

# Sociedad libre y debido proceso: una relación necesaria. Comentario de dos fallos de inadmisibilidad en el caso “Tocornal”



AXEL BUCHHEISTER ROSAS  
*Director de Estudios Jurídicos, Libertad y Desarrollo*

GONZALO CANDIA FALCÓN  
*Profesor Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*

## RESUMEN

*El presente comentario analiza dos fallos del Tribunal Constitucional que declaran la inadmisibilidad de los recursos de inaplicabilidad presentados por Jorge Tocornal B. (Roles N° 764-07 y 775-07). Dichas declaraciones de inadmisibilidad son criticada por los autores en la medida que habrían existido causales suficientes para que el Tribunal hubiese entrado a conocer el fondo del asunto en cuestión, que no es otro que la constitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal. Dicha norma impide al condenado en un segundo juicio oral efectuado tras uno declarado nulo, recurrir de nulidad ante la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema. El precepto legal debió haber sido declarado inaplicable por inconstitucional en la medida que priva a las personas de un derecho esencial dentro del debido proceso, como lo es el derecho al recurso.*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Debido proceso y sociedad libre. III. Descripción de las causas judiciales. 3.1 Antecedentes. 3.2 El primer recurso de inaplicabilidad. Rol No. 764-07. 3.3 Segunda inaplicabilidad. Rol No. 775-07. IV. Análisis de las resoluciones del Tribunal. Derecho al recurso y control concreto de constitucionalidad. 4.1 Aspectos formales. Cumplimiento de los requisitos de inadmisibilidad. 4.2 Un análisis material del caso en cuestión. El derecho al recurso como garantía propia del debido proceso constitucional. V. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda alguna que la implantación de la reforma procesal en Chile ha sido un avance institucional clave de la última década. En efecto, existía en nuestro país – según lo reconoce el mismo mensaje del Código Procesal Penal– *“un amplio consenso sobre la falta de adecuación del sistema vigente (antiguo) a los requerimientos de los tiempos actuales”*.

Dichos requerimientos decían relación con elementos propios de una sociedad de libertades: respeto de las garantías constitucionales

—en especial, de la garantía de la libertad personal—, agilidad procesal, publicidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, y como es propio de todo proceso de puesta en marcha, en el camino se han ido identificando una serie de debilidades o falencias del sistema procesal penal. En especial, aquellas dicen relación —entre otras— con la protección de víctimas, el presupuesto fiscal destinado a las instituciones protagónicas de la reforma, el régimen de recursos y la interpretación excesivamente garantística que han efectuado ciertos jueces de garantía.

Este comentario tiene por objeto centrarse en uno de los elementos mencionados anteriormente. Nos referimos al régimen de recursos, más específicamente al recurso de nulidad contemplado en el artículo 387 del Código Procesal Penal. La norma prescribe:

**Artículo 387.-** Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este código.

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

Nuestro análisis se centra en el inciso segundo del artículo transcrito. De acuerdo a este, por regla general, las sentencias recaídas en un proceso llevado adelante nuevamente en razón de una declaración de nulidad pronunciada previamente por la Corte Suprema, no son susceptibles de recurso alguno<sup>1</sup>.

La situación jurídico-procesal planteada por el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, es necesario estudiarla desde la perspectiva de la garantía constitucional del “debido proceso” o del “proceso racional y justo” (artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución). En efecto, dicha disposición contiene

---

<sup>1</sup> Excepcionalmente podrían ser susceptibles de recurso de nulidad aquellas sentencias que en el juicio anulado por la Corte Suprema hubiesen tenido carácter absolutorio y que, una vez realizado el nuevo juicio oral, hubiesen revestido naturaleza absolutoria.

una serie de elementos que nos plantean serias dudas en torno a su constitucionalidad:

- a) Impide a un condenado ejercer un recurso esencial dentro del nuevo proceso penal;
- b) Al vedar el ejercicio de este recurso, evita que un tribunal superior tenga la posibilidad de analizar “si en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales...” o bien si “se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho” por parte del tribunal inferior<sup>2</sup>;
- c) Por tanto, hipotéticamente, un tribunal oral podría llevar a cabo un segundo juicio infringiendo todas las garantías del debido proceso sin que ello pueda ser remediado por ninguna instancia jurisdiccional, por la sola razón de haberse llevado a cabo un juicio oral con anterioridad, que por lo demás fue declarado nulo precisamente por haber incurrido en esa infracción.

Todos estos elementos son suficientes, por lo menos, para cuestionarnos acerca de la constitucionalidad del artículo 387 del Código Procesal Penal. Ese análisis lo realizaremos a partir de las sentencias de inadmisibilidad dictadas por el Tribunal Constitucional en los roles N° 764-07 y 775-07, ambos referidos al caso “Tocornal Barra”, que pasaremos luego a explicar.

## II. DEBIDO PROCESO Y SOCIEDAD LIBRE

En el caso indicado, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles dos recursos de inaplicabilidad presentados por el hoy condenado. Dichos recursos buscaban que esta instancia jurisdiccional declarase la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal, en la medida que la norma le impedía ejercer recurso alguno contra la sentencia que le condenaba.

Las dos resoluciones que declararon la inadmisibilidad de aquellos recursos pueden entenderse como actuaciones “de mero trámite” o

---

<sup>2</sup> Estas son las dos causales que el código procesal penal establece respecto al recurso de nulidad.

más bien formales. Sin embargo, su significado apunta a un tema realmente trascendente para la existencia de una sociedad libre. Ese tema es el “debido proceso”.

Aspecto esencial en una sociedad de libertades es el respeto a la vida y a la libertad y seguridad personal. Ninguna otra libertad o derechos pueden tener vigencia en el largo plazo, si ellos no están garantizados. Los órganos del Estado deben asegurar estos derechos básicos a las personas sobre las cuales ejercen su autoridad. Esto les obliga a no privar arbitrariamente tanto de la vida como de la libertad a sus ciudadanos.

Esta obligación se concreta en la existencia de un conjunto de reglas, orientaciones y principios que constituyen un parámetro que permita afirmar la razonabilidad de la privación del derecho a la libertad. Esos parámetros constituyen el “Debido Proceso”, que se erige como límite a la acción estatal, sea en su función administrativa, legislativa o judicial. Ese límite, a su vez, no permite tan solo custodiar la libertad personal de los ciudadanos, sino también afianzar su propia seguridad dentro de la vida social.

En ese sentido, la Corte Suprema de los EE.UU. se ha pronunciado recientemente en torno a la relación debido proceso-sociedad libre en “*Rumsfeld vs. Padilla*”. A propósito de la infracción de las normas constitutivas de un procedimiento justo en la lucha contra el terrorismo, la Corte indicó:

**“Lo que está en juego en este caso es nada menos que la esencia de una sociedad libre. Aún más importante que la manera mediante la que el pueblo selecciona a quien le gobierna es los límites que el Estado de Derecho y el imperio de la ley imponen al poder ejecutivo.** Si el ejecutivo puede detener libremente a un ciudadano para investigarlo y para impedir actividades subversivas estamos ante la esencia caracterizadora de la arbitrariedad inquisitorial. Garantizar a los ciudadanos el derecho a un abogado para protegerles de las ilegalidades y arbitrariedades del poder es la esencia caracterizadora del derecho al debido proceso”<sup>3</sup>

Sin debido proceso no puede existir una sociedad de libertades. Una sociedad sin debido proceso es una sociedad insegura, donde la última decisión recae ya no en el Derecho o la razón, sino en el arbitrio de quien ejerce un cargo dentro del aparato estatal.

---

<sup>3</sup> Véase: fallo “*Rumsfeld vs. Padilla*” en BELTRÁN y GONZÁLEZ (2005) p. 670.

### III. DESCRIPCIÓN DE LAS CAUSAS JUDICIALES

#### 3.1 Antecedentes

El caso sobre el cual recaen las sentencias alcanzó amplia publicidad debido a la gravedad de los hechos que allí se ventilaron. Jorge Tocornal Babra fue denunciado por su ex cónyuge por la comisión de una serie de abusos de connotación sexual en la persona de sus hijos.

Tras ser formalizado y acusado por los delitos señalados, se llevó a cabo el primer juicio oral en su contra. Producto de aquel, Tocornal fue encontrado culpable y condenado. Su defensa, entonces, presentó un recurso de nulidad ante la Corte Suprema. Esta magistratura, con fecha 16 de enero de 2007, anuló el juicio en cuanto consideró que el tribunal oral no había efectuado una adecuada interpretación de las pruebas presentadas en el juicio.

Tras esta declaración de nulidad, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 387 del Código Procesal Penal, se procedió a realizar el segundo juicio oral en contra de Jorge Tocornal. El 30 de marzo de 2006, el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago dictó veredicto condenatorio en contra del acusado, hallándolo culpable de los delitos referidos en los mismos términos que el primer juicio. La lectura de la sentencia definitiva se realizaría el siguiente 9 de abril<sup>4</sup>.

#### 3.2 El primer recurso de inaplicabilidad. Rol N° 764-07

Fue entre la dictación del veredicto y la lectura de la sentencia que la defensa del condenado Tocornal presentó el 4 de abril un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, solicitando se declarara la inaplicabilidad del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal. Dicha norma impedía al condenado ejercer recurso alguno ante un tribunal superior. Esta presentación dio origen al expediente rol N° 764-07.

De acuerdo con lo indicado por la recurrente, “las limitaciones o restricciones al pleno ejercicio del derecho que le asiste a todo acusado en orden a impugnar la sentencia que le condena –como ocurre con el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal– son ilegítimas” y en tal caso este “debe ser declarado inaplicable por inconstitucional” al infringir en concreto la garantía constitucional del debido proceso<sup>5</sup> (artículo 19 N° 3, inciso quinto de la Constitución).

<sup>4</sup> Jorge Tocornal fue condenado a trece años de cárcel.

<sup>5</sup> Rol 764-07, fojas 6-7.

En cuanto al carácter decisorio de la norma impugnada, la defensa señaló que “a pesar de tratarse de una resolución que no ha sido dictada, cuyo contenido o fundamento se desconoce por completo, sucede que don Jorge Tocornal B. está, al día de hoy, completamente impedido de impugnar la sentencia condenatoria que se dictó en su contra, precisamente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 387 inciso segundo del código procesal penal”<sup>6</sup>.

El Ministerio Público procedió, a su vez, a presentar un escrito solicitando al Tribunal el rechazo de la inaplicabilidad solicitada. Esto, por cuanto: a) no existiría gestión pendiente, en la medida que el recurso presentado era improcedente; y b) la norma impugnada no tendría carácter decisorio, porque si el recurso fuese acogido, el resultado de la nulidad interpuesta ante la Corte Suprema tendría un resultado incierto, que no influiría necesariamente en el asunto de fondo a resolver por el máximo tribunal<sup>7</sup>.

El recurso interpuesto el 4 de abril fue proveído el día 9, fecha en que el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago procedió a la lectura del fallo. Tras allegarse un certificado del estado de la causa, el 11 de abril el Tribunal dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso en cuestión. Para ello se basó en dos argumentos:

- a) “No exist(ía) gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial en la cual pudiera recibir aplicación el inciso segundo del artículo 387 del CPP”. En efecto, el TC entendió que la resolución impugnada se encontraba ejecutoriada tras su lectura y notificación, el día 9 de abril<sup>8</sup>; y
- b) Adicionalmente, el TC entendió que “tampoco se cumple la exigencia constitucional según la cual la aplicación del precepto legal (...) pueda resultar decisiva en la resolución del asunto de que se trata (...) La norma legal invocada **no tiene incidencia sustantiva en 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<sup>9</sup>”

En consecuencia: el TC declaró inadmisibile el recurso por carecer este de básicas exigencias constitucionales, a saber: a) la gestión pendiente; y b) la naturaleza decisoria del precepto impugnado.

---

<sup>6</sup> Rol 764-07, foja 7.

<sup>7</sup> Rol 775-07, fojas 75-84.

<sup>8</sup> Rol 764-07, foja 39.

<sup>9</sup> Rol 764-07, foja 40.

### 3.3 Segunda inaplicabilidad. Rol N° 775-07

Tras el fallo del TC, el recurrente trató de generar una “gestión pendiente” que le permitiera interponer un nuevo recurso. Así, el 19 de abril interpuso ante la Corte Suprema un recurso de nulidad en contra de la sentencia leída en la audiencia del tercer tribunal oral en lo penal de Santiago de fecha 11 de abril<sup>10</sup>.

En el referido escrito, la defensa del señor Tocornal solicitó la nulidad de la sentencia en cuestión por cuanto existirían vicios técnicos tanto en el procedimiento del juicio oral como en la sentencia misma. Los mismos decían relación, básicamente, con la ausencia de ciertas garantías procesales. Entre ellas destacaban la infracción del principio de contradictoriedad –en la medida que sus probanzas no fueron consideradas por el tribunal– así como del principio de lógica interna propio de toda sentencia<sup>11</sup>.

El recurso de inaplicabilidad fue presentado el mismo 19 de abril, solicitándose nuevamente la inaplicabilidad del artículo 387 inciso segundo del CPP. En esta ocasión, los argumentos de la recurrente fueron:

- a) La existencia de una infracción a la garantía constitucional del “debido proceso”, en la medida que a un condenado le era imposible interponer recursos respecto de una sentencia en que veía gravemente afectadas sus garantías constitucionales;
- b) Asimismo, trató de replicar el argumento anteriormente utilizado por el TC en el sentido que la norma impugnada no era decisoria en la cuestión. Ello, porque en la medida que el artículo fuese declarado inaplicable, podría la defensa presentar un recurso que “incluso, podría llevar a la revocación de la sentencia impugnada y la subsecuente y completa anulación del juicio y de la sentencia recaída en él”<sup>12</sup>;
- c) La existencia de una “gestión pendiente”. Esto en la medida que el recurso de nulidad presentado ante el máximo tribunal aún no había sido proveído<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Técnicamente, el recurso es presentado ante el tribunal que dictó la sentencia –el tercer juzgado oral en lo penal de Santiago– para ser conocido por la Corte Suprema. El objetivo de este procedimiento es que el tribunal *a quo* pueda efectuar un primer análisis de admisibilidad del recurso, sobre todo en el entendido que el recurso de nulidad del nuevo proceso penal es ante todo motivado en causales de derecho estricto.

<sup>11</sup> Rol 775-07, fojas 30-65.

<sup>12</sup> Rol 775-07, foja 9.

<sup>13</sup> Rol 775-07, foja 8.

El recurso de inaplicabilidad fue proveído el mismo 19 de abril, dándose cuenta de él a la primera sala del Tribunal.

Tal como ocurrió en el recurso anteriormente planteado, el Ministerio Público solicitó la declaración de inadmisibilidad del recurso, con similares argumentos.

El 26 de abril, el secretario del Tribunal certificó el estado procesal del recurso de nulidad presentado por la recurrente. Pues bien, el tribunal *a quo* –esto es, el mismo tercer tribunal oral en lo penal de Santiago– declaró inadmisibile el recurso presentado el mismo día 26<sup>14</sup>. El fundamento esgrimido por el tribunal fue, precisamente, la existencia de la norma impugnada que impide la presentación de un recurso de nulidad contra una sentencia condenatoria recaída en un segundo juicio oral.

Finalmente nuestra máxima magistratura constitucional, en sentencia de 2 de mayo, procedió a declarar la inadmisibilidad del recurso presentado por la defensa de Tocornal. Pero esta vez, a diferencia de la primera, tan solo fundó su resolución en la inexistencia de una “gestión pendiente”, no entrando al análisis acerca del carácter “decisivo” del precepto cuya constitucionalidad era cuestionada<sup>15</sup>.

#### **IV. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL. DERECHO AL RECURSO Y CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD**

##### **4.1 Aspectos formales. Cumplimiento de los requisitos de inadmisibilidad**

El artículo 93 inciso undécimo de la Carta Fundamental establece cuáles son los requisitos de admisibilidad de toda acción de inaplicabilidad:

“En el caso del número 6<sup>o</sup><sup>16</sup>, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibili-

---

<sup>14</sup> Rol 775-07, fojas 97-99.

<sup>15</sup> Rol 775- foja 104.

<sup>16</sup> *Se refiere a la atribución misma del Tribunal Constitucional de conocer sobre la inaplicabilidad de las leyes. Dispone el N° 6 del art. 93: “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”.*

dad 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”.

De acuerdo a lo indicado, la admisibilidad dependerá del cumplimiento de tres requisitos:

- a) **Gestión pendiente.** La verificación de la existencia de una “gestión pendiente” ante tribunal ordinario o especial;
- b) **Carácter decisivo.** La aplicación del precepto legal impugnado debe resultar decisiva en la resolución del asunto; y
- c) **Razonabilidad.** La impugnación debe estar razonablemente fundada.

La doctrina constitucional no ha sido muy rica en torno al análisis del control de admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad surgidos tras la reforma constitucional 2005. Uno de los autores que ha escrito al respecto, el profesor Cea Egaña, ha definido la “admisión” como *“el trámite previo en que se decide, pronunciándose acerca de aspectos de forma o motivos de evidencia, si ha o no lugar a seguir sustanciando ciertos recursos...”* Entre una de sus características más esenciales, afirma el autor que es su *“carácter preliminar, o sea, de umbral con respecto a los aspectos más sustantivos o de mayor complejidad adjetiva del requerimiento, de modo que no implica un estudio exhaustivo pero sí suficiente para emitir el pronunciamiento razonado de rigor”*<sup>17</sup>.

En ese sentido, el control de admisibilidad puede ser entendido como:

- a) Un trámite previo y preliminar en el cual una de las salas del Tribunal decide si someter a tramitación el recurso presentado;
- b) Este trámite recae sobre aspectos no solo de forma, sino también de fondo. Esto obliga al Tribunal a estudiar la admisibilidad no solo desde una perspectiva puramente procesal –cumplimiento de requisitos formales, como puede serlo la existencia de una gestión pendiente– sino que también le exige revisar, al menos someramente, el núcleo esencial de la argumentación de la recurrente;

<sup>17</sup> Véase: CEA (2007) p. 112.

- c) Este estudio de fondo implicaría analizar el caso concreto sobre el cual recae la inaplicabilidad, si existen argumentos que ameriten estudiar una supuesta afectación de derechos fundamentales y las garantías que están en juego, y además, el carácter decisorio de la norma impugnada. Esto con el objetivo de apreciar o ponderar correctamente la admisibilidad del recurso frente a cualquier duda que surja en torno a los aspectos formales de la cuestión; y
- d) El Tribunal analizará los elementos anteriormente indicados no de forma exhaustiva, pero sí suficiente.

Del estudio de la admisibilidad surge una resolución que produce “cosa juzgada” y que, por tanto, no es susceptible de ser alterada por el Tribunal en la medida que no se cuenten con nuevos antecedentes.

Tratándose de los recursos de inaplicabilidad que son objeto del presente artículo, el Tribunal rechazó ambos porque, en el primero, no existía gestión pendiente ni el asunto resultaba ser decisivo para la resolución del caso. Mientras tanto, en el segundo fallo, el Tribunal se limitó a afirmar la inexistencia de una gestión pendiente.

En estos dos puntos discordamos de la posición de la máxima magistratura constitucional.

#### ***4.1.1. Existencia de gestión pendiente***

En el primer caso, el recurrente solicitó la declaración de inaplicabilidad del precepto legal una vez que le fue señalado el veredicto, esto es, antes de la lectura de la sentencia definitiva el día 9 de abril de 2007. Entre el 4 de abril –día en que se indicó al acusado la decisión condenatoria– y el 9 de abril la gestión estaba, precisamente, aún pendiente. Es dentro de esos días que el Tribunal debió haberse pronunciado respecto a la admisibilidad, por cuanto la sola lectura del fallo podría producir la ejecutoria del mismo. Más aún, la gestión estaba pendiente al momento de interponerse la acción constitucional y el Tribunal pudo arbitrar las medidas para que no se procediera a la lectura del fallo mientras no se resolviera la admisibilidad, facultad que tiene conforme a la formativa constitucional. Dispone la parte final del inc. 11° del art. 93 que “*A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*” y nada obsta que esta atribución se

ejercite antes de declarar la admisibilidad y con el objeto de resolverla cabalmente.

En el segundo caso, la sentencia ya había sido notificada y la parte condenada interpuso recurso de nulidad ante el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago para ser conocido por la Corte de Apelaciones. Una vez declarado “inadmisible” por el tribunal al aplicar el artículo 387 inciso segundo, el Tribunal reiteró que no existiría “gestión pendiente”.

En ambos casos, el Tribunal procede a analizar la admisibilidad de los recursos de manera tardía, sin comprender –al parecer– que su pronunciamiento era esencial para evitar el fin de la gestión.

En cuanto al concepto de “gestión pendiente”, la ministra Peña Torres ha indicado que, de acuerdo a la jurisprudencia del propio Tribunal, este requisito “*importa una condición que contiene –como exigencia básica– la aptitud de la instancia judicial en la cual incide la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formulada*”<sup>18</sup>.

Este requisito, entonces, dice relación principalmente con la existencia de una instancia judicial apta para resolver un conflicto que contenga elementos jurídico-constitucionales. Es, por tanto, un requisito que importa un análisis no tan solo formal –como acreditar la existencia de un certificado de ejecutoria, por ejemplo– sino también sustantivo<sup>19</sup>.

Lo que define la existencia de la gestión pendiente, es, pues, la capacidad que el proceso judicial tiene para solucionar el conflicto objeto de la inaplicabilidad; en la medida que este sea apto para resolverlo, se cumple el requisito de admisibilidad señalado en el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, como ciertos autores lo constatan, surgen algunas interrogantes relativas al momento en el cual debe existir la “gestión pendiente”. El Tribunal ha interpretado que esta debe existir al tiempo del ingreso del recurso y sostenerse hasta el momento en que se revise la admisibilidad por una de las salas del Tribunal<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Véase: PEÑA (2007) p. 49.

<sup>19</sup> Sobre este aspecto debemos oponernos a la idea planteada por el ministro CEA EGAÑA en el sentido que la existencia de la gestión pendiente dependería de la existencia de un certificado que acredite el estado de la causa. Normalmente será así, pero existen casos en los cuales es necesario revisar con mayor profundidad el tema.

<sup>20</sup> Véase: CEA (2007) p. 114.

Creemos que esto último debe ser entendido con mucha cautela. En efecto, la Constitución exige como requisito tan solo la existencia de una gestión pendiente, sin señalar hasta cuándo ella deba existir. Por tanto, el precepto debe ser integrado a partir de los principios y valores constitucionales. La filosofía inspiradora de la reforma constitucional 2005, en ese sentido, fue potenciar las instancias de control constitucional. No se podría por vía formal, entonces, cerrar las puertas del Tribunal Constitucional. Es necesario interpretar estos requisitos constitucionales de forma amplia, potenciando su carácter garantista. De lo contrario, podrían seguir dándose los casos en que la sola demora del Tribunal en proveer un recurso presentado determinara la inadmisibilidad del mismo.

#### **4.1.2. Los casos concretos**

En los casos particulares que motivan este trabajo, estábamos ante un caso en el cual:

- a) Existía un conflicto jurídico-penal con serias implicancias constitucionales;
- b) Contenía una norma de cierre, que impedía el condenado recurrir ante una instancia jurisdiccional superior, cuya aplicación por parte de un tribunal ordinario era, precisamente, el objeto del recurso;
- c) Luego, la decisión acerca de la permanencia de la gestión pendiente había pasado al propio Tribunal Constitucional, en la medida que la declaratoria de admisibilidad permitía la subsistencia de la gestión.

En efecto, en cuanto esto último, la norma cuya inconstitucionalidad era impugnada impedía sostener el proceso. El artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal constituía la norma de cierre del proceso mismo.

Por otro lado, y tal como lo mencionamos anteriormente, la “gestión pendiente” dice relación con la existencia de un proceso apto para solucionar el conflicto objeto de la inaplicabilidad. Al menos en el segundo caso, un recurso de nulidad disponía de los elementos necesarios para solucionar el conflicto planteado, siempre y cuando fuera inaplicable el artículo impugnado por la recurrente.

¿Tenía alguna buena razón concreta el Tribunal para estudiar el fondo del asunto declarando la admisibilidad de los recursos? Creemos que sí. El solo hecho que se encuentre en juego la libertad de

una persona –uno de los derechos esenciales dentro de una sociedad libre– ameritaba un análisis más profundo del tema.

Sin embargo, el Tribunal en ambos casos, existiendo gestión pendiente al momento de la presentación de ambos recursos, procedió a efectuar el control de admisibilidad una vez que los tribunales ordinarios aplicaran la norma de clausura cuya constitucionalidad era cuestionada. Con ello, el propio Tribunal frustró cualquier posibilidad de entrar a conocer de la cuestión de fondo.

Esto último es equivalente a afirmar que el artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal está exento de todo control constitucional, en la medida que la sentencia producida en el juicio oral fuese condenatoria. Si entendemos que su aplicación pone término al proceso, entonces la norma nunca podría ser cuestionada desde la perspectiva de la Constitución. Así, extrañamente, por “aplicación” de una disposición legal, la Constitución sería “inaplicable” al caso concreto.

Esa interpretación no se condice con el principio de supremacía constitucional consagrado en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental. En efecto, este principio constituye una “base de la institucionalidad” que permite dotar de efectividad plena a la Constitución. Si una norma legal cuya constitucionalidad es cuestionada pone término a la gestión, entonces –con el objeto de velar adecuadamente por la supremacía constitucional– el Tribunal debería al menos declarar su admisibilidad para conocer del fondo del asunto. Lo contrario, impediría la aplicación de la Constitución en el caso concreto.

Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia lo que se conoce como el “*principio pro requiriente*”, tratándose del control de admisibilidad de los requerimientos de control preventivo de la constitucionalidad de una ley<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia rol N° 209. En aquella ocasión, los hechos fueron los siguientes: un proyecto de ley se promulgó el 23 de enero de 1995 (lunes) y se publicó en el Diario Oficial el martes 24 de enero del mismo año. Sin embargo, el día domingo 22, el Tribunal recibió un requerimiento por inconstitucionalidad de dicho proyecto. El Tribunal lo admitió a tramitación y comunicó al Presidente de la República la presentación del requerimiento y dicha resolución el día lunes 23. En otras palabras, el Tribunal admitió a tramitación el requerimiento cuando el Presidente de la República había promulgado el proyecto de ley y el decreto respectivo había sido cursado por la Contraloría. Cuando se dictó su sentencia, el 10 de febrero de 1995, había una ley publicada en el Diario Oficial. En aquella ocasión, el Tribunal consideró en su fallo de 10 de febrero, que no le eran oponibles los hechos ocurridos con posterioridad a la presentación del requerimiento. Como ello ocurrió el día domingo 22 de enero, la promulgación realizada el día 23 y la publicación realizada el día 24 le eran totalmente ajenos.

Carmona Santander lo define como aquel principio en virtud del cual *“El Tribunal Constitucional no exige los requisitos para admitir válidamente un requerimiento a tramitación o interpreta, para declararlo procedente, dichos requisitos en favor de quienes requieran”*<sup>22</sup>. Si bien en este caso se trata de un recurso de inaplicabilidad, tanto esta acción constitucional como un requerimiento tienen un único fin: asegurar la supremacía constitucional frente a la ley, sea en el momento creativo o aplicativo de esta. Ambos conservan una misma lógica. De allí que el intérprete pueda estimar válido entender que este principio jurisprudencial también es aplicable tratándose del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de un recurso de inaplicabilidad.

La aplicación de este principio en este caso concreto habría significado que el Tribunal hubiese efectuado una interpretación más amplia del concepto *“gestión pendiente”*, de manera que –entendiendo que la norma legal cerraba el proceso– hubiese acogido al menos a tramitación el recurso, lo que no implicaba, claro está, que se hubiese pronunciado necesariamente a favor del mismo.

Lo anterior era necesario cuando, en el fondo, lo que la parte ocurrente alegaba era que la ley que ponía fin a la gestión era inconstitucional; vale decir, en la medida que la inaplicabilidad hubiere sido acogida, habría desaparecido la norma que ponía fin al juicio –al denegar el recurso de nulidad– y la gestión siempre habría estado pendiente.

---

En el mismo Tribunal se da una explicación sustantiva de esta principio a través del voto de minoría del ministro VALENZUELA SOMARRIVA y del abogado SOTO-KLOSS en la sentencia rol 269. Allí señalaron que, ante un conflicto en torno a la interpretación de un requisito de admisibilidad de un requerimiento, que *“una interpretación restrictiva de la norma en estudio no se concilia con el espíritu de la Carta Fundamental, cual es permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a esta Magistratura, a fin de que ella vele por el principio de “supremacía constitucional”* (considerando 3° del voto disidente). A continuación, en el considerando 4° expresó que *“No debe olvidarse que dicho principio se encuentra consagrado como una de las Bases esenciales de la Institucionalidad, en el artículo 6° de la Carta Fundamental, que expresa, en sus incisos primero y segundo: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*.

Por último concluye afirmando que *“El Tribunal Constitucional es uno de los órganos esenciales dentro de dicho sistema [de control del principio de supremacía constitucional] y frente a la trascendencia de sus funciones no puede, actuando dentro de su competencia, dejar de ejercer sus atribuciones por las razones que se invocan en la sentencia, permitiendo así que entren a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico preceptos cuya constitucionalidad se ha cuestionado, asunto que no ha podido ser resuelto jurisdiccionalmente, por declararse inadmisibles el requerimiento que la plantea”* (considerando 6°).

<sup>22</sup> Véase CARMONA (2001).

### 4.1.3 El carácter decisivo de la norma impugnada

En el primer fallo de inadmisibilidad, el Tribunal afirmó que el artículo 387 inciso segundo del código procesal penal no resultaba decisivo en la gestión. Así su considerando 8° indicó que *“la norma legal invocada no tiene incidencia en la declaración sustantiva de la gestión (...) atendiendo a la naturaleza de la misma, esto es, que se trata de un juicio criminal que versa sobre los delitos aludidos en el considerando primero”*.

Detrás de esta justificación parece estar presente la ya superada doctrina de la distinción entre normas “decisorio litis” y “ordenatorio litis” que utilizó la Corte Suprema para rechazar buena parte de los recursos de inaplicabilidad presentados ante esa magistratura. De acuerdo al criterio del Tribunal, en cuanto el artículo 387 inciso segundo sería una norma de alcance procesal –regulatoria del régimen de recursos– y no referiría directamente a los tipos penales invocados por el tribunal oral en lo penal para condenar al recurrente, carecería de “carácter decisorio”.

Aquí no cabe sino entender que ha existido una decisión contradictoria. En efecto, una de las primeras doctrinas superadas por el Tribunal cuando comenzó a ejercer el control de la inaplicabilidad fue precisamente la distinción explicada anteriormente. Dos ejemplos de ello. En los considerandos segundo y tercero de la sentencia “Kravetz Miranda”<sup>23</sup> el Tribunal indicó que:

**“Segundo (...)-** El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto “supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión” (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). **En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo.**

**Tercero:** Que de todo lo señalado se desprende entonces que uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia que la aplicación del precepto legal –**tanto de carácter sustantivo como adjetivo, en su caso, dado que la norma no**

<sup>23</sup> Rol 546-2006.

**distingue al efecto**— sea decisivo para la resolución de la gestión pendiente o de un asunto, en los términos que establece el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República. En otras palabras, el precepto legal que se impugna por la requirente de inaplicabilidad debe ser considerado en el razonamiento que pronuncie el sentenciador o servirle de fundamento, nada de lo cual se produce en la especie.

Asimismo, en la sentencia “Selume”<sup>24</sup> se afirmó que:

OCTAVO: Que, en relación con la segunda cuestión planteada y que se vincula a la naturaleza del artículo 116 del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos ha argumentado que se trata de una norma “ordenatoria litis” y no “decisoria litis”, de modo que no tendría incidencia en el fallo que ha de dictar la Corte de Apelaciones de Santiago en la gestión pendiente a que se refiere la presente acción.

NOVENO: Que este Tribunal entiende que el argumento del Servicio de Impuestos Internos afectaría directamente el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad, que se encuentran consignados en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución y que se refiere a que “la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto”.

DÉCIMO: Que, según puede observarse de la lectura del precepto transcrito, **la Carta Fundamental no ha establecido diferencias en relación con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente que “pueda resultar decisiva en la resolución del asunto” (...)**

DÉCIMO PRIMERO: Que afirmado que el requerimiento de inaplicabilidad procede contra un precepto legal, de cualquier naturaleza, que se estima contrario a la Carta Fundamental, la exigencia constitucional se completa si dicho precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución.

Concluyendo; el Tribunal desde que comenzó a ejercer las atribuciones otorgadas por el nuevo artículo 93 de la Constitución, ha rechazado la distinción entre normas “orgánicas” y “procesales”, por lo que el argumento utilizado en el primer fallo de inadmisibilidad comentado parece ser contradictorio con su propia jurisprudencia.

Por otro lado, cabe afirmar que en el caso concreto la aplicación del artículo 387 inciso segundo era efectivamente decisiva para la

---

<sup>24</sup> Rol 459-2006.

resolución de la cuestión. Su aplicación impedía al condenado ejercer recurso alguno. Privado de este derecho, perdía toda posibilidad de revertir la sentencia. Asimismo, la aplicación de la norma adquiere un mayor carácter decisivo en la medida que pone término a la gestión pendiente, impidiendo ejercer control constitucional sobre ella<sup>25</sup>.

Al estudiar la segunda sentencia de inadmisibilidad, recaída en el rol 775-07, parece ser que el Tribunal enmienda el rumbo. Así, pudiendo hacerlo, evita pronunciarse en torno al carácter decisivo de la norma impugnada. En este caso, se limita a declarar la inadmisibilidad fundándose tan solo en la inexistencia de la “gestión pendiente”.

Podemos entender que esto, de alguna forma, ha sido una reconsideración del Tribunal, que ha evitado volver a la desechada distinción entre normas “procesales” y “sustantivas” para admitir recursos de inaplicabilidad. Esto confirma una muy sana doctrina que ya se había asentado, por lo demás, en los primeros fallos del Tribunal.

#### **4.2 Un análisis material del caso en cuestión. El derecho al recurso como garantía propia del Debido Proceso constitucional**

El análisis de las sentencias precedentes resultaría incompleto si dejáramos de referirnos a los aspectos materiales de los recursos presentados por Jorge Tocornal. En ambos, la recurrente alegó que el impedimento legal de plantear un recurso de nulidad respecto de una sentencia condenatoria ante un tribunal superior infringía las garantías propias del “Debido Proceso”.

Mientras trabajábamos en dichos aspectos, con fecha 30 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional se pronunció en torno al recurso de inaplicabilidad presentado por Aarón Vásquez Muñoz<sup>26</sup>. La causa, en lo formal, es similar a la de Jorge Tocornal; en ambos casos existía una sentencia condenatoria derivada de un segundo juicio oral respecto al cual se había presentado un recurso de nulidad. La diferencia está en que el Tribunal entró en este caso al pronunciarse sobre el fondo de la inaplicabilidad deducida.

---

<sup>25</sup> Este retorno del Tribunal Constitucional a su jurisprudencia original sobre la naturaleza del precepto susceptible de ser declarado inaplicable se hizo más notoria en el caso “Aarón Vásquez” que examinaremos más adelante. Tratándose del recurso presentado por el condenado, el Tribunal Constitucional no tuvo problema alguno para calificarlo como “decisivo” para resolver la cuestión que era objeto de la inaplicabilidad.

<sup>26</sup> Rol 986-2008.

Los hechos de la causa fueron –sintéticamente– los siguientes: tras un incidente verbal ocurrido en una plaza de la ciudad de Santiago, Aarón Vásquez golpeó con un bate de béisbol al ciclista Alejandro Inostroza. Todo ello ocurría en octubre de 2006. Vásquez fue formalizado, en primer lugar, por el delito de lesiones gravísimas, graves y menos graves en la persona de Inostroza. Sin embargo, al fallecer aquel poco tiempo después, se le reformalizó por el delito de homicidio calificado.

Tras la realización del juicio oral, Vásquez fue condenado el 28 de julio de 2007 por la comisión del delito de homicidio simple. Ante esta sentencia, el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, fundada en que los antecedentes del caso configuraban una hipótesis de homicidio calificado, anulando el juicio y ordenando que se realizare uno nuevo, conforme con lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Penal.

El nuevo juicio oral agravó la pena de Vásquez, al ser condenado por el delito de homicidio calificado y no de homicidio simple, a una pena de siete años de presidio. En esas circunstancias, la parte condenada presentó un recurso de nulidad para ser conocido por la Corte Suprema, presentando a su vez un recurso de inaplicabilidad de ante el Tribunal Constitucional, solicitando que se declarara la inconstitucionalidad concreta del artículo 387 inciso segundo del Código Procesal Penal.

En cuanto el recurso de nulidad es presentado ante el tribunal oral en lo penal para ser conocido por la Corte Suprema, el tribunal a *quo* –al controlar la admisibilidad del recurso de nulidad– calificó la primera sentencia como “absolutoria”, en la medida que lo “*absolvía del delito de homicidio calificado (...) en cambio, se le condena(ba) a sufrir la pena de tres años de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social...*”. Así, se dieron por existentes los presupuestos necesarios para declarar admisible un segundo recurso de nulidad<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Discrepamos de la interpretación que efectuó el tribunal oral en lo penal. Evidentemente, en el primer juicio Aarón Vásquez fue condenado en la medida que fue encontrado culpable de los delitos imputados por la querellante y el Ministerio Público. No se le “absuelve” del homicidio calificado; se recalifica el tipo y se le aplica la pena. La absolución dice relación con la declaratoria de inocencia del acusado, no con la recalificación del tipo por parte del juez. Por tanto, es claro que el tribunal oral forzó el sentido del artículo 387 del código procesal penal de tal manera que se permitió al acusado deducir la nulidad.

En esta ocasión, el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse *en concreto* acerca de la constitucionalidad sustantiva del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal. Si bien este volumen de “Sentencias Destacadas” se refiere a las sentencias dictadas durante 2007, nuestro análisis resultaría altamente incompleto si no nos refiriéramos, al menos de forma tangencial, al fallo en cuestión. Así, en primer lugar expondremos nuestro personal análisis y luego lo contrastaremos con la resolución del Tribunal.

#### **4.2.1 El Debido Proceso. Elementos constitutivos**

El “debido proceso” constituye una garantía metalegal. Contemplado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución, impone al legislador la obligación de configurar un “proceso y una investigación racional y justo”.

Los elementos de aquel proceso “racional y justo” no fueron especificados en su tiempo por el constituyente de 1980. Se estimó conveniente otorgar un mandato 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 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<sup>28</sup>.

Por otro lado, el profesor Evans de la Cuadra ha indicado que elementos propios de todo “debido proceso” deben ser: a) *La notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado*; b) *La presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen*; c) *La sentencia dictada en un plazo razonable*; y d) **La posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva**<sup>29</sup>.

Por último, la propia Corte Suprema ha indicado en su jurisprudencia que el “justo y racional” procedimiento implica una serie de garantías:

<sup>28</sup> En ese sentido, véase la exposición que en la sesión N° 103 efectuó el profesor José BERNALES, quien explicó a la Cenc los principales elementos constitutivos del debido proceso, que son aquellos que se mencionaron.

<sup>29</sup> EVANS (2004) p. 144

“Conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República 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 asesoría y defensa 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**, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural”<sup>30</sup>.

Concluyendo: Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que todo proceso, para ser constitucionalmente calificado como “justo y racional”, necesariamente obliga al legislador a incluir dentro de él una serie de garantías. Una de esas garantías es la facultad que tiene todo condenado para interponer un recurso ante un tribunal superior e imparcial con el objeto de que someta a revisión la sentencia. Todo proceso carente de ese elemento, necesariamente deviene en contrario a la Carta Fundamental al infringir los principios básicos del “debido proceso”.

#### ***4.2.2 El derecho al recurso: garantía reconocida por los tratados internacionales***

Por otro lado, el derecho internacional ha reconocido en el derecho al recurso una garantía propia de todo “debido proceso”. Un ejemplo de ello es la Convención americana de derechos humanos. El artículo 8º N° 2 letra h) de aquel instrumento indica que:

“Nº 2. – Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”.

Asimismo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 14 afirma:

“Nº 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”.

---

<sup>30</sup> Corte Suprema, autos Rol N° 3.643-00, de 5 de diciembre de 2001.

¿Cuál es el valor que tienen para nuestro ordenamiento jurídico interno lo prescrito en aquellos tratados internacionales? De acuerdo a la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estos instrumentos internacionales protectores de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile, se encuentran sujetos a la Constitución<sup>31</sup>. Sin embargo, esa sujeción a la Carta Fundamental no implica ineficacia; en efecto, los tratados con las características referidas obligan directamente al legislador y son una herramienta de interpretación legal en virtud de lo prescrito en el artículo 5º inciso segundo del código político<sup>32</sup>.

Más aún, un fundamento esencial del recurso de nulidad en el juicio criminal es la infracción de los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 373 del CPP), de forma que resultaría paradójico que no se consultara como una infracción al debido proceso la negación de un derecho que se consagra en tales tratados, como es la revisión de la sentencia por un tribunal superior.

De allí que el derecho al recurso, contemplado en un tratado de derechos humanos, es una garantía cierta y efectiva que tiene todo condenado, aun cuando la ley le prive de aquel.

#### ***4.2.3 Inconstitucionalidad abstracta del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal***

Tal como le hemos venido analizando, el artículo 387 inciso segundo del código procesal penal priva a un condenado en segundo juicio oral de la posibilidad de interponer un recurso de nulidad. Ahora bien, en la práctica, no solo le priva de ese recurso, sino también de cualquier otro, en la medida que la sentencia definitiva no es susceptible de otro recurso como podría serlo la apelación<sup>33</sup>.

¿Cuál es la razón de aquello? ¿Por qué el legislador restringió el uso de este único recurso en caso que se tratase de una sentencia emitida en segundo juicio oral? Al revisar la historia fidedigna de la ley,

<sup>31</sup> Así fue resuelto en el caso "Corte Penal Internacional", Rol Nº 346 (2002).

<sup>32</sup> Véase BERTELSEN (1996).

<sup>33</sup> En este caso, no consideramos la queja como un recurso válido contra una sentencia definitiva emitida en juicio oral, en la medida que tiene una naturaleza no jurisdiccional sino disciplinaria; debiendo recordarse que su procedencia ha sido legal y constitucionalmente limitada a éste ámbito. De allí que, en principio, sea ajena al proceso penal.

la cuestión no es clara. El proyecto de Código Procesal Penal presentado por el Presidente de la República al Congreso no contenía la norma en cuestión, la que fue adicionada como artículo 389. Durante la discusión parlamentaria no existe alusión alguna en torno a esta restricción procesal. Más bien parece ser que el fundamento último de esta decisión legislativa habrían sido razones de economía procesal.

Esto último en la medida que si no existiera esta norma de cierre, entonces permanecería siempre abierta la posibilidad de intentar un nuevo recurso de nulidad respecto del juicio o la sentencia definitiva, lo que impediría –supuestamente– dotar al sistema penal de una adecuada seguridad jurídica.

*En abstracto*, no podemos sino entender que la norma es abiertamente inconstitucional. En efecto, un elemento nuclear del “debido proceso” es la posibilidad que tiene el condenado de que un tribunal superior revise la sentencia que le priva de un derecho humano tan básico como lo es la libertad personal. La naturaleza del recurso es discutible –no necesariamente puede dar lugar a una instancia con conocimiento tanto de los hechos como el derecho, como ocurre con la nulidad penal– pero es requisito esencial de un proceso justo el reconocimiento legal de la facultad natural que tiene un condenado para que un tribunal superior imparcial analice nuevamente el caso. Ese es el estándar constitucionalmente permitido. Menos que eso, no queda satisfecha la exigencia de un debido proceso.

No es razonable entender *a priori* que el segundo juicio oral que se desarrolla contra el acusado necesariamente respetará todas las garantías y derechos constitucionales o que bien aplicará correctamente el Derecho al caso concreto. Lo contrario, sería crear para el tribunal oral –que no es sino un órgano estatal– una situación que le permitiría infringir derechos fundamentales sin responder por ello ante el ordenamiento jurídico.

En conclusión; el artículo 387 inciso segundo del código procesal penal impide al condenado ejercer el único recurso legalmente existente para impugnar una sentencia condenatoria en materia penal: el recurso de nulidad. En la medida que no existe ningún otro recurso a nivel legislativo, la norma es *en abstracto* inconstitucional, ya que priva al condenado de una garantía propia de todo debido proceso.

#### **4.2.4 La doctrina procesal penal y la constitucionalidad del art. 387 CPP**

Parte de la doctrina procesal penal es favorable al razonamiento desarrollado anteriormente. Importante es lo indicado en este punto por los autores María Inés Horvitz y Julián López, quienes tras reconocer que, en principio, la existencia del recurso de nulidad respecto de la sentencia condenatoria tratándose del primer juicio oral satisface los estándares iusfundamentales, afirman que:

“No se aprecia, sin embargo, ningún fundamento razonable para haber excluido de la posibilidad de revisión vía nulidad de la sentencia condenatoria del segundo juicio, cuando la primera también lo hubiese sido.

La norma en cuestión debiera, entonces, ser ajustada cuanto antes para satisfacer los estándares impuestos por nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen siempre y en todo caso el derecho a recurrir en contra de una sentencia condenatoria. Mientras esa modificación no se haga, solo cabe considerar la disposición de la primera parte del inciso 2º del artículo 387 del código procesal penal, como una disposición que debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad”<sup>34</sup>.

Otro destacado procesalista, Cristián Maturana, ha afirmado que la disposición en cuestión:

“Es claramente inconstitucional, puesto que si en el nuevo proceso se vuelve a incurrir en un vicio de nulidad y se pretende mantener ese fallo al impedir toda impugnación a su respecto, nos encontramos ante una norma legal que viola el racional y justo procedimiento conforme al cual debe desarrollarse el debido proceso”<sup>35</sup>

Concluyendo; las alegaciones en torno a la inconstitucionalidad abstracta del artículo 387 inciso segundo es compartida por importantes autores de la doctrina procesal penal chilena. La razón es la misma que señalamos anteriormente: al impedirse el ejercicio del derecho al recurso, se infringe una garantía propia de todo procedimiento “racional y justo”, en la medida que no se permite al condenado que recurra para la revisión del fallo a un tribunal superior e imparcial.

<sup>34</sup> Véase HORVITZ y LÓPEZ (2005) pp. 446-447.

<sup>35</sup> Véase MATURANA (S/A) p. 268. Igual postura manifiesta CAROCCA (2005) p. 276.

#### **4.2.5 La doctrina del fallo “Aarón Vásquez”**

En el caso “Aarón Vásquez”, el Tribunal Constitucional entró a conocer acerca de la constitucionalidad sustantiva del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal. El órgano constitucional manifestó:

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que la inaplicabilidad es un sistema de control de constitucionalidad concreto y concentrado, (...) Por lo tanto, no es en esta sentencia donde corresponde reflexionar acerca de la bondad del sistema procesal penal en Chile y, por ende, se limitará a resolver, como ya se dijera anteriormente, acerca de si el precepto impugnado atenta o no en su aplicación contra las garantías del debido proceso, en la medida que niega el derecho a recurrir;

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** (...) Estamos frente a un proceso penal en el cual hubo derecho a recurrir, pues la sentencia era objetivamente agravante, mas no lo hizo el condenado, como dice el requerimiento, puesto que estimó que subjetivamente no lo era, con lo cual **al no impetrar la nulidad del proceso o la sentencia y, por esa vía, ampliar la competencia específica del tribunal señalado por la ley como llamado a decidirlo, limitó sin duda su derecho a la defensa, por un acto propio y no porque la ley haya contravenido a la constitución**<sup>36</sup>;

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo.

Siendo así, **esta norma, cuya constitucionalidad in abstracto no está sometida a examen, en su aplicación al caso concreto, que es lo único que ahora se puede decidir, no genera disconformidad entre su aplicación y la Carta Fundamental** y, además, deja a la Corte Suprema, interpretándola y según la calificación de la primera sentencia, la posibilidad de invalidar el juicio y la sentencia respectiva y realizar un nuevo juicio o dictar una de reemplazo”.

Cabe, entonces, apreciar que:

- a) El Tribunal entendió, como en toda inaplicabilidad, que estaba ante un control concreto y no abstracto de la norma. La consecuencia práctica de ello es que no se trataba de una sola compa-

---

<sup>36</sup> En este considerando, el Tribunal Constitucional se refiere al primer juicio realizado en contra de Aarón Vásquez. Efectivamente, el condenado no presentó recurso alguno al término de este. Tal como lo señalamos, fue el Ministerio Público el que presentó una solicitud de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

ración entre el texto de la Constitución y la ley impugnada, sino que se requería analizar si la aplicación de la norma al caso específico producía efectos inconstitucionales;

- b) En el primer juicio oral, el condenado Aarón Vásquez no recurrió de nulidad respecto de la sentencia. Ello en la medida que la sanción aplicada fue menor a la que la solicitada por el Ministerio Público. Por eso fue este quien recurrió de nulidad ante la Corte Suprema;
- c) La sentencia dictada en el segundo juicio oral agravó la pena impuesta al condenado Vásquez en la sentencia anulada, al cambiar la calificación de los hechos. De allí que este quisiera deducir recurso de nulidad en la medida que entendió que era esa sentencia la que le ocasionaba un perjuicio o agravio, requisito esencial en la interposición de todo recurso;
- d) Sin embargo, pese a la declaración de admisibilidad del recurso de nulidad por parte del tribunal oral en lo penal, el sostenimiento del mismo requería la declaración de inaplicabilidad del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal;
- e) Sin embargo, el Tribunal –efectuando un control “concreto”– rechazó el recurso señalando que, en la práctica, había sido el propio condenado quien había renunciado a ejercer el recurso de nulidad, cuando tras la primera sentencia no lo hizo.

Este último punto es problemático. ¿Estaba obligado Vásquez a presentar un recurso de nulidad tras el primer juicio? El Tribunal entendió que si bien el condenado no percibió un agravio desde la perspectiva “subjetiva”, este sí existía desde una perspectiva “objetiva”, en la medida que existía una condena en su contra. No fue entonces, el artículo 387 inciso segundo, la norma responsable de la ausencia de recursos, sino la misma conducta del condenado.

Sin embargo, la reflexión efectuada por el Tribunal debe ser matizada. La interposición del primer recurso de nulidad se debió al ejercicio de una atribución propia del Ministerio Público. El ejercicio de esa facultad carece de toda vinculación con el derecho del acusado. Asimismo, este no iba a recurrir de nulidad por cuanto el primer fallo no le ocasionó agravio en la medida que existió conformidad de su parte con la sentencia. El perjuicio surge al momento de la dictación de la segunda sentencia; allí el condenado percibe un perjuicio que le habilitaba para interponer un recurso.

En todo caso, el propio Tribunal indicó que no estaba calificando la constitucionalidad *en abstracto* de la norma impugnada. De allí que existan aún posibilidades ciertas de que nuestra máxima magistratura constitucional proceda a declarar su inconstitucionalidad concreta en un futuro caso.

*a) Las “consideraciones finales” del fallo. Impugnación de las sentencias desde una perspectiva constitucional*

Tras rechazar la inaplicabilidad solicitada, el Tribunal efectúa dos consideraciones al final de la sentencia. La última de aquellas señala:

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** Que debe reiterarse que las necesidades de certeza y seguridad jurídica son inherentes a la resolución de conflictos por medio del proceso, en lo que se basa la preclusión de la impugnabilidad de las sentencias, frente a lo cual se está en la especie.

En este sentido cabe señalar que, **desde la perspectiva ya analizada, toda sentencia, en algún momento, es agravante para una de las partes, específicamente para la parte vencida, y si el agravio implicara que siempre debe haber un recurso que lo remedie, el proceso nunca podría tener fin.**

Hace fuerza a esta argumentación que la propia Carta Fundamental, en su artículo 76, **prohíbe “hacer revivir procesos fenecidos”, con lo cual resulta obvio concluir que la Constitución Política ha estructurado el ejercicio de la jurisdicción reconociendo expresamente la fundamental premisa de la necesidad del fin del proceso como forma de solución real y definitiva de los conflictos.**

Sin la aplicación del efecto de cosa juzgada, el conflicto no queda resuelto, con lo cual el proceso no cumple su función, reconociéndose como única excepción a ello la acción de revisión de sentencias firmes, contemplada expresamente en la legislación procesal civil y penal.

Ciertamente todo proceso exige una sentencia que resuelva el conflicto y que tenga fuerza de cosa juzgada. Si no, la incerteza jurídica impediría la paz social que el proceso debe generar en la sociedad. Sin embargo, el legislador no es autónomo para regular de cualquier modo el proceso en general o bien el término del mismo.

En la regulación específica, el legislador está llamado a respetar y hacer cumplir las garantías constitucionales de un “debido proceso”. Son aquellos los elementos inspiradores de toda sana regulación jurídico-procesal. Precisamente, las instituciones procesales nacen para asegurar a las partes un procedimiento “racional y justo”. No son entidades abstractas que existen en sí mismas, sino que responden a principios y valores constitucionales. Lo contrario implicaría que el legislador procesal estuviese por sobre la

Constitución, cuestión impensable en un estado de derecho y en una sociedad libre.

Tratándose del régimen de recursos, el legislador debe ser muy respetuoso de las garantías procesales contenidas en la Carta Fundamental. No podría, so pretexto de economía procesal o bien de supuestas exigencias de seguridad jurídica o de uso de recursos materiales, impedir al condenado en un proceso penal el ejercicio de su derecho natural a recurrir a un tribunal superior e imparcial. La regulación tampoco podría hacer imposible el ejercicio de este derecho o entorpecerlo de tal forma que, en la práctica, su ejercicio sea puramente ilusorio.

Seguridad jurídica sí, pero no a cualquier precio.

Además, la sola existencia de un recurso –en este caso– no necesariamente conduce a la pervivencia del proceso. En efecto, si el proceso es llevado correctamente por el tribunal oral, con respeto pleno de las garantías constitucionales, entonces el recurso de nulidad que la parte afectada pueda deducir será rechazado por el tribunal superior. Por otro lado, si durante la tramitación del juicio existieren vicios, el mismo será anulado. Esto implica que el proceso no existió o bien no produjo efecto alguno. Esto último, no implica repetir un mismo juicio, sino llevar a cabo uno nuevo. Es decir, no significa repetir un mismo proceso.

En suma, no es efectivo que conceder un recurso sea sinónimo de litigio sin fin: si el proceso es llevado conforme a derecho, tendrá término porque el recurso será rechazado; si es acogido, será porque no se hicieron las cosas bien y lo que verdaderamente entrega seguridad jurídica es que el juicio sea repetido, para que el castigo tenga una base sólida e incuestionable. Nada puede ser más contrario a la seguridad jurídica en términos del proceso criminal, que la sensación extendida que la justicia no esta siendo satisfecha.

#### ***b) La nulidad del juicio y la sentencia de reemplazo***

El caso Vásquez permite hacer una digresión que, si bien escapa al ámbito de este trabajo, no deja de tener relación con el tema.

El primer juicio fue anulado por la Corte de Apelaciones porque sostuvo que los antecedentes del caso hacían errónea la calificación de los hechos como homicidio simple, sino que constituían homicidio calificado. De la lectura estricta de los dispuesto en los artículos 385 y 386 del Código Procesal Penal, no correspondía que en mismo se dictare una sentencia de reemplazo, sino que se anulare el juicio y se procediere a llevar a adelante uno nuevo.

Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué independencia tendrán los jueces que conocerán del nuevo proceso al calificar penalmente los hechos, si el superior jerárquico ya emitió su dictamen sobre el punto? La norma que ordena que en tal caso se declare nulo el juicio y que se proceda a incoar otro es dudosa constitucionalidad, porque los jueces llamados a fallar carecen de la debida independencia.

No cabe duda que este un caso en que corresponde dictar una sentencia de reemplazo, puesto que los hechos están claros, establecidos y no controvertidos, sino que la duda se refiere únicamente a la calificación jurídica. Y la ley no lo establece así.

Esta reflexión que –como dijimos excede el objetivo estricto de nuestro análisis– pone de manifiesto la necesidad de reestudiar completamente la regulación en torno al recurso de nulidad en el juicio penal oral . Ello –nada menos– que por razones constitucionales.

*c) El voto de disidencia. Una perspectiva esperanzadora.*

Nuestro breve comentario acerca del fallo “Aarón Vásquez” estaría incompleto si no destacáramos la profundidad y rigor del voto disidente de la sentencia. En él, los ministros Vodanovic, Fernández Baeza y Correa<sup>37</sup> efectúan –a nuestro juicio– un acertado análisis acerca de la inconstitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal.

La disidencia efectúa un doble análisis:

- i) *Un análisis abstracto.* Objetivamente, la norma en cuestión impide a un condenado ejercer un recurso, infringiendo una garantía propia de todo “debido proceso”; y
- ii) *Un análisis concreto.* El perjuicio surgió para el condenado con la sentencia pronunciada en el segundo juicio, en la medida que la condena del primero era notablemente inferior a la esperada por el entonces condenado. Luego, no existía fundamento alguno para que éste hubiese deducido recurso de nulidad ante la primera sentencia, en cuanto ésta le favorecía.

Dentro de la primera línea de argumentación, la opinión disidente efectúa un razonamiento en torno a la razonabilidad de la norma:

---

<sup>37</sup> El ministro CORREA adhirió a lo manifestado en el voto de disidencia, pero efectuó una prevención respecto de aquel.

“16°.- Si se coloca de un lado el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, se comprueba el carácter esencial de la norma que protege el derecho fundamental, garantizado por la Constitución y los tratados internacionales, de resguardar su libertad. **La simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales. El medio escogido no es congruente con su supuesta finalidad y representa la exclusión de derechos subjetivos trascendentales”**

Asimismo, efectúa una interesante reflexión:

“17°.- En efecto, el fallo que acoge el recurso de nulidad anula la sentencia y el juicio oral, provocando la realización de un nuevo juicio. Si es nulo aquello que no produce efecto y la nulidad procesal “es la sanción de ineficacia que afecta a los actos procesales realizados con falta de alguno de los requisitos previstos por la ley para su validez” (Colombo Campbell, Juan, Los Actos Procesales, tomo II, página 390), la sentencia de nulidad del fallo y juicio oral primitivos acarrea su ineficacia, la ausencia de efecto alguno y, por ende, su fenecimiento.

Lo expuesto significa que sentencia y procedimiento anulados no pueden ser tenidos en cuenta para ningún propósito, que no pueden ser considerados como elemento o antecedente idóneos para producir algún resultado. No obstante, a la calificación posterior del acto nulo, sentencia absolutoria o condenatoria, la ley le atribuye efectos, que implican hacer revivir un proceso extinguido”

En este punto guardamos una diferencia con lo expuesto en el voto de disidencia. El proceso oral nulo no puede producir efecto alguno y por ello no puede entenderse que estamos ante un proceso fenecido, en el sentido de firme o afinado. Precisamente, en cuanto nulo, la ley no puede considerarlo para efectos de atribuirle valor jurídico<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Tras la sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó el recurso de inaplicabilidad presentado por Aarón Vásquez, se levantó la suspensión del procedimiento decretada y la Corte Suprema entró a conocer del fondo del recurso de nulidad planteado por el condenado. Con fecha 18 de marzo de 2008, la Corte rechazó la nulidad presentada, por cuanto *“La situación sometida al conocimiento de este tribunal no se ajusta al caso de excepción antes referido, toda vez que tanto la sentencia recaída en el primer juicio –que fue anulada– como la dictada en el segundo juicio –y que es ahora objeto de impugnación– fueron condenatorias para el acusado Aarón Vásquez Muñoz, siendo de advertir que la norma respectiva no distingue si se trata de partes, capítulos o acápite del fallo los que deban ser estimados absolutorios o condenatorios o si deba comprenderse la extensión o naturaleza de la pena impuesta, o tal vez, la diferente calificación que el tribunal haya dado al delito o a sus circunstancias”*.

## V. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en este trabajo podemos concluir que:

- a) El artículo 387 inciso segundo del código procesal penal al impedir al condenado en segundo juicio oral –posterior a uno declarado nulo– deducir recurso de nulidad infringe la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes;
- b) Ello en la medida que impiden el ejercicio de una garantía fundamental de todo “debido proceso” como lo es el “derecho al recurso”, que faculta al agraviado con una sentencia a recurrir en contra de aquella ante un tribunal superior e imparcial;
- c) El Tribunal Constitucional ha tenido que conocer de esta temática en dos ocasiones. La primera de ellas, a propósito del caso “Jorge Tocornal” (2007), y la segunda, del caso “Aarón Vásquez”(2008);
- d) En el primer caso, el Tribunal declaró inadmisibles los dos recursos de inaplicabilidad que se dedujeron en contra del artículo en cuestión. Argumentó que no existía “gestión pendiente” ni era decisiva la norma para la resolución del caso;
- e) En cuanto este punto, nos permitimos discordar de la argumentación del Tribunal, en la medida que creemos que sí existía “gestión pendiente”, en cuanto:
  - La norma cuestionada es una norma de cierre. Su aplicación, precisamente, termina la gestión. Por tanto, en un proceso de las características estudiadas, era necesario que el Tribunal declarara la admisibilidad para que la gestión continuará “pendiente”; e
  - Importantes razones de interpretación justifican un razonamiento así. En la medida que las normas legales deben interpretarse de forma tal que permitan hacer operativas las garantías constitucionales;
  - Por último, la norma impugnada sí era decisiva –desde una perspectiva procesal– para la resolución del conflicto. En efecto, su aplicación habría permitido que una sentencia condenatoria pudiese haber sido declarada nula. Un criterio contrario implicaría volver a distinguir –a propósito de la inaplicabilidad– entre normas “ordenatorio” y “decisorio”

litis, distinción superada por la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional;

- f) En cuanto al caso “Aarón Vásquez”, el Tribunal admitió a tramitación el recurso y procedió a su rechazo porque el condenado no habría deducido recurso en el momento procesal debido. Nuevamente discordamos de la interpretación del Tribunal, en la medida que todo recurso exige como fundamento básico la existencia de un agravio. Al no haberle producido perjuicio a la parte condenada la primera sentencia, no era esa la instancia procesal para deducir el recurso de nulidad.

Pese a que el panorama pudiese ser un poco oscuro para la interpretación que planteamos en este trabajo, tal como lo señalamos, pensamos que el voto disidente de la sentencia “Aarón Vásquez” abre nuevas perspectivas para el efectivo control de constitucionalidad del artículo 387 inciso segundo del código procesal penal. Esa esperanza es aún mayor considerando que el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional al conocer de la inaplicabilidad es de naturaleza concreta y no abstracta. Es por ello que creemos que la misma discusión pueda plantearse ante la misma instancia constitucional con un resultado distinto.

En ese sentido, un replanteamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto, creemos, favorecería ciertamente un aspecto clave de toda sociedad libre, como es el respeto de un “debido proceso”.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, Miguel, y GONZÁLEZ, Julio (eds.) (2005): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CEA, José Luis (2007): "El Tribunal Constitucional y el control de las leyes", *Escritos sobre Justicia Constitucional* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional).
- PEÑA, Marisol (2007): "Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la inadmisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad" *4 Estudios de Justicia Constitucional* (Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional).
- CARMONA, Carlos (2001): "El principio pro requirente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *7.8 Revista Chilena de Derecho* 1. pp. 165-190.
- EVANS, Enrique (2004, 3ª ed.): *Los Derechos Constitucionales, Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica).
- BERTELSEN, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales", en *23 Revista Chilena de Derecho* 2/3.
- HORVITZ, María Inés y Julián LÓPEZ (2005, 1ª ed.): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica).
- MATURANA, CRISTIÁN (S/A): *Los recursos* (Apuntes de Clases Universidad de Chile).
- CAROCCA, Álex (2005): *El nuevo sistema procesal penal* (Santiago: LexisNexis).