presidente, señor Marcelo Venegas Palacios, y los ministros señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por haber cesado en su cargo. Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el extranjero.

<sup>2</sup> La causa en que incide el requerimiento es la RIT N° 22-2009, RUC N° 0800077921-1, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes.

de las normas procesales. En cuanto al objeto del mismo, lo limitaré al fondo del asunto y no a los requisitos formales de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad.

## II. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 364 Y 372 A 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

### a. Fundamentos del requerimiento

Según los requirentes, la exclusión del recurso de apelación como vía de recurrir contra una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Oral en lo Penal para ante el Tribunal de superior jerarquía efectuada por el artículo 364 del Código Procesal Penal, dejando a salvo el recurso de nulidad, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 372 a 387 del mismo texto legal, debe ser declarada inaplicable, por cuanto constituye la vulneración de las siguientes normas:

1. El artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República<sup>3</sup>, pues implica a los órganos del Estado incumplir el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados en la Constitución y tratados internacionales vigentes ratificados por Chile.
2. El artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona a recurrir de la sentencia definitiva ante un juez o tribunal superior, señalando la Corte Interamericana al respecto:
  - a) Que “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal...”.
  - b) Que la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

<sup>3</sup> Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República: “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”.

- c) Que debe tratarse de “un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho”.
- d) Que el recurso debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, esto es, ha de ser “un recurso amplio que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior”.

La vulneración a las normas citadas se produciría porque el recurso de nulidad contemplado en los artículos 372 a 383 y 387 del Código Procesal Penal no cumpliría con la exigencia del artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que no se respeta ni garantiza a las partes que el recurso sea accesible, ordinario y eficaz, pues su regulación impide al tribunal *ad quem* realizar un examen integral de la cuestión controvertida mediante el establecimiento de causales precisas y determinadas para su procedencia, así como de requisitos de preparación y de admisibilidad que limitan los casos concretos en que llega a ser conocido el mismo. Lo anterior, se ve ratificado al no ser la resolución que resuelve sobre el recurso de nulidad impugnado por ningún otro recurso.

3. El artículo 19 N° 3, incisos segundo y quinto, de la Constitución Política de la República<sup>4</sup>, en el sentido que la limitación solo al recurso de nulidad infringe el derecho a defensa jurídica y el debido proceso, toda vez que coarta el derecho a impugnar la sentencia definitiva y debe ser ejercido con una serie de restricciones propias de este recurso, como la imposibilidad de exponer ante el tribunal *ad quem* íntegramente el caso, incluyendo la cuestión fáctica, lo que no garantiza un examen integral de la cuestión debatida.

<sup>4</sup> Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República: inciso 2° “Toda persona tiene 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. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”; inciso 5° “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”.

4. El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República<sup>5</sup>, pues el recurso de nulidad no satisface las exigencias de respetar el contenido esencial del derecho al recurso, por las razones y limitación expuestas.

Esto lo resume la sentencia en los considerandos sexto y octavo de la misma<sup>6</sup>.

#### **b) Fundamentos del Ministerio Público contra el requerimiento**

En el traslado conferido al Ministerio Público este señala que, en términos formales, se trata de un reclamo abstracto sobre un medio de impugnación en particular establecido en dicho cuerpo legal en una etapa procesal en la que no se sabe si será condenado el imputado y, por ende, si será necesario ejercer el recurso de nulidad, por lo que no

<sup>5</sup> Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

<sup>6</sup> En el considerado sexto resume la pretensión de los requirentes en el siguiente sentido “la inaplicabilidad de los preceptos legales del Código Procesal Penal reprochados ... aduciendo, en síntesis, que dichas disposiciones infringen el debido proceso al no permitir impugnar lo resuelto ante un tribunal superior, mediante un recurso de apelación, afectando así el derecho a la defensa”; y que, como agrega en el considerando octavo “los requirentes sostienen que los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal infringen el derecho al debido proceso que la Constitución consagra. Precisan que el artículo 19, N° 3, de la Constitución consagra el derecho a un proceso legal, racional y justo, y que el artículo 5°, inciso segundo, de la misma Constitución, que obliga a respetar y promover los derechos humanos, debe complementarse con lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Indican que en dicha disposición se señala como una garantía mínima del proceso penal el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Agregan, apoyándose en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dicho recurso debe ser accesible, ordinario, eficaz y amplio (Caso Herrera Ulloa con Costa Rica, 2 de julio de 2004). Aducen que dicha garantía no se cumple por el recurso de nulidad que regulan las disposiciones impugnadas. En primer lugar, porque dicho recurso establece causales específicas de procedencia para la impugnación, así como diversas formalidades, lo que reduce su accesibilidad. En segundo lugar, la naturaleza del recurso no garantiza un examen “integral”, esto es, de las cuestiones de hecho y de derecho, por el tribunal que conoce del recurso (*ad quem*). La situación descrita generaría un agravio al derecho a la defensa penal, porque impide exponer los elementos del caso, incluyendo las cuestiones de hecho y la prueba en que se sustentan, ante un tribunal superior. Añaden que ello establecería una limitación al derecho que lo afecta en su esencia (artículo 19, N° 3, incisos tercero y quinto, en relación al artículo 19, N° 26)”.

es procedente el requerimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 inciso primero de la Constitución Política de la República. La sentencia refiere este punto en su considerando noveno<sup>7</sup>.

### c. Considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional

Establece la sentencia que dentro del debido proceso se encuentra incluido el *derecho al recurso a un tribunal superior* como parte de un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, detallando una serie de garantías, consagradas en nuestra legislación y en tratados internacionales ratificados por Chile (considerandos duodécimo<sup>8</sup> y decimotercero<sup>9</sup>).

Como fundamentos para el rechazo del recurso, decisión que ya se deja ver desde el considerando décimo de la sentencia se señalan los siguientes:

1. No le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre cuestionamientos genéricos u opciones de política legislativa que

<sup>7</sup> Considerando Noveno: “Que, en relación a este alegato, el Ministerio Público adujo que el requerimiento no se encontraba razonablemente fundado, pues lo genérico del reclamo del requirente hace que este devenga, en realidad, en una pretensión de control abstracto de normas”.

<sup>8</sup> Considerando Undécimo: “Que, no obstante lo anterior y entrando al fondo del asunto, cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986. De este modo, se ha dicho expresamente que “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores”.

<sup>9</sup> Considerando Decimotercero: “Que, a mayor abundamiento, tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5 que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”. Ambas normas están vigentes en nuestro país conforme al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución”.

dicen relación con el diseño legislativo del sistema de recursos del Código Procesal Penal (considerando décimo<sup>10</sup> y decimosexto<sup>11</sup>).

2. El derecho a la revisión de las sentencias, como parte del debido proceso, no significa derecho a la doble instancia. El derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación, pues es opción de política legislativa configurar el proceso penal en única o doble instancia (considerandos decimocuarto<sup>12</sup> y decimoquinto<sup>13</sup>).

<sup>10</sup> Considerando Décimo: “Que de la lectura del requerimiento se desprende que los fundamentos del mismo están más bien dirigidos no a una determinada aplicación concreta de normas legales que pueda resultar inconstitucional, sino que contra todo el diseño legislativo del sistema de recursos del Código Procesal Penal. En tal sentido, como ha sostenido este Tribunal, no le corresponde pronunciarse sobre cuestionamientos genéricos u opciones de política legislativa (sentencias roles N° 664, C. 17°, N° 966, C. 6°, y N° 1003, C. 4°)”.

<sup>11</sup> Considerando Decimosexto: “Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional solo ejerce un control de constitucionalidad, sin que le corresponda analizar el mérito de una regulación legal. En efecto, esta Magistratura ha afirmado que “el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Solo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional”. (Sentencia Rol N° 591/2006, considerando 9°). Ha agregado, adicionalmente, que: “En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Solo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido” (Idem. En el mismo sentido, vid., entre otros, roles N° s 231, consid. 7°; 242, consid. 3°; 465, consid. 23°; 473, consid. 11°; 541, consid. 15°, y, recientemente, 786). En suma, “la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas” (Rol N° 535/2006, consid. 11°, y en el mismo sentido Rol N° 517/2006, consid. 12°)”.

<sup>12</sup> Considerando Decimocuarto: “Que, sin embargo, aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. Como se ha sostenido por esta Magistratura, “dentro de los principios informadores del proceso penal se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5° de la misma” (Sentencia rol N° 986, de 30.01.2008, C. 26°)”.

<sup>13</sup> Considerando Decimoquinto: “Que, en efecto, como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias, la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que –en principio– deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo

3. Que el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación (considerando decimonoveno<sup>14</sup>), pues no existe una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a este, por lo que el recurso de nulidad no puede juzgarse usando como parámetro el recurso de apelación, siendo el de apelación un recurso más amplio, de mayor alcance que incluye un examen fáctico y jurídico (considerando decimoséptimo<sup>15</sup>).
4. Que existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación, que fundamentan la restricción del segundo frente a las sentencias definitivas de los Tribunales Orales en lo Penal, a saber: “en primer lugar, a lo que podremos denominar la ‘centralidad del Juicio Oral’, expresión encaminada a reforzar su rol no solo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables; en segundo término, a

---

sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental (entre otros, Rol 1065-2008)”.

- 14 Considerando Decimonoveno: “Que, de este modo, el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual esta Magistratura ha señalado que se ve afectada la igual protección de los derechos “cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a solo uno de los agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar” (Rol 1535-2009)”.
- 15 Considerando Decimoséptimo: “Que, continuando con los razonamientos referidos al derecho al recurso, en segundo lugar, la nulidad no puede juzgarse usando como parámetro el recurso de apelación. El recurso de apelación se caracteriza por su mayor alcance. La doctrina ha dicho que “la apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico” (Roxin, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 456). En virtud de la apelación se enjuicia lo realizado por el tribunal inferior tanto en sus dimensiones jurídicas como fácticas. Particularmente, la apelación permite al juez superior formarse una nueva convicción sobre la prueba aportada en el primer juicio. Es un medio de impugnación apto, por lo tanto, para examinar todos los elementos del juicio hecho por el juez inferior. Pero de lo anterior no se sigue que exista una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a este, ni mucho menos el recurso de nulidad. De hecho, existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación ... En síntesis, “las normas de los Tratados Internacionales que aseguran el derecho al recurso en contra de la sentencia condenatoria, no exigen uno que importe revisión de los hechos; en otras palabras, que lo asegurado es el derecho al recurso, pero no el derecho a un recurso determinado, como puede ser la apelación o la casación”. (Tavolari Oliveros, Raúl, “De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en Revista de Derecho Procesal, N° 20, Universidad de Chile, p. 395)”.



la fecundidad de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y, en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio” (Considerando decimoséptimo<sup>16</sup>). Que en esta misma línea argumentativa justifica la excepcionalidad del recurso de apelación en: la separación de la actividad de investigar y juzgar, donde el Juez de Garantía controla la investigación del Ministerio Público, no siendo necesario recurrir de ello (independencia de funciones, considerando vigésimo primero<sup>17</sup>); que se benefició un sistema de control horizontal

<sup>16</sup> Considerando Decimoséptimo: “... Como lo ha dicho uno de los redactores de nuestro Código: ‘Recurriendo a algunas ideas básicas, en primer lugar, a lo que podremos denominar la ‘centralidad del Juicio Oral’, expresión encaminada a reforzar su rol no solo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables; en segundo término, a la fecundidad de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y, en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio, los redactores del Código chileno optamos por seguir a Vélez Mariconde y eliminamos –como irónicamente declara él a los cuestionamientos referidos a la supresión de la segunda instancia, por falta de apelación– no esta instancia, sino la primera... al entregar, desde luego, el juzgamiento a un tribunal colegiado de tres jueces. De esta forma, la principal modalidad impugnadora de lo resuelto por el tribunal de Juicio Oral en lo penal, la constituye un recurso de nulidad y no uno de apelación”.

<sup>17</sup> Considerando Vigésimo Primero: “Que, en quinto lugar, de acuerdo con la historia legislativa, se justificó la excepcionalidad del recurso de apelación, en tres argumentos. Primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar. En el nuevo sistema procesal la investigación está entregada solo al Ministerio Público, mientras que el juzgamiento pertenece exclusivamente a los tribunales con competencia penal. En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso. En este sentido, el Senador Diez anotó que “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal. Agregó que el juicio penal oral y público con un tribunal colegiado es la esencia del debido proceso y es la justificación del Ministerio Público como órgano acusador independiente; permitir luego que todo sea revisado en base a actas sería borrar de una plumada todo el esfuerzo que ha significado la reforma. Coincidieron con esta apreciación los otros señores miembros de la Comisión, quienes señalaron que no se concilian ambos sistemas, especialmente porque se suprime la prueba tasada, y que estableciendo una casación amplia se suple la ausencia de apelación. Agregaron que es importante cambiar el actual sistema de recursos, porque en la práctica se traduce en tres instancias.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado)”.

a través de un Tribunal Oral en lo Penal colegiado, donde tres jueces son los que se encargan de la labor de juzgar (considerando vigésimo segundo<sup>18</sup>); y en los principios de inmediación y oralidad del juicio, que hacen imposible a un tribunal de apelación cumplir con ellos en una apelación, debiendo otorgarse el mayor poder de decisión al tribunal que asiste al Juicio Oral (considerando vigésimo tercero<sup>19</sup>).

<sup>18</sup> Considerando Vigésimo Segundo: “Que, además, se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada. La Cámara sostuvo que “siendo el tribunal de Juicio Oral colegiado, no se justificaba, en principio, un recurso de apelación como el que ahora existe, que pretende la revisión de la resolución adoptada, tanto en los aspectos de hecho como en los de derecho” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado, se tuvo en cuenta para aprobar el sistema vigente la opinión de los profesores Tavorari y Bofill, quienes afirmaron que “no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia, si todo el mundo sabe que el que verdaderamente va a resolver es alguien que va a leer, porque en ese caso cobra relevancia no lo que ocurre en la audiencia, sino cómo eso se va a registrar en las actas.” Asimismo, “el profesor José Bernales dijo que el debido proceso está, entre otras cosas, suponiendo la existencia de los recursos al tribunal superior; sin embargo, agregó que la existencia de tribunales colegiados de primera instancia elimina los recursos, de modo que si bien es cierto en su informe a la Comisión que redactó la Constitución incorporó el derecho a recurso, dejó en claro que, en su concepto, ese tribunal es un tribunal colegiado, lo que llamó en primera instancia, lo que quiso decir es el que emite el primer pronunciamiento, eso excluye los recursos.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).”

<sup>19</sup> Considerando Vigésimo Tercero: “Que, por último, los principios de inmediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio. La Cámara de Diputados consideró que “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, salvo excepciones, 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. No solo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”. A lo que agregó que “el recurso de apelación, en el sentido de un tribunal de segunda instancia que conoce con la misma amplitud de competencia y con la misma capacidad de modificación de la sentencia de los tribunales de primera instancia, es un recurso propio del sistema inquisitivo y es completamente incompatible con el Juicio Oral” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado “la Comisión coincidió con el mérito de la propuesta, en orden a que no sea apelable la sentencia pronunciada por el tribunal de Juicio Oral. Pesó en su ánimo no solo la composición del tribunal oral, sino el hecho de que este habrá desarrollado su trabajo con sujeción a los principios de oralidad y de inmediación, y que aceptar la apelación importaría destruirlos, porque la Corte de Apelaciones, al conocer de ella, lo haría sobre la base de la escrituración, puesto que deberá estudiar los registros y actas de lo obrado, y de la

5. Que siendo el recurso de apelación de configuración legal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 5° y 63 N° 3 de la Constitución Política de la República, puede el legislador limitar al alcance del mismo solo a la revisión de lo obrado por el Tribunal inferior, acercándolo al régimen de la nulidad, dando a entender que incluso comparado con el recurso de apelación, en su versión limitada, el de nulidad podría cumplir con la exigencia de derecho al recurso contenida en el debido proceso (considerando decimoctavo<sup>20</sup>).
6. Que el recurso de nulidad establece como una de sus causales que “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados in-

---

mediación, toda vez que no tomará conocimiento directo y personal de la prueba. De esta manera, la reforma procesal penal sería solo aparente, puesto que, por la vía de recurrir de apelación, la última decisión correspondería a un tribunal que seguiría resolviendo del mismo modo en que lo hace hoy día” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado).

- <sup>20</sup> Considerando Decimoctavo: “Que, en tercer lugar, el recurso de apelación es de configuración legal pues el artículo 19 N° 3°, inciso quinto, en materia de debido proceso, convoca precisamente al legislador para la determinación de las “garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos“. Además, el artículo 63, N° 3, señala como una de las materias reservadas a la ley “las que son objeto de codificación...procesal...”. Fuera de ello, la sujeción a la ley es un principio de la actuación de los órganos jurisdiccionales, como todo órgano público, que tiene manifestaciones específicas para el Poder Judicial (artículo 7°, inciso primero, en relación al artículo 76). Toda vez que el recurso de apelación es configurado por el legislador, cabe tener presente que, como cuestión de política legislativa, se conciben dos modelos de recurso de apelación. Por una parte, “puede concebirse la apelación como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre”. Por otra parte, “se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión del mismo, es decir, como una depuración de sus resultados que lleva, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisio prioris instantiae” (Guasp, Jaime, y Aragoneses, Pedro, “Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Civitas, Madrid, 7ª ed., 2006, p. 459). Dichas concepciones son opciones legítimas del legislador. Cuando la apelación tiene naturaleza revisora se la acerca al régimen de la nulidad. En otras palabras, incluso en el recurso “ordinario por antonomasia”, puede limitarse su alcance, dentro de los márgenes de la Constitución. “La concepción de la apelación como una renovación del juicio se funda en el supuesto principio del doble grado de la jurisdicción, a tenor del cual todos los asuntos tienen que pasar por dos grados de la jerarquía judicial antes de que pueda obtenerse un resultado formalmente terminado de los mismos. En cambio, para la concepción revisora ese principio del doble grado no tiene carácter absoluto, sino que es meramente una concesión que se hace a las partes de que tengan la posibilidad de que una sentencia, normalmente terminada en primera instancia, pueda, sin embargo, ser atacada ante el superior inmediato jerárquico, mediante un proceso distinto que lleve a su depuración” (Guasp, Jaime, y Aragoneses, Pedro, ob. cit., p. 460)”.

ternacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal), por lo que no se produciría indefensión del imputado al existir la posibilidad de recurrir de nulidad por esta causal (considerando vigésimo<sup>21</sup>).

7. El tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos, porque la ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir en materia de prueba “la reproducción del razonamiento utilizado”, por lo que, si bien no le corresponde al Tribunal Constitucional sino al juez de fondo pronunciarse sobre si procede el recurso de nulidad por una errada apreciación de la prueba (cuestión de interpretación legal de las causales del recurso y alcance de sus motivos de procedencia), como señala en el considerando undécimo<sup>22</sup>, estima que podría extender su examen a la misma pues “la cautela de los derechos fundamentales del imputado está absolutamente garantizada por la posibilidad de impugnar la sentencia” (considerando vigésimo<sup>23</sup>).

<sup>21</sup> Considerando Vigésimo: “Que, en cuarto lugar, no se produce la indefensión que el recurrente reclama pues existe un recurso que, además, tiene como causal la violación a los derechos fundamentales. En efecto, las partes, particularmente el imputado, tienen abierta la posibilidad de impugnar la eventual sentencia no solo mediante la nulidad, sino que también mediante todos los medios que la ley granjea, atendido el primario estado procesal de la causa. Ahora bien, justamente el recurso de nulidad establece como una de sus causales que “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (artículo 373, letra b)”.

<sup>22</sup> Considerando Undécimo: “Que, por otra parte, la impugnación formulada, en cuanto plantea la pregunta sobre si procede el recurso de nulidad por una errada apreciación de la prueba, implica una cuestión de interpretación legal de las causales del recurso, esto es, el alcance de sus motivos de procedencia, cuestión que pertenece al ámbito de competencias del juez del fondo”.

<sup>23</sup> Considerando Vigésimo: “... Luego, se establece como uno de los requisitos de la sentencia definitiva, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad, “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 (artículo 342, letra c)”. Esta última disposición citada señala: “Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por proba-

8. Como último argumento, se hace referencia a la inutilidad de declarar inaplicables los preceptos legales impugnados, fundado en que no se solicitó la inaplicabilidad del artículo 361 del Código Procesal Penal, que impide la aplicación de normas fuera del Código Procesal Penal; y en que, incluso si por aplicación del artículo 52 del Código Procesal Penal ello fuere posible, el sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil es absolutamente incompatible con las normas del procedimiento civil vigente, pues obedecen a distintos principios inspiradores, habiendo el legislador tenido la intención explícita de apartarse del sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil (considerando vigésimo cuarto<sup>24</sup>).

---

dos. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia”. Por tanto, y, a la vista de las disposiciones legales expuestas, la cautela de los derechos fundamentales del imputado está absolutamente garantizada por la posibilidad de impugnar la sentencia. Además, queda claro a esta Magistratura que, a diferencia de lo sostenido por el requirente, el tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos. La ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir, en materia de prueba, “la reproducción del razonamiento utilizado”.

- 24 Considerando Vigésimo Cuarto: “Que, finalmente, cabe hacerse cargo de una idea subyacente en el alegato del requirente. Toda vez que solicita la inaplicabilidad de las normas que regulan el recurso de nulidad y aquella que enumera las resoluciones apelables, naturalmente lo que espera es que, acogándose el recurso, proceda en contra de la sentencia dictada por el tribunal oral en lo penal respectivo el recurso de apelación. Sin embargo, no por declarar inaplicables los preceptos legales en cuestión se hará precedente el recurso de apelación. El requirente parte, implícitamente, de una premisa equivocada, esto es, que el sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil es aplicable al sistema procesal penal. Sin embargo, lo que ocurre es que el artículo 361, cuya inaplicabilidad no solicita el requirente y que, por lo tanto, incluso acogéndose el presente recurso, es de aplicación obligatoria en la gestión pendiente, establece que “los recursos se regirán por las normas de este Libro. Supletoriamente serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código”. Ahora, si bien es cierto que el artículo 52 dispone que “serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, existen varios argumentos que permiten interpretar que no procederá el recurso de apelación. En primer lugar, pues toda vez que no se ha solicitado la inaplicación del artículo 361 del Código y constituyendo este una regla especial en relación al artículo 52, siempre recibirá aplicación por sobre la regla general. En segundo lugar, porque aun considerando que se aplicara el artículo 52, el caso del recurso de apelación y de nulidad es uno donde las normas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil se oponen a lo estatuido en el Código Procesal Penal. El sistema de recursos del Código Procesal Penal es absolutamente incompatible con las normas del procedimiento civil vigente, pues obedecen a distintos principios inspiradores. Desde ya la oralidad, publicidad e inmediatez son incompatibles con la admisión amplia

#### **d. Decisión del Tribunal Constitucional**

En lo pertinente a la inaplicabilidad de normas procesales requerida, la decisión fue la siguiente: “Y VISTO lo prescrito en los artículos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 19, N°s 3 y 26º y 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión decretada”.

### III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Y DE SUS FUNDAMENTOS

#### **a. Consideraciones previas**

El Código Procesal Penal en vigencia desde el año 2002, que terminó de implementarse en Chile el año 2005, intentó subsanar varias deudas que se arrastraban incluso desde la entrada en vigencia de su antecesor, el Código de Procedimiento Penal de 1906, en cuyo mensaje se hacía directa alusión a la oralidad como un principio programáticamente deseable en materia procesal penal<sup>25</sup>. Durante la vigencia del mismo, la única forma de aliviar en parte el nivel de discrecionalidad de los jueces del crimen, era un sistema de recursos

---

del recurso de apelación. En tercer lugar, el legislador tuvo la intención explícita de apartarse del sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara se dijo que la apelación (y la consulta) “no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación a la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del Juicio Oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen 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” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), “Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias”. Tomo III, Universidad de Chile, 2003, p. 13). Por su parte, el Senado “estimó que una remisión a las normas comunes de la apelación civil podría entorpecer el recurso, porque son sistemas incompatibles” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), ob. cit., p. 50”).

<sup>25</sup> En efecto, en el mismo mensaje de dicho Código se señala en relación con el juicio oral que “Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”.

que contemplaba la apelación como un recurso ordinario de amplia aplicación que podía interponerse para impugnar prácticamente cualquier resolución judicial dentro de dicho procedimiento.

Ello implicó que en el nuevo diseño institucional, junto con instalar la oralidad e intermediación como principios formativos del procedimiento, que orienten y sistematicen las instituciones de la Ley Procesal Penal, se instaure un régimen limitado de recursos que busca evitar que se desnaturalice la tramitación ante los nuevos Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal.

Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal no fue revisado en su oportunidad por el Tribunal Constitucional, aún conteniendo normas orgánicas junto con otras que afectan directamente diversas Garantías Fundamentales, debido a consideraciones políticas que perseguían la puesta en marcha del nuevo sistema en las fechas contempladas en las mismas leyes, tal como señala Piedrabuena<sup>26</sup>. Faltando un control preventivo de constitucionalidad entonces, al Tribunal Constitucional le ha quedado revisar la constitucionalidad de las normas mediante los requerimientos de inaplicabilidad o (desde la reforma constitucional del año 2005) de inconstitucionalidad que le han sido elevados.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional comparte la opinión sobre la necesidad de que el Código Procesal Penal fuera revisado, como refiere Piedrabuena<sup>27</sup>.

La discusión sobre el sistema de recursos en materia penal, ante la implementación de la oralidad e intermediación como principios formativos del procedimiento, no es un tema nuevo en la doctrina. De hecho, ya en el año 1954, Manzini<sup>28</sup> lo trata en al referirse a los

<sup>26</sup> PIEDRABUENA (2010), p. 81, señala al respecto que “El significado de la omisión del control previo de constitucionalidad fue tratado en numerosos seminarios en los años 2001 y 2002, donde distintos profesores, tanto de derecho público como de derecho procesal, compartieron el criterio anterior en cuanto había sido un error jurídico no someter el Código a la revisión constitucional porque habían normas que tenían las características de leyes orgánicas constitucionales”. Agrega que “En verdad, la decisión de no consultar al Tribunal Constitucional fue política para no demorar el inicio de la reforma procesal penal prevista para el 16 de diciembre del 2000”.

<sup>27</sup> PIEDRABUENA (2009), p. 82.

<sup>28</sup> MANZINI (1954), Tomo V, pp. 86, 87 y 88 señala al respecto que en relación con el recurso de apelación que “algunos propugnan la supresión de este gravamen, como contrario al principio de la oralidad y de la inmediata recepción de las pruebas. Pero no hay que olvidar que, aparte de la posibilidad de la renovación del debate, nuestras ciencias son ciencias prácticas, en las que no hay que llevar las consecuencias de los

medios ordinarios de impugnación, inclinándose por la admisión del mismo, pero con limitaciones para evitar que se mal use con fines dilatorios o en asuntos menores. En su análisis, el autor indica que dar a la oralidad e inmediatez preeminencia sobre el derecho a la apelación es exagerar la importancia de dichos principios que deben entenderse como directivas generales y no en otra forma.

Por su parte, al analizar los artículos 8 N° 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los profesores Duce y Riego<sup>29</sup> señalan que “Una de las ventajas del texto del Pacto consiste en hacer explícito el hecho de que la garantía está establecida en favor del condenado, cuestión que al quedar abierta en otros textos puede presentar algunos problemas”; para luego concluir que “son dos los principios del debido proceso que deben ser considerados en esta materia. Por una parte, la centralidad del Juicio Oral requiere que a menos que se consagre un sistema de apelación basado en la repetición, se establezca un sistema de revisión restringido y, por la otra, existe una garantía que obliga a establecer una posibilidad de revisión del fallo a lo menos a favor de la persona del inculgado, a esas alturas condenado ... el modo en que estos dos principios se articulan es, en nuestra opinión, el principal problema que es necesario abordar al diseñar o analizar un sistema de recursos”.

Sobre el mismo asunto Horvitz y López<sup>30</sup> señalan que “la desaparición de la doble instancia como mecanismo de control de la sentencia definitiva merece, por su importancia, una consideración

---

principios más allá del límite admitido por la practicidad de las conclusiones. De lo contrario se es pedante y unilateral. Por lo demás, el argumento ofrecido es un tanto superficial, toda vez que no considera que los resultados de la oralidad y de la inmediatez están ya fijados en gran parte en los actos del procedimiento anterior y en la sentencia. Es, por así decirlo, un fonógrafo que se pone en acción ante el juez de apelación. Y no conviene exagerar tampoco la importancia de aquellos dos principios, que deben entenderse como directivas generales y no en otra forma. El legislador, además, debe tomar en consideración también la opinión pública, que indiscutiblemente ve en la apelación una garantía útil, de la que los interesados se benefician con gran frecuencia y confianza ... Se trata sobre todo de una cuestión de límites, que se resuelve negando la apelación en las bagatelas, y estableciendo la facultad de la *reformatio in peius*, en forma que se desembaracen las jurisdicciones de segundo grado de las impugnaciones relativas a intereses de poca monta o propuestas al solo objeto de diferir la ejecución de la pena o de conseguir cualquier otra indebida ventaja”.

<sup>29</sup> DUCE y RIEGO (2007), p. 509.

<sup>30</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 354.



especial”, inclinándose en el sentido que “la decisión legislativa de suprimir en Chile el recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas en Juicio Oral está lejos de sacrificar ninguna garantía fundamental”<sup>31</sup>, fundados en que la decisión es tomada por un Tribunal Colegiado de tres miembros, cuya decisión es impugnabile vía recurso de nulidad que sería suficiente para garantizar el derecho a defensa en los términos asumidos por Chile. Llegan incluso a sostener que la posibilidad de apelación habría resultado superflua en este contexto, siendo lo realmente trascendente desde el punto de vista del recurso la “doble conformidad” o “regla del doble conforme”<sup>32</sup>, propia de la nulidad, con lo cual dan a entender que “puede” tenerse por cumplida la garantía del derecho a recurso.

En su Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Núñez<sup>33</sup>, citando el Mensaje del Ejecutivo enviado en 1997, señala que en el Nuevo Procedimiento Penal “se propuso, en síntesis una drástica transformación del sistema imperante en materia de recursos, esencialmente en el sentido de limitar la procedencia de estos como manera de evitar la gran cantidad de controles verticales actualmente imperantes ... que fueron reemplazados por la vigilancia recíproca de los órganos competentes en las diversas etapas del procedimiento, de manera de reservar la impugnación solo para las materias verdaderamente relevantes”. En cuanto al fundamento de ello, indica que fue la contradicción, por la forma de conocer del Tribunal Superior el recurso (mediante el análisis de registros y antecedentes escritos), a los principios de oralidad, inmediación, contradictoriedad y concentración.

En una exposición efectuada por don Enrique Tapia Witting<sup>34</sup> en el marco del Postítulo sobre “El Nuevo Proceso Penal Chile”, im-

<sup>31</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 358.

<sup>32</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 359 y 360 señalan que “La doble conformidad supone, entonces, que la condena debe ser capaz de subsistir al reexamen en un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión”.

<sup>33</sup> NÚÑEZ (2003), p. 289.

<sup>34</sup> TAPIA (1999), pp. 233 y 234, señala “En el proyecto, a pesar de lo dicho en torno a su norma aparentemente restrictiva, se cumple con tal preconcepto, pues si bien no es procedente la apelación en contra de las resoluciones dictadas por un tribunal colegiado en el Juicio Oral, se concede contra la sentencia definitiva de ese tribunal colegiado penal el recurso de casación y el llamado “recurso extraordinario”, que en mi concepto es una especie de mezcla entre recurso de queja y casación ... En suma no está coartada la posibilidad de impugnación, sino que su límite solo lo constituye una muy pequeña parte de las resoluciones, por ello, como se dijo, se da cumplimiento a la norma del señalado tratado”.

partido por la Universidad de Concepción en 1999, el Ministro de la Corte Suprema, refiriéndose expresamente al derecho a recurrir o impugnar resoluciones contemplado en el artículo 8 N° 2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que la supresión del recurso de apelación contra las sentencias definitivas dictada en Juicio Oral en el proyecto de reforma procesal penal, dejando a cambio como vía de impugnación el recurso de nulidad, cumplía con la exigencia y garantía contenida en la Convención indicada, no estando coartada la posibilidad de impugnación salvo en una pequeña parte de las resoluciones.

A modo de síntesis, son Duce y Riego<sup>35</sup> quienes abordan la discusión con mayor extensión y precisión, señalando al efecto que “parece lógico que con el fin de preservar el Juicio Oral el espectro de revisión del recurso esté condicionado a la invocación de causales específicas vinculadas al respeto por la ley que regula el desarrollo del juicio y la dictación de la sentencia, así como el respeto a las garantías del debido proceso” lo que se traduce en la restricción para el tribunal superior de revisar ampliamente el mérito de la prueba y los hechos que se han determinado en el fallo. Sin perjuicio de ello, reconocen que un recurso de casación limitado a los aspectos jurídicos, exclusivamente, permite invocar la violación de las reglas que regulan la fundamentación de la sentencia y el estándar probatorio, ya sea sobre la violación de la necesidad de un nivel de convicción o de la presunción en razón de la prueba efectivamente rendida. En esta línea es necesario para que sea posible impugnar vía recurso de casación o nulidad, un esfuerzo argumentativo del recurrente para demostrar que un error de hecho constituye la violación de alguna regla legal específica, que requiere como presupuesto que los jueces que conocen del recurso abandonen criterios formalistas y entren a conocer de las cuestiones fáctico-jurídicas involucradas.

En palabras de estos autores “para poder establecer si en una situación determinada se ha vulnerado el derecho a recurrir, es necesario establecer con toda claridad cuál es la imputación que el recurrente formula en contra de la condena, luego es necesario verificar si esta imputación, aun en el caso de ser verdadera, es suficientemente grave en términos de requerir la revocación del fallo, finalmente es ne-

<sup>35</sup> DUCE y RIEGO (2007), pp. 509 a 515.

cesario determinar si es que la imputación planteada puede o no ser analizada en el marco de revisión establecido en el recurso admitido por la legislación local. Si la respuesta a todas estas cuestiones es positiva y, aun así, el tribunal que conoce del recurso no se pronunció sobre su contenido, estamos frente a un problema de práctica y no a uno de diseño legal. En cambio, si es que la imputación planteada, siendo grave, no puede ser conocida en el marco del recurso, entonces sí existe un problema de diseño legal”<sup>36</sup>.

De lo expuesto, podríamos concluir que, de acuerdo a las opiniones de prácticamente todos los autores nacionales, el recurso de nulidad podría cumplir con la garantía establecida en la Convención y Pacto citados en la medida que sus causales permitieren una apreciación amplia de la sentencia definitiva de Juicio Oral, que incluyera la revisión de la prueba rendida y su mérito. En resumen, en opinión de estos autores la revisión a efectuar sería exclusivamente en relación al alcance de las causales del recurso de nulidad que, en caso de ser insuficientes, vulneraría el derecho al recurso en los términos aquí planteados, en cuyo caso la solución sería “ampliar las causales de casación, que como hemos visto pueden llegar incluso a las cuestiones de hecho”<sup>37</sup>.

Sobre este punto nuestra jurisprudencia de manera frecuente, no me atrevería a decir uniforme, ha estimado, con un criterio formalista, que por la vía del recurso de nulidad no le corresponde al tribunal de alzada entrar a analizar los hechos de la causa ni a modificarlos. Lo anterior, nos deja frente a una situación en la que no se daría uno de los supuestos fundamentales para que el recurso de nulidad cumpla con la garantía del derecho a recurrir a un tribunal superior en los términos establecidos en el Pacto y Convención ya referidos, cual es, contar con jueces que abandonen sus criterios formalistas para entrar al análisis de cuestiones fáctico jurídicas. El carácter formalista de nuestros tribunales es de larga data, por lo que no debiera sorprendernos su forma de aplicar e interpretar el alcance del recurso de nulidad.

Sin ánimo de emitir un juicio definitivo, me parece acertada la observación efectuada por Manzini, ya en 1954, en el sentido que el problema radica en determinar la importancia o preeminencia de

<sup>36</sup> DUCE y RIEGO (2007), pp. 512 y 513.

<sup>37</sup> DUCE y RIEGO (2007), p. 513.

los principios de oralidad e inmediatez y si el derecho a defensa se ve perjudicado o vulnerado por el conocimiento mediato del tribunal de alzada.

En cuanto la solución, creo necesario aclarar un punto fundamental sobre el asunto: ¿quién es el beneficiario concreto de la garantía establecida como el derecho a recurrir de conformidad a las normas internacionales ratificadas por Chile? La respuesta es evidente e indiscutida: el inculpado o el condenado.

Claro lo anterior, tratándose además de un derecho renunciable para su titular, la discusión deberá centrarse en las consecuencias que para el inculpado o condenado tiene el derecho a recurrir y la restricción del mismo. Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta la limitación contenida en el artículo 360 del Código Procesal Penal, en el sentido que el tribunal de alzada conociendo de cualquier recurso no puede exceder ni pronunciarse sobre peticiones no contenidas en el recurso (cualquiera que este sea) ni perjudicar al recurrente (prohibición de *reformatio in Peius*), es evidente que la restricción o limitación al derecho a recurrir, en el contexto de nuestra legislación y garantía vigentes, solo perjudica al inculpado o condenado.

Ahora bien, en términos prácticos que un tribunal de alzada conozca de un recurso como el de apelación sin tomar conocimiento inmediato y directo de las pruebas presencialmente, si no a través de la grabación del juicio y de las actas registradas del mismo, no significa que no se haya cumplido con los principios de oralidad e inmediatez en el juicio propiamente tal. Por el contrario, es simplemente una revisión de lo resuelto en el juicio en la forma que la ley lo establece habiendo sido el juicio en sí tramitado de conformidad a los principios señalados.

Establecido lo anterior, las preguntas son las siguientes: ¿por qué la forma de tramitación del recurso de nulidad no vulnera de igual forma que la tramitación de un recurso de apelación los principios de oralidad e inmediatez?; ¿por qué un recurso de nulidad que permita la revisión amplia de cuestiones fáctico jurídicas, como las soluciones propuestas, no afecta a los principios mencionados y sí lo haría un recurso de apelación que tuviera el mismo alcance?; ¿qué es más importante: el derecho a recurrir del inculpado o condenado, que ya se ve afectado por el resultado del proceso oral e inmediato, o la inmutabilidad del principio de oralidad e inmediatez?; ¿siendo el recurso facultativo para su titular (inculpado o

condenado) y la sentencia recurrida imposible de reformar en su contra por el tribunal de alzada, cuál es el perjuicio para el único verdadero afectado por la sentencia de que el tribunal superior conozca de manera mediata los antecedentes en la causa, frente a la posibilidad de no tener derecho al recurso?; ¿es sostenible que es mejor para el inculpado o condenado no tener este derecho a recurrir en términos amplios, que tenerlo con las limitaciones a la oralidad e inmediatez en el conocimiento los antecedentes por parte de los jueces del tribunal superior? Al menos en mi opinión, la respuesta es obvia, para el inculpado o condenado siempre será mejor poder recurrir, aunque sea en condiciones limitadas respecto del conocimiento de los antecedentes por parte del tribunal superior, que no poder hacerlo, sobre todo si tenemos en cuenta que su posición y argumentos serán representados por su abogado defensor, oralmente, en la audiencia respectiva ante el tribunal superior; y que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal, no puede el tribunal superior extender su pronunciamiento más allá de lo contenido en el recurso, estando prohibida la *reformatio in peius*.

Parece contradictorio sostener que un recurso de nulidad de carácter extraordinario no contraría los principios de oralidad e inmediatez, incluso si pudiere incluir dentro sus causas la revisión de la parte fáctico jurídica de un Juicio Oral y su sentencia definitiva; pero que sí lo haría un recurso de apelación cuyo alcance permite de la revisión de los mismos aspectos.

Sobre la forma en que nuestros Tribunales han enfrentado el alcance del recurso de nulidad establecido en nuestro Código Procesal Penal como único medio de impugnación de la sentencia definitiva del Juicio Oral, la jurisprudencia nacional ha sido más bien restrictiva, tal como consta en diversas sentencias que dan cuenta, hasta el día de hoy, de una postura prácticamente uniforme al respecto. A título ilustrativo cito las siguientes:

*“Que es necesario dejar establecido que, conforme al principio de la inmediación, esta Corte de Apelaciones carece de competencia para modificar o alterar los hechos dados por probados por el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, y en sede de nulidad no se resuelve como tribunal de mérito sino que de legalidad”<sup>38</sup>;*

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de junio de 2011, Rol N° 178-2011.

*“Que habrá de consignarse, en primer término, que el recurso de nulidad intentado es un recurso de derecho estricto y, por tanto, limitado exclusivamente al examen de los aspectos jurídicos de la sentencia, lo que implica que está vedado a esta Corte entrar a revisar los hechos de la causa, ya asentados en la sentencia impugnada, atribución exclusiva de los jueces del fondo ... Que, efectuada la precisión anterior, y en lo que respecta a la causal que invoca la defensa al fundar su recurso, esto es, la contenida en el literal e) del artículo 374, en relación con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, corresponde a este tribunal de alzada únicamente examinar si en la libre apreciación de la prueba que realizaron los sentenciadores para tener por acreditado tanto el delito como la participación atribuida en aquel al encausado, se vulneraron o no los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”<sup>39</sup>;*

*“Que este tribunal solo puede revisar los razonamientos y análisis de prueba en cuanto se aparten de la lógica, las normas de la experiencia o las reglas científicas, es decir, esa revisión solo puede producirse frente a apreciaciones o razonamientos absurdos, que no es el caso subjudice, el fallo se emite en relación directa con la prueba rendida por la Fiscalía y la Defensa latamente desarrolladas en los considerandos indicados. Lo contrario implicaría apartarse del sentido del recurso de nulidad que es de derecho estricto. Por ello, este tribunal está impedido de entrar a discutir dicha valoración”<sup>40</sup>;*

“Al respecto cabe señalar que calificar de una manera diversa la actuación del acusado Arriagada implica modificar los hechos que dieron por establecidos los jueces de primera instancia y sabido es que por la vía del recurso de nulidad esta Corte no se encuentra habilitada para efectuar una revisión de los hechos que se dieron por probados, cuestión que escapa de la competencia y objetivo de este recurso extraordinario”<sup>41</sup>;

*“Es por lo expuesto que a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un*

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de junio de 2011, Rol N° 502- 2011.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15 de junio de 2011, Rol N° 115-2011.

<sup>41</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de junio de 2011, Ingreso de Corte N° 162-2011.

*control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable, acorde con lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal y con el carácter extraordinario de este recurso, que la parte recurrente precise, al momento de formalizar su arbitrio, las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes fundamentales de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, ... exigencia que no se ha cumplido en la especie ... Esto es así por cuanto tal como lo destaca Maier “no se trata de que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputado demuestre –no solo argumentalmente–, a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora... se observa ya que es el condenado el que ataca la sentencia y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausible los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica” (Derecho Procesal Penal, ob. cit., pp. 722-723)”<sup>42</sup>;*

En el mismo sentido, múltiples fallos<sup>43</sup> dan cuenta de la interpretación restrictiva de nuestros tribunales en relación al alcance del recurso de nulidad que, de acuerdo a lo expuesto, pareciera no cumplir con las exigencias establecidas en los artículos 8 N° 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### **b. Consideraciones en relación a los fundamentos de la sentencia**

Seguiré el mismo orden de fundamentos expresados al exponer los considerandos de la sentencia para hacer más ordenada la exposición.

<sup>42</sup> Corte Suprema, 2 de junio de 2011, 2095-2011 (Considerando 40°).

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, 30 de diciembre de 2010, Rol N° 352-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de diciembre de 2010, Rol N° 2371-2010; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7 de julio de 2010, Rol N° 536-2010.

1. *No le corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre cuestionamientos genéricos u opciones de política legislativa que dicen relación con el diseño legislativo del sistema de recursos del Código Procesal Penal (considerandos décimo y decimosexto).*

Si bien en principio parece irrefutable y evidente lo expresado, el concepto de *diseño legislativo* es ambiguo y extenso, por no decir inabarcable, toda vez que la totalidad de la legislación es parte de él y evidentemente la declaración de inaplicabilidad de un artículo específico podría, bajo este concepto, implicar una modificación o corrección del diseño legislativo. En el caso del *derecho al recurso* que aquí se reclama no parece que nos encontremos realmente frente a un problema de *diseño legislativo*, sino más bien frente a un tema de coherencia legal entre preceptos vigentes y su constitucionalidad, materia que podría ser corregida por el Tribunal Constitucional en la medida que la incoherencia de las normas exista en relación a preceptos constitucionales y se cumplan los demás requisitos propios del recurso. No podemos olvidar las amplias facultades conferidas por la ley al Tribunal Constitucional que le permiten incluso promover la inconstitucionalidad de algunos preceptos, cuando estima que ello es procedente, en virtud del artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República.

Cuando me refiero al planteamiento de un problema de *incoherencia legal* entiendo que este se refiere (bien o mal planteado por los requirentes) al alcance y extensión que el *derecho al recurso* implica para su titular en lo relativo a las facultades que debe tener el Tribunal Superior Jerárquico para conocer de una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Oral en lo Penal.

Sobre este punto, nuestra propia experiencia a nivel doctrinario y jurisprudencial da cuenta de situaciones en las que, pese a establecer instancias únicas (árbitros), siempre existe un *derecho al recurso* mínimo e irrenunciable respecto de ciertas materias y casos (incompetencia absoluta, implicancias, *ultra petita*).

2. *El derecho a la revisión de las sentencias, como parte del debido proceso, no significa derecho a la doble instancia. El derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación, pues es opción de política legislativa configurar el proceso penal en única o doble instancia (considerandos decimocuarto y decimoquinto).*

No queda claro de la explicación contenida en la sentencia el con-



cepto que se da a *doble instancia*, pareciendo esbozar la idea de que significaría recurso de apelación, en contraposición a otros recursos que no significarían *doble instancia*.

Como sea, lo que allí se plantea es que configurar el proceso penal en única o doble instancia es una opción de política legislativa, entendiendo que la existencia de un recurso de nulidad cumpliría con garantizar el *derecho al recurso* sin constituir necesariamente una *doble instancia*.

Siguiendo con este razonamiento, la *política legislativa* de nuestro país, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha tomado la opción de garantizar a todo inculpado el derecho a “recorrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 8 N° 2 letra h de la Convención) y a “toda persona declarada culpable de un delito ... [el] 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” (artículo 14 N° 5 del Pacto).

Como primera conclusión, es evidente a la luz de nuestra legislación vigente que existe el derecho a recurrir del inculpado y del condenado a un tribunal superior de aquel que ha dictado la sentencia condenatoria.

3. *Que el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación* (considerando decimonoveno), *pues no existe una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a este, por lo que el recurso de nulidad no puede juzgarse usando como parámetro el recurso de apelación, siendo el de apelación un recurso más amplio, de mayor alcance que incluye un examen fáctico y jurídico* (considerando decimoséptimo).

Concordando con lo expresado en la sentencia, tal como señalan Duce y Riego<sup>44</sup> “son dos los principios del debido proceso que deben ser considerados en esta materia. Por una parte, la centralidad del Juicio Oral requiere que a menos que se consagre un sistema de apelación basado en la repetición, se establezca un sistema de revisión restringido y, por la otra, existe una garantía que obliga a establecer una posibilidad de revisión del fallo a lo menos a favor de la persona

<sup>44</sup> DUCE y RIEGO (2007), p. 509.

del inculpado, a esas alturas condenado ... el modo en que estos dos principios se articulan es, en nuestra opinión, el principal problema que es necesario abordar al diseñar o analizar un sistema de recursos”.

4. *Que existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación, que fundamentan la restricción del segundo frente a las sentencias definitivas de los Tribunales Orales en lo Penal a saber:*

- *“en primer lugar, a lo que podremos denominar la ‘centralidad del Juicio Oral’, expresión encaminada a reforzar su rol no solo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables;*
- *en segundo término, a la fecundidad de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y,*
- *en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio” (Considerando decimoséptimo).*

*Que en esta misma línea argumentativa, justifica la excepcionalidad del recurso de apelación en:*

- *la separación de la actividad de investigar y juzgar, donde el Juez de Garantía controla investigación del Ministerio Público, no siendo necesario recurrir de ello (independencia de funciones, considerando vigésimo primero);*
- *que se benefició un sistema de control horizontal a través de un Tribunal Oral en lo Penal colegiado, donde tres jueces son los que se encargan de la labor de juzgar (considerando vigésimo segundo); y*
- *los principios de inmediación y oralidad del juicio, que hacen imposible a un tribunal de apelación cumplir con ellos en una apelación, debiendo otorgarse el mayor poder de decisión al tribunal que asiste al Juicio Oral (considerando vigésimo tercero).*

Los argumentos indicados para restringir el recurso de apelación podemos resumirlos en tres: oralidad, separación de funciones y control horizontal.

- a) la oralidad del juicio implica una garantía explícita a los justiciables por inmediación en la manera de formar la convicción de los jueces (a través del conocimiento total y directo).
- b) separación de funciones de investigar y juzgar que garantizaría el control por un ente distinto del que realiza la investigación.
- c) control horizontal, que garantiza al existir un tribunal colegiado la discusión y control entre los propios miembros del tribunal.

En palabras sencillas, la sentencia sostiene que un recurso de apelación amplio basado simplemente en la lectura de antecedentes o revisión de las grabaciones del juicio vulneraría el principio de oralidad del mismo, permitiendo que un tribunal superior, con un conocimiento mediato de las pruebas rendidas, falle el juicio haciendo inútil lo obrado en primera instancia.

Curioso en el razonamiento del Tribunal Constitucional es que la línea en que él mismo se va dando nos conduce a la idea de ser necesario un recurso de apelación, pero restringido en cuanto a sus facultades de revisión y corrección. La limitación se plantea como necesaria para no vulnerar otro principio, cual es el de oralidad del juicio. En este mismo sentido, Duce y Riego<sup>45</sup> señalan "... parece lógico que con el fin de preservar el Juicio Oral el espectro de revisión del recurso esté condicionado a la invocación de causales específicas vinculadas al respeto por la ley que regula el desarrollo del juicio y la dictación de la sentencia, así como al respeto por las garantías básicas del debido proceso. Esta restricción se traduce en que, en principio, el tribunal superior no puede revisar ampliamente el mérito de la prueba y los hechos que se han determinado en el fallo".

Dicho lo anterior cabe preguntarse entonces ¿se trata de una contradicción entre el principio de oralidad y el derecho al recurso?; ¿existe algún perjuicio para el inculpado, ahora condenado, por el hecho que el tribunal superior jerárquico del que lo condenó conozca en forma mediata de los antecedentes? La respuesta, como se mencionó en el acápite anterior es negativa.

De los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional aparece con claridad que el problema no radica en el perjuicio que pueda sufrir el inculpado, ahora condenado, sino en una serie de

<sup>45</sup> DUCE y RIEGO (2007), p. 511.

supuestas contradicciones intrasistemáticas. Basta al efecto, para confirmar lo anterior, analizar lo dispuesto el artículo 360 del Código Procesal Penal, que limita expresamente el ámbito al que las decisiones de un tribunal que conozca de un recurso puede extenderse, señalando que “el tribunal que conociere de un recurso solo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedando vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado ...”.

De esta forma, entendiendo que el *derecho a recurrir* corresponde al inculpado o condenado de acuerdo a nuestra legislación vigente, no son aceptables ni pertinentes las argumentaciones de carácter general referidas como fundamento de una restricción del recurso de apelación. En el mismo sentido, el requerimiento de inaplicabilidad plantea la vulneración del derecho a recurrir del inculpado en un caso concreto, no la posibilidad genérica de recurrir mediante apelación respecto de cualquier sentencia dictada por un Tribunal Oral en lo Penal.

5. *Que siendo el recurso de apelación de configuración legal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso 5° y 63 N°3 de la Constitución Política de la República, puede el legislador limitar al alcance del mismo solo a la revisión de lo obrado por el Tribunal inferior, acercándolo al régimen de la nulidad, dando a entender que incluso comparado con el recurso de apelación, en su versión limitada, el de nulidad podría cumplir con la exigencia de derecho al recurso contenida en el debido proceso (considerando decimoctavo).*

Es un hecho cierto que el legislador puede limitar el alcance del recurso de apelación en el sentido de restringirlo solo a la revisión parcial de lo obrado por el tribunal inferior. Si ello acerca o no el recurso de apelación al régimen propio de un recurso de nulidad no me parece tan claro. La distinción principal y básica entre un recurso de apelación y uno de nulidad radica en el objeto de su análisis, por regla general, el primero conoce tanto de los hechos como del derecho, mientras el segundo, solo del derecho. En base a lo anterior, la mayoría de los autores considera que el conocimiento de un recurso de apelación por un tribunal superior constituye una nueva instancia, mientras el conocimiento de un recurso de nulidad no la constituye.

No comparto, entonces, la aseveración de que limitar el alcance de un recurso de apelación signifique acercarlo a un recurso o régimen de nulidad. Por el contrario, creo más acertado señalar que el alcance de un recurso de apelación, en términos amplios, incluye las facultades propias de un recurso de nulidad, pues permite pronunciarse tanto sobre los hechos como respecto del derecho. Así las cosas, un planteamiento como el del Tribunal Constitucional implica, a mi juicio, desnaturalizar la nulidad, transformándola en una especie de apelación restringida, que no tiene acogida en nuestra legislación vigente y nos lleva a la conclusión de que bastaría con tener un solo recurso, el de apelación, pero con diversos alcances. Solución que también es válida, pero requeriría implementación y reformas legales.

Las consideraciones a este respecto de la sentencia en comentario parecen también innecesarias, pues existiendo solo el recurso de nulidad como vía de impugnar una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Oral en lo Penal, carece de sentido analizar si ambos recursos se parecen o no. Lo que corresponde derechamente es determinar si el recurso de nulidad cumple con la exigencia y garantía de *derecho al recurso* del inculpado o condenado, determinando el alcance de dicha garantía.

6. *Que el recurso de nulidad establece como una de sus causales que “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal), por lo que no se produciría indefensión del imputado al existir la posibilidad de recurrir de nulidad por esta causal (considerando vigésimo).*

La argumentación del Tribunal Constitucional sobre este punto, señalando que no se produce indefensión del imputado al existir la posibilidad de recurrir de nulidad cuando se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, es confusa, pues siendo el punto en discusión precisamente la posibilidad de recurrir a un tribunal superior jerárquico que pueda conocer en términos amplios, tanto de los hechos como del derecho, no me imagino de qué forma podría un inculpado condenado, por medio de este recurso de nulidad corregir la inexistencia de un recurso que cumpla con las garantías establecidas

en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto a la posibilidad de revisión de los hechos contenidos en una sentencia definitiva en virtud de esta causal de nulidad, la verdad es que ha sido casi uniformemente descartada por nuestra jurisprudencia.

7. *El tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos, porque la ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir en materia de prueba “la reproducción del razonamiento utilizado”, por lo que, si bien no le corresponde al Tribunal Constitucional sino al juez de fondo pronunciarse sobre si procede el recurso de nulidad por una errada apreciación de la prueba (cuestión de interpretación legal de las causales del recurso y alcance de sus motivos de procedencia), como señala en el considerando undécimo, estima que podría extender su examen a la misma pues “la cautela de los derechos fundamentales del imputado está absolutamente garantizada por la posibilidad de impugnar la sentencia” (considerando vigésimo).*

El Tribunal Constitucional es enfático en señalar que “queda claro a esta Magistratura que, a diferencia de lo sostenido por el requirente, el tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos”, pues “la ley dice precisamente que la sentencia, para ser válida, debe permitir, en materia de prueba, ‘la reproducción del razonamiento utilizado’”.

En la medida en que el recurso de nulidad por la causal indicada permita un análisis en la forma sostenida por el Tribunal Constitucional, sería claro que el recurso de nulidad cumpliría a cabalidad con la garantía del *derecho al recurso* en comento.

El problema radica en que de acuerdo a la jurisprudencia nacional la interpretación general ha sido más bien restrictiva, tal como consta de diversas sentencias que dan cuenta hasta el día de hoy de una postura casi uniforme al respecto, que difiere de lo señalado por el Tribunal Constitucional (citada precedentemente).

8. *Como último argumento, se hace referencia a la inutilidad de declarar inaplicables los preceptos legales impugnados, fundado*

*en que: no se solicitó la inaplicabilidad del artículo 361 del Código Procesal Penal, que impide la aplicación de normas fuera del Código Procesal Penal; incluso si por el artículo 52 del Código Procesal Penal ello fuere posible, el sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil es absolutamente incompatible con las normas del procedimiento civil vigente, pues obedecen a distintos principios inspiradores; y en que el legislador tuvo la intención explícita de apartarse del sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil (considerando vigésimo cuarto).*

Sobre este punto, es efectivo lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación con la aplicación del artículo 361 del Código Procesal Penal y su especialidad, lo que comparto. En lo que se refiere al artículo 52, en el supuesto que fuere posible su aplicación, se reitera la argumentación ya referida en relación con la incompatibilidad de los recursos, en este caso del Código de Procedimiento Civil, con la oralidad y la intermediación, argumentación que no me parece aplicable en el contexto de un reclamo donde es un inculpado o condenado quien pretende hacer uso del recurso en su beneficio y sin riesgo de quedar en una situación desmejorada, atendido lo dispuesto en el artículo 360 del Código Procesal Penal que da cuenta de la prohibición de reformar la sentencia recurrida en perjuicio del inculpado o condenado (prohibición de la *reformatio in peius*).

#### COMENTARIO FINAL

No me atrevo a decir si comparto o no la decisión del Tribunal Constitucional en lo que al rechazo del requerimiento se refiere. Lo que sí tengo claro es que no comparto sus fundamentos, pues pareciera que se ha producido una confusión en relación a la situación que funda el requerimiento planteado, toda vez que la línea argumentativa se desarrolla mediante un análisis de carácter general (pensando en la posibilidad de recurrir a una segunda instancia de todos los intervinientes) sobre la procedencia y suficiencia del recurso de nulidad como medio para impugnar la sentencia definitiva dictada en un Juicio Oral Penal, en contraposición al *derecho al recurso* que se reclama como vulnerado y que dice relación única y exclusivamente con el inculpado o condenado en el juicio concreto en el que este se encuentra involucrado. Situación planteada al

tenor de las normas contenidas en la Convención y Pacto referidos, ambos vigentes en Chile.

En este sentido, el Tribunal Constitucional realiza argumentaciones que no fundamentan debidamente un requerimiento de inaplicabilidad particular como el presentado, eludiendo hacerse cargo de resolver sobre el punto sometido a su conocimiento en forma directa, que es rechazado de manera tangencial y como consecuencia de una fundamentación sistemática general que excede ampliamente el ámbito de la vulneración reclamada.

En cuanto al fondo del requerimiento, el Tribunal Constitucional no ha resuelto de manera clara qué es el *derecho al recurso* específico contemplado en el Pacto y Convención citados, siendo a lo menos cuestionable, a la vista de nuestra jurisprudencia, que el recurso de nulidad establecido en nuestro Código Procesal Penal cumpla con dicha garantía en particular para el inculpado o condenado por sentencia definitiva en Juicio Oral.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### 1. Libros

- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 583 pp.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 659 pp.
- MANZINI, Vincenzo (1954): *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), 672 pp.
- NÚÑEZ, J. Cristóbal (2003): *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 581 pp.

### 2. Artículos de revista y otros documentos de publicación periódica

- PIEDRABUENA, Guillermo (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal* (Revista de Derecho N° 21 - junio 2009. Consejo de Defensa del Estado), 157 pp.



TAPIA, Enrique (2000): *De los recursos Procesales en el Proceso Penal Oral* (El Nuevo Proceso Penal Chileno. Actas del Postítulo sobre “El Nuevo Proceso Penal Chileno”. Universidad de Concepción), 344 pp.

### 3. Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Suprema, de 2 de junio de 2011, Rol N° 2095-2011 (Considerando 40°). Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 15 de junio de 2011, Rol N° 115-2011. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 30 de diciembre de 2010, Rol N° 352-2010; Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 15 de junio de 2011, Rol N° 502-2011. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 7 de julio de 2010, Rol N° 536-2010. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de diciembre de 2010, Rol N° 2371 2010; Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 17 de junio de 2011, Rol N° 178-2011. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de junio de 2011, Rol N° 162-2011. Disponible en [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl) [Fecha de consulta: 19 de octubre 2011].