

# La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso<sup>1</sup>



ALEJANDRO ROMERO SEGUEL  
*Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de los Andes*

## RESUMEN EJECUTIVO

*En este comentario se analiza la sentencia de la Corte Suprema de 6 de abril de 2005, que reitera la doctrina de nuestro máximo tribunal sobre la fundamentación de la sentencia y el deber de los jueces de ponderar toda la prueba rendida en un juicio oral y público. Con ocasión de ello, el autor se detiene en la proyección que esta garantía tiene en otras instituciones del proceso penal. Este fallo refuerza la idea que uno de los mayores agravios que puede contener una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia. Con esta exigente doctrina se evita que la presunción de inocencia se utilice arbitrariamente para absolver al imputado. Conjuntamente con lo anterior, se formula una comparación crítica entre el cumplimiento de esta garantía en el proceso penal y el proceso civil, denunciando la manifiesta incongruencia existente en la práctica forense. Al fin y al cabo el debido proceso es, en efecto, una garantía fundamental en una sociedad libre.*

## SUMARIO

I. Introducción: La doctrina de la Corte Suprema II. Presunción de inocencia y fundamentación de la sentencia III. La presunción de inocencia como base del sistema IV. Logros de esta doctrina jurisprudencial V. El retorno al “juicio” como la más auténtica garantía procesal VI. Fundamentación y cosa juzgada penal VII. Una necesaria y obligatoria comparación VIII. La deficiencia en el proceso civil. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN: LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA

El objeto de este comentario es analizar, a la luz de la garantía constitucional del debido proceso, el fallo de la Corte Suprema de 6 de abril de 2005, que anuló la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco (de 9 de noviembre de 2004), en el proceso seguido por el delito de asociación ilícita terrorista en contra de una serie de personas vinculadas a la “Coordinadora Arauco Malleco” (CAM).

---

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt N°1040637 “La nueva justicia penal frente a la Constitución”.

Un grupo de personas fue acusada de asociación ilícita terrorista para cometer los delitos previstos en los artículos 1 y 2° N° 5 de la ley N° 18.314, esto es, el incendio de bosques, predios agrícolas y forestales, usurpación de terrenos, daños y desórdenes públicos en las comunas de Collipulli, Traiguén, Nueva Imperial, Lumaco, Ercilla, Angol y Temuco (en la Novena Región), además de Lleu Lleu y Tirúa (en la Octava Región).

No obstante haberse invocado varios motivos de nulidad por parte del Ministerio Público, del Ministerio del Interior y por los querrelantes particulares, la Corte Suprema, en virtud de lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, se limitó a admitir solo una de las causales, relativa a la falta de los requisitos de la sentencia. Según nuestro máximo tribunal, en el fallo absolutorio el Tribunal Oral habría cometido un error que hacía necesario repetir el juicio oral.

Al fundamentar la sentencia de nulidad, nuestro máximo tribunal reiteró una de las doctrinas más relevantes que ha producido la aplicación de la reforma procesal sobre la motivación de los fallos, potenciando con ello el valor de la doctrina jurisprudencial en nuestro medio, conforme se aprecia en la proyección que esta pauta está teniendo en las Cortes de Apelaciones<sup>2</sup>.

Esta decisión recayó en un bullado caso, que ocupó la atención masiva de los medios de comunicación. La complejidad del tema hace que, en nuestra opinión, esta sentencia del año 2005 sea considerada como un hito relevante, para diagnosticar el funcionamiento de la reforma procesal penal<sup>3</sup> en un tema tan capital como es la fundamentación de las sentencias.

Desde el punto de vista social, el juicio contra estos integrantes de la CAM era muy esperado, especialmente por las personas que ha-

---

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, C. de Ap. de Santiago, 23 de agosto de 2005 y 24 de agosto del mismo año, ambas publicadas en *Revista Procesal Penal*, N° 38, pp. 52-56 y 63-65.

<sup>3</sup> Sobre la reforma procesal penal, entre otros, OTERO LATHROP, Miguel, *El ministerio público*, LexisNexis, 2002; MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis, *Manual de derecho procesal penal*, Valparaíso: Libromar Ltda., 2001; RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago: UDP, 2002; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Anotado y Concordado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001; HÖRVITZ, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001 y 2004; CAROCCA PÉREZ, Alex, Santiago: LexisNexis, 2002; TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

bían sido víctima de la violencia desatada durante los últimos años en La Araucanía.

En virtud de esta sentencia anulatoria se debió iniciar un nuevo juicio oral, por el mismo tipo penal de asociación ilícita terrorista. A diferencia del primer proceso (aquí analizado), el segundo pronunciamiento terminó con una sentencia de condena en contra de varios de los acusados.

Sin perjuicio de otros interesantes asuntos que se podrían analizar de esta sentencia de la Corte Suprema, circunscribiremos nuestro comentario a las cuestiones procesales que surgen de la doctrina contenida en los dos considerandos que pasamos a transcribir:

**“Duodécimo:** Que, la causal de nulidad de la sentencia impugnada contemplada en el artículo 374 letra e) se refiere a que “en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)” del Código Procesal Penal”.

En este caso, la impugnación apunta a que la contravención se habría cometido respecto de la letra c) de dicho precepto en relación con el artículo 297, pero el Ministerio Público y el Ministerio del Interior agregan además, la letra d) del mismo art. 342.

Dice el artículo 342 en sus letras c) y d):

“Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:

c.- 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 fundamentaran dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

d.- Las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

Por su parte, el artículo 297 dispone:

“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

“El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese 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 acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta

fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

**Decimotercero:** Que, el punto ya ha sido resuelto por este tribunal en sentencias de 12 mayo y 2 de julio de 2003, y así, dice esta última que se desprende de la simple enunciación de las normas transcritas en el considerando anterior ‘que la nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración meticulado y cuidadoso en la concepción de sus sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad en abierta y franca discrepancia con el sistema probatorio tasado del sistema inquisitivo, lo ha hecho en el entendido que los tribunales no pueden en modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieron por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis”.

## II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

Simplificado en su esencia, el proceso penal es un mecanismo de comprobación que busca verificar si un hecho tipificado por la ley como delito ocurrió en la realidad<sup>4</sup>. El proceso penal es, básicamente, un instrumento de reconstrucción de una verdad por inferencia deductiva, que busca sancionar conductas exteriorizadas y consumadas en un determinado momento. El resultado final de este mecanismo de indagación es *la sentencia penal*, acto jurídico al que se debe llegar necesariamente pasando previamente por un procedimiento de verificación reglado por la ley<sup>5</sup>.

Los considerandos antes transcritos ponen de relieve que el pronunciamiento de la sentencia penal debe estar investida siempre de una

<sup>4</sup> Sobre el tema, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 201, LXV, enero- junio, 1997.

<sup>5</sup> Sobre los sistemas de comprobación y su evolución, FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2ª ed. 2003.

serie de garantías formales y materiales, que se traducen en cuestiones bien concretas:

- 1º) La sentencia condenatoria deben sustentarse en elementos de prueba que tengan el mérito de destruir la presunción de inocencia. La prueba aportada por el acusador debe ser concluyente, ya que en caso de duda razonable el juzgador está obligado a absolver al imputado; la sentencia no se puede fundar en prueba ilegal, ilícita o en medios de convicción prohibidos por ley<sup>6</sup>;
- 2º) La ponderación de la prueba debe ser cabal; el sentenciador tiene la obligación de exponer en su fallo las razones que le llevan a prescindir de los medios de convicción aportados al juicio, so pena de nulidad.
- 3º) La sentencia debe ser fundamentada, guardando una estricta congruencia entre la acusación y la parte resolutive.
- 4º) En el plano sustantivo, los tipos penales solo pueden estar creados por una ley (art. 19 N° 3 de la CPE, en relación a los artículos 1 y 18 del Código Penal), en virtud del principio *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

El criterio de esta sentencia de la Corte Suprema resulta loable, ya que fortalece la observancia de las garantías procesales en el pronunciamiento de la sentencia penal, que es el acto procesal con mayor connotación en la esfera de los derechos esenciales de las personas.

Con esta doctrina jurisprudencial se logra hacer realidad para la práctica forense lo que en teoría constituye una verdadera *communis opinio* sobre los fines de la motivación de la sentencia penal, a saber:

---

<sup>6</sup> La declaración de nulidad a que se puede someter la prueba, por ilícita o ilegal, demuestra que la alteración de la carga de la prueba que produce el principio de inocencia, impone a los órganos de persecución severos límites de actuación. El imputado no solo está liberado de probar nada, pues goza de una situación jurídica que debe ser destruida (su inocencia), sino que, además, la prueba que se quiere utilizar para destruir la presunción de inocencia debe ser lícita y producida legalmente. Si se infringe este límite, el imputado deberá seguir siendo considerado como inocente, y por lo tanto debe ser absuelto.

Con todo, el principio general antes esbozado suscita fuertes controversias. El debate clásico que promueve esta temática discurre sobre un dilema complejo, a saber: si frente a una prueba viciada en su producción priman los derechos del ciudadano o el interés social en la persecución y castigo del culpable.

Una exposición del tema, con referencia a la doctrina nacional y extranjera, MAS-SONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004.

- i) Que ella garantice la naturaleza cognocitiva y no potestativa del juicio penal, esto es, que sea efectivamente la ley la que establezca la sanción y no la voluntad del juez; y
- ii) Que el contenido de la sentencia permita controlar el apego a la estricta legalidad del fallo y de la recta ponderación de la prueba, como base de toda imputación penal.

Dicho de otra forma, la sentencia condenatoria penal debe pronunciarse dentro de un marco de máxima certeza y seguridad, evitando que algún inocente sea castigado por un delito que no cometió.

Entre la fundamentación del fallo y el principio de inocencia se constata una relación indivisible, ya que la sentencia penal tiene el mérito de poder romper, legítimamente, el principio de inocencia.

La motivación de las decisiones judiciales, de un modo general, se apunta como un logro de la Revolución Francesa, concretamente en la ley de 16-24 de agosto de 1790. Esta ley obligó a motivar todas las sentencias civiles, penales, de todos los jueces y tribunales. "El deseo de proteger la literalidad de la ley de la interpretación que de la misma se hiciera por jueces y tribunales animó a que los legisladores franceses impusieran, primero, la obligación de motivar todas sus decisiones, y, segundo, intentaran asegurar el edificio de la legalidad creando un Tribunal de Casación vinculado al legislativo"<sup>7</sup>. Esta obligación de motivar la sentencia sería recogida luego por los códigos napoleónicos, y su omisión sería sancionada con la nulidad por una ley de 1810.

En su esencia, esta idea de los Ilustrados, positivada en los textos antes indicados, descansa sobre la premisa de una absoluta correspondencia entre las premisas legales y los hechos concretos, siendo la decisión del juez solo una aplicación mecánica de la ley. Toda esta concepción vendría acompañada con otras ideas que reforzarán este ideal legalista, a saber: que la ley era la única fuente del derecho, y por lo mismo se prohibía a los jueces interpretar la ley, ya que en esta actividad el juez se convertía en legislador<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> GARRIGA, Carlos, LLORENTE, Marta, "El juez y la Ley: La motivación de las sentencias", en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 130.

<sup>8</sup> Sobre el origen de esta garantía en nuestro derecho cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982, pp. 131-173; MERELLO ARECCO, Italo, "La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal", en la misma publicación, 1983, pp. 71-98.

A la Escuela Clásica del derecho penal se le reconoce el logro de haber instado, exitosamente, por establecer los límites en el juzgamiento penal, defendiendo la estricta observancia del principio de la legalidad.

Es pertinente recordar que el mismo Cesare Beccaria (1738-1794), explicaría la función jurisdiccional como una operación mecánica, que debe lograr el silogismo perfecto, donde la premisa mayor es la ley general, la premisa menor la acción conforme o contra la ley, de la que se inferirá por consecuencia la pena o la absolución. En su conclusión a lo que sería considerada como la obra maestra de la literatura del iluminismo italiano, *Dei delitti e delle pene*, expone: “de todo cuanto se ha visto hasta aquí puede extraerse un teorema general muy útil, pero poco conforme con el uso, legislador más frecuente de las naciones: *Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*”<sup>9</sup>. Toda esta concepción venía acompañada con otras ideas que, en general, se orientan a reforzar que en el campo penal la ley era la única fuente del derecho<sup>10</sup>.

El nivel de exigencia que esta sentencia de la Corte Suprema le impone al juzgador penal, reiterando una doctrina sentada con anterioridad sobre el mismo tema (sentencias de 12 de mayo y 2 de julio de 2003), reflejan una mayor sensibilidad para proceder al desarrollo jurisprudencial de las prerrogativas procesales que dan vida a la garantía constitucional del debido proceso<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, B. Aires: Ediciones Orbis, tr. Francisco Tomás y Valiente, 1984, p.115.

<sup>10</sup> Una exposición sobre la práctica de los tribunales antes de la codificación en BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Jurisprudencia creativa? (La Corte Suprema de Justicia 1841-1860)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 16, 1990-91.

<sup>11</sup> Contrasta fuertemente esta doctrina con la que se contiene en el fallo de la Corte Suprema, 30 de octubre de 2002 (“Corpesca S.A. con Servicio de Salud de Antofagasta”). Según nuestro máximo tribunal, resultaría técnicamente inapropiado fundar un recurso en el fondo en normas de Constitución Política de la República, puesto que tales disposiciones se limitan consagrar derechos, garantías o principios básicos y fundamentales, cuando ellos tienen la debida protección en normas de rango inferior, esto es, en normas de ley, entendida esta en la forma como la define el artículo 1° del Código Civil. En la especie, si existe una numerosa normativa procesal que consagra y hace efectivo el debido proceso, no es factible invocar la garantía constitucional por la vía del recurso de casación en el fondo. (RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, pp. 274-279).

### III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO BASE DEL SISTEMA

Otro aspecto a destacar de esta sentencia es el límite que surge en torno a la aplicación de la presunción de inocencia.

Conforme a la doctrina del fallo, los jueces no son soberanos para dictar una sentencia absolutoria partiendo de la aplicación automática de la presunción de inocencia; por el contrario, su deber es fundamentar ponderando exhaustivamente la prueba aportada al proceso, y una vez agotada esa actividad lógica, concluir si se mantiene o no para el imputado la presunción de inocencia.

Como se sabe, la llamada “presunción de inocencia” no tiene una denominación común en la doctrina procesal. Indistintamente se alude a “presunción de inocencia”, “principio de inocencia”, o para otros, del “*principio del favor rei*”. A esa falta de unidad terminológica debemos agregar la multiplicidad de alcances que le otorgan los autores. Para algunos la presunción de inocencia es un principio político del proceso penal. Para otros conforma un principio probatorio, en virtud del cual se produce una alteración del *onus probandi*. También se le asigna el rol de garantía para un tratamiento al inculcado en el proceso penal, restringiendo su campo al de regla de interpretación procesal, tal como se desprende de los artículos 4 y 5 del Código procesal Penal.

Es indudable que el proceso penal en un sistema democrático debe tener como pilar fundamental la inocencia del imputado, ya que de no ser así la garantía de la libertad personal del ciudadano frente a toda intervención arbitraria del Estado sería ilusoria.

Desde el punto de vista de la alteración de la carga de la prueba, el contenido, la presunción de inocencia significa que el imputado no tiene el deber de probar nada, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser construida, sino que debe ser destruida; si no se le prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente, y por lo tanto deberá ser absuelto. Por lo mismo, la destrucción de la presunción de inocencia debe quedar expuesta en la fundamentación del fallo, tal como perentoriamente lo exige esta doctrina de la Corte Suprema.

Sin embargo, todo el contenido sustancial asignado por la doctrina y la legislación al principio de inocencia, en ningún caso puede implicar que este valioso principio se convierta en un instrumento para la arbitrariedad judicial, con el objeto de favorecer indebidamente la situación del imputado. Por el contrario, esta doctrina de la Corte Suprema

clarifica que uno de los mayores agravios de una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia. Si se infringe este límite, en la práctica no se está respetando el principio de igualdad que informa al proceso penal acusatorio, ya que por un defecto formal se priva a las partes de poder controlar que la decisión del conflicto se ajuste rigurosamente a la realidad probada en la causa, convirtiendo a la decisión final en el fruto amargo del capricho del sentenciador.

Dicho de otra forma: Si el juzgador no logra justificar su decisión de condena o de absolución en la motivación, estaremos frente a una declaración formal de culpabilidad o de absolución, que deberá ser revocada o anulada para garantizar los derechos fundamentales del imputado o de la parte acusadora.

En el plano de las declaraciones generales, una regla elemental e indiscutida es que la duda siempre favorece al imputado; dicho de otra forma: en caso de incertidumbre probatoria, esta favorece siempre al imputado, en virtud del principio *in dubio pro reo*<sup>12</sup>.

Sin embargo, la situación anterior solo podrá ser aplicada en beneficio del imputado cuando el fallo contenga una adecuada fundamentación y exhaustiva ponderación de la prueba; sostener lo contrario daría margen para que se pudiera generar artificialmente situaciones de duda probatoria, con el único propósito de invocar la aplicación de los principios que resuelven la duda a favor de una determinada parte<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Entre tantos, CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, B. Aires: Depalma, 1986, p. 11.

<sup>13</sup> En el proceso civil, el más que centenario Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 428 del que “entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la verdad”. En materia de salud pública la duda o incertidumbre cuenta con el “principio de no maleficencia”. En virtud de esta regla, un organismo de salud pública y todo profesional de la salud está obligado a abstenerse de realizar un procedimiento que puede involucrar un perjuicio para alguien; en este campo basta que se constate la peligrosidad de un producto, para suspender la aplicación de sus efectos. En el campo de la farmacología no es lícito esgrimir las dudas sobre los efectos de un producto para admitir su entrega, distribución o venta, especialmente cuando las consecuencias del fármaco pueden ser letales o nocivas para la salud pública. Lo anterior explica el alto nivel de exigencia que se contiene en el art. 24 del Decreto 1.876 de 1995. En dicho precepto se establece: “Para dar a conocer un producto farmacéutico, alimento de uso médico, cuando corresponda o cosmético, no se podrán emplear términos, expresiones, gráficos u otros que contraríen la verdad científica e induzcan a equivocación o engaño, como tampoco expresiones no comprobadas respecto a las propiedades o efectos del producto”. // “En el caso de productos farmacéuticos, de alimento de uso médico, cuando corresponda y cosméticos especiales en los folletos de información al profesional, si los hubiere se incluirán los efectos colaterales, los peligros y limitaciones de su empleo deberán consignarse en forma precisa y completa, indicándose las precauciones para prevenirlos y la forma de tratar los accidentes que provoquen su uso o aplicación indebidas”.

En la interpretación de la duda probatoria no debe olvidarse que en materia de derechos humanos rige el denominado “*principio pro-homine*”. Esta máxima ha sido utilizada de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo Opinión Consultiva 5/1985), la que además ha sostenido clara y firmemente la necesidad de que los preceptos sobre derechos humanos plasmados en los tratados internacionales sobre la materia, sean entendidos e interpretados en función de la protección de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana (por ejemplo Opinión Consultiva 2/82).

En suma, esta sentencia clarifica adecuadamente que un tema es el contenido del principio de inocencia, y otra, muy distinta, es la fundamentación del fallo.

#### IV. LOGROS DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El deber de fundamentar adecuadamente la sentencia, exponiendo también las razones que los sentenciadores tienen para no considerar la prueba de la acusación, implica una profundización en el contenido del principio de igualdad procesal.

Para entender este logro conviene recordar que el antiguo proceso penal chileno, como fiel exponente del modelo inquisitivo, fue incapaz de garantizar a las partes la igualdad de derechos.

Desde la Escuela de Bolonia en adelante, se entiende que existe un proceso o juicio cada vez que estemos en presencia de tres elementos. El juicio, decía Bulgaro (1100-1166): *est actus trium personarum*. O sea hay dos partes que frente a un tercero imparcial comparecen en condiciones de igualdad y en actitud de contradicción.

En el Código de Procedimiento Penal, al asumir el juez frente al imputado las funciones de investigar y juzgar, se generaba una situación de manifiesta desigualdad, al punto de no existir allí un auténtico proceso.

En cambio, en el sistema acusatorio, al constatarse la presencia de un juez y de dos partes: el imputado y el Ministerio Público, efectivamente se está en presencia de un auténtico proceso<sup>14</sup>, que permi-

<sup>14</sup> MONTERO AROCA, Juan, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, pp. 581-600.

te que los sentenciadores cumplan con la función distintiva de un juez: *ser un tercero imparcial en la aplicación del derecho*.

Sin embargo, para que exista efectivamente el principio de igualdad no basta con garantizar una serie de cuestiones orgánicas (el derecho al juez natural, imparcial e independiente; y una estricta separación de las funciones de investigar y juzgar), sino que resulta imprescindible que ello venga acompañado de medidas que funcionalmente permitan el debido proceso, tales como, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, la publicidad y debida contradicción entre las partes, la congruencia entre la acusación y la sentencia, y por cierto, que el sistema de ponderación de la prueba no se utilice beneficiando arbitrariamente una de las partes.

Conforme al contenido de esta sentencia, la superación del sistema de prueba legal no significa en el campo penal –ni en ningún otro– que los sentenciadores cuenten con una facultad de apreciación discrecional ilimitada. Por el contrario, el art. 297 del Código Procesal Penal establece que la actividad de estos sentenciadores está sujeta a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados<sup>15</sup>.

Para que se pueda controlar, de manera efectiva, el recto ejercicio de la facultad de libre apreciación el único medio que tienen las partes es que los jueces procedan a una fundamentar correctamente la sentencia.

Con esta doctrina, reiterada por la Corte Suprema en este caso del 2005, debería quedar claro que la mayor amplitud en la apreciación de la prueba que ha introducido el Código Procesal Penal no libera nunca al juez de exponer las razones para dar por acreditados o no acreditados los hechos, ya que de no hacerlo dejaría a la sentencia sin la debida fundamentación, y por ende, en situación de ser anulada<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Una explicación sobre este tema, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 420-435. VV. AA (Coloma, Medina Méndez, Núñez, Tarufo, Díaz, Dannecker), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: LexisNexis, 2003.

<sup>16</sup> En todo caso, este límite no es privativo de proceso penal. En materia laboral la propia Corte Suprema había tenido oportunidad de señalarlo en la siguiente declaración: “5°. Que los elementos probatorios deben apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, labor que importa consignar los fundamentos de la valoración individual y comparativa de los medios de prueba acompañados a la causa, dejando establecidas las razones que llevaron a los sentenciadores a sentar los hechos que sirven de base al litigio, es decir, deben exponer con toda claridad los fundamentos que en su convicción los llevan a asignarle valor a una prueba en desmedro de las otras”. “6°. Que en las condiciones antes expuestas es evidente que la conclusión a que arriba la sentencia, se produjo porque los jueces no ponderaron ni valoraron la

Por otra parte, conviene recordar que el antiguo proceso penal chileno, como fiel exponente del modelo inquisitivo, fue incapaz de garantizar –con el celo que revela el fallo en comento– un nexo tan directo entre fundamentación penal y ponderación de la prueba.

El modelo inquisitivo, en relación a la producción de la prueba permitía el ejercicio de un amplio poder de discreción por parte del juez, al punto que no formaban parte de su acervo de garantías mecanismos o instrumentos que apuntaran directamente a declarar la ilicitud o ilegalidad de la prueba. La causal de casación en el fondo, relativa a las infracciones de las leyes reguladoras de la prueba, se agotó en un análisis formalista, sin admitir como hipótesis que pudiera darse la producción de una prueba ilícita o ilegal (en sentido lato).

Es manifiesto que la jurisprudencia del sistema inquisitivo estaba muy lejos de controlar que la producción de la prueba fuera considerada como una garantía fundamental, salvo situaciones de excepción. En la práctica, el estándar mínimo no pasaba de observar algunas formalidades básicas para canonizar a todo el material de cargo reunido en un expediente criminal.

Desde otro punto de vista, la acumulación de las funciones de investigar y juzgar en manos de una sola persona hacía improbable que el mismo juez instructor admitiera que en su actividad investigadora pudiera realizar una conducta que viciara, en su esencia, la prueba. El poder de producción probatoria del instructor frente al inculpado era prácticamente incontrarrestable. La premisa política que inspiraba al sistema inquisitivo, pregonando que todo delito debía recibir sanción, nunca quiso hacer suya –con la fuerza que era necesaria– la máxima acuñada por la jurisprudencia alemana y que inspira al nuevo proceso penal, a saber: *que la verdad a cualquier precio no es un presupuesto del proceso penal*.

En cambio, con el modelo acusatorio que se viene imponiendo es manifiesto que toda la actividad de producción y ponderación de la prueba tiene relevancia. En el caso de los jueces, como lo ha señalado la Corte Suprema, tienen la obligación de analizar en la sentencia todo el material de convicción aportado al proceso, dando cuenta de esta actividad en la fundamentación de la

---

*integridad de la prueba y de esta forma el fallo carece a la vez, por omisión, de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento*”(CS. 6 de noviembre de 2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3º, p. 229).

sentencia. Para los abogados, es visible que una de las actividades profesionales más relevantes del nuevo modelo es su deber de controlar la producción de la prueba, debiendo reflejarse esta actuación en el fallo.

Por lo anterior, es imperioso reconocer que el derecho de defensa no estaría asegurado para los intervinientes, si los jueces no respetaran el límite básico que proviene del deber de ponderar toda la prueba aportada al juicio.

## **V. EL RETORNO AL “JUICIO” COMO LA MÁS AUTÉNTICA GARANTÍA PROCESAL**

Otro aspecto que nos interesa destacar de esta sentencia es la potenciación “del juicio” como garantía procesal.

Para que se entienda este punto conviene centrar el contexto técnico en el que se ejerce la facultad anulatoria de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones, al conocer del recurso de nulidad del Código Procesal Penal.

Una de las consecuencias de la introducción de la oralidad, como forma procesal predominante en el proceso penal, ha implicado una atenuación radical del principio de la doble instancia, y con ello, la reducción considerable de la potestad de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones para que puedan dar “la última palabra” en los temas penales.

Según el Mensaje del Código Procesal Penal, esta opción técnica se justifica por lo siguiente: *“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”. // “Precisamente, con el fin de mantener el principio de la centralidad del juicio oral, se propone que este sea conocido por un tribunal colegiado de tres miembros. Con ello se obtiene que como regla general la sentencia sea objeto de una decisión colectiva, minimizándose la posibilidad de errores”.*

Todo lo anterior explica la fisonomía que tiene el recurso de nulidad regulado en el Código Procesal penal, que es el principal

mecanismo para la impugnación del juicio oral o de la sentencia que allí se pronuncie (art. 372 CPP)<sup>17</sup>.

En lo concreto, si el tribunal oral en lo penal se forma convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (art. 340 CPP), es natural que el órgano judicial que conoce del recurso de nulidad no pueda juzgar sobre los hechos, ya que ellos no los ha percibido directamente, debiendo limitar su actuación exclusivamente a resolver sobre la base de los hechos de la forma como le vienen dados por la sentencia.

A partir de la anterior premisa técnica se entiende la revelancia que tiene fundamentar exhaustivamente la sentencia, como un pilar esencial del debido proceso penal<sup>18</sup>. En efecto, solo si la sentencia del tribunal oral en lo penal se ha dictado respetando las garantías formales, en especial su fundamentación, se podrá entrar a examinar los otros motivos de nulidad del fallo, fundados en los errores de fondo de la decisión.

En todo caso, *el retorno al juicio* opera en condiciones de igualdad para ambas partes, permitiendo obtener una respuesta distinta a la del primer proceso, que por la declaración de nulidad desaparece de la vida jurídica.

A este respecto conviene hacer referencia que la falta de fundamentación de la sentencia (por omisión de antecedentes probatorios), ha permitido anular con anterioridad dos relevantes juicios orales, que son citados como precedentes en este fallo que se analiza.

Un primer caso surgió en relación al homicidio de una religiosa en La Serena. El Tribunal Oral en lo Penal de La Serena condenó a 20 años de presidio perpetuo simple a don Carlos Vivanco y a 10 años de reclusión, sin derecho a beneficio, a don Armando Tapia por el asesinato de la religiosa peruana, doña Lita Castillo<sup>19</sup> y los homicidios frustrados de otras diez religiosas, pertenecientes a la Congregación de las Hermanas Dominicas. En sentencia de 12 de mayo de 2003, citada como procedente en el fallo que se analiza, la Corte Suprema anuló el primer juicio oral, ordenando su repeti-

---

<sup>17</sup> Sobre este medio de impugnación, entre otros, ROJAS, Mario, "El recurso de nulidad en el CPP", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 6 julio 2002.

<sup>18</sup> Entre otros, OBERG, Héctor, "El proceso penal oral y el debido proceso", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 3 enero 2001.

<sup>19</sup> Rol 62-2002, Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena. *Gaceta Jurídica* N° 273, 2003.

ción. Al conocer de este caso por segunda vez, la Tercera Sala Penal del tribunal Oral de La Serena declaró nuevamente culpables del delito de homicidio simple a don Carlos Vivanco Fuentes y don Armando Tapia Álvarez. Sin embargo, el primero de ellos fue declarado inimputable, mejorando ostensiblemente su situación procesal en relación al primer juicio, al haberse ponderado en la repetición del proceso peritajes que no fueron considerados en el primer juicio oral.

En el caso del 2 de julio de 2003, también referido en la sentencia de 6 de abril de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia del Tribunal Oral de Algol, que en decisión de 14 de abril de 2003 había absuelto a don Pascual Pichón, don Aniceto Norin y a doña Patricia Troncoso. El recurso de nulidad fue presentado por el querellante Juan Agustín Figueroa, el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Traiguén, Raul Bustos, y el abogado Jorge Fuentealba en representación de la Intendencia Regional de La Araucanía y la Gobernación de Malleco. Este caso fue el primer juicio oral del nuevo sistema procesal penal aplicando la ley antiterrorista. El juicio oral anulado duró doce días, y terminó con la absolución de acusados. Según la sentencia original, la Fiscalía no habría logrado acreditar la participación de los acusados.

## VI. FUNDAMENTACIÓN Y COSA JUZGADA PENAL

En relación a la inobservancia de la garantía de fundamentar la sentencia, es obligatorio reflexionar sobre las consecuencias que su omisión produce en relación con la cosa juzgada penal.

En lo concreto, cuando los jueces no cumplen con sus obligaciones, cometiendo errores formales como el que se relata en el fallo que comentamos, su actuación pone en juego uno de los pilares que inspiran al Código Procesal Penal, en orden a limitar la persecución penal. Recordemos que la Corte Suprema, al anular la sentencia de 9 de noviembre de 2004, ordenó la realización de un nuevo juicio oral el que concluyó por condenar a los antes habían sido absueltos.

Para sopesar debidamente lo anterior, reseñemos el contenido de la cosa juzgada penal en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.

Un principio elemental de todo ordenamiento ordenamiento jurídico, que se precie de respetar la dignidad de las personas, es el del *non bis*

*in idem* (no dos veces en lo mismo). Se trata de una regla legada por el derecho romano, y que se utiliza habitualmente para aludir a la consumición o agotamiento del derecho de acción, tanto civil, penal como administrativa. Según Mommsen, su origen estaría en la *lex Acilia repetundarum*, del 123-122 a. C. En la Edad Media su formulación se encuentra en la *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratianni*<sup>20</sup>.

En el derecho moderno, la utilización de este principio se da en distintos campos, con el objeto de evitar o impedir volver a repetir un juicio o actuación sobre algo que ya fue conocido con anterioridad. Con la aplicación de este principio lo que se pretende es dar seguridad jurídica a las personas.

La inspiración garantista del nuevo modelo de enjuiciamiento quedaría frustrada en su intento de limitar el *ius puniendi*, si el inculpado no contara con el reconocimiento del principio del *non bis in idem*.

Lo normal es que el efecto de cosa juzgada provenga del pronunciamiento de ciertas resoluciones judiciales, que impiden la repetición de un proceso, y por ende, de una nueva condena penal por los mismos hechos que ya fueron juzgados con anterioridad. La base legal de esta manifestación del principio se encuentra en el art. 1 inc. 2º CPP, en relación a los artículos 250 letra f) CPP (sobresesimiento definitivo, y 374 del CPP (la cosa juzgada como causal de nulidad absoluta). Asimismo, para nuestro Código Penal, una causal de extinción de la responsabilidad penal, en el artículo 93 Nº 2, el cumplimiento de la condena, causal que implícitamente incluye a la institución de la cosa juzgada.

Para determinar la existencia de la norma de clausura anterior no se atiende a una triple identidad, como ocurre con la cosa juzgada en el proceso civil. En el proceso penal no hay triple identidad, ya que la determinación de la *res judicata* se satisface exclusivamente en fijar *si es el mismo hecho el que quiere ser juzgado nuevamente*, sin importar si la acción penal la ejerció con anterioridad el MP o el querellante<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, Leipzig 199, pp. 708-709, citado por DOMINGO, Rafael, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, Nº 427, p. 92. Otros alcances jurídicos de esta regla, cfr. CANO CAMPOS, Tomás, "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derechos administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2001, pp. 191-249.

<sup>21</sup> En el campo penal la determinación de la cosa juzgada presenta algunas diferencias con el proceso civil, que son explicables por el distinto contenido que tiene el derecho de acción en el campo procesal y civil. Sin perjuicio de otras diferencias, la más evidente es que la cosa juzgada civil se determina utilizando la triple identidad, a la luz de las exigencias del artículo 177 del CPC. La triple identidad es una

Conjuntamente con lo anterior, el principio de *non bis in idem* tiene otras proyecciones en el nuevo proceso penal, que permiten clausurar la persecución penal sin que técnicamente se hubiera dado el juzgamiento de una acción penal. Dentro de los casos más claros de esta opción técnica en el CPP está la regulación de los efectos de la nulidad. En este punto es elocuente lo que dispone el inc. 3° del artículo 165, cuando señala: “...la declaración de la nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad”.

En lo concreto, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declara la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de esta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral. En este caso, es notorio que la desviación en las formas favorece al imputado, impidiendo repetir el acto o retrotraer el tema en su perjuicio.

En esta proyección del *non bis in idem* no hay una resolución judicial. Cuando el artículo 165 prohíbe la repetición de actuaciones declaradas nulas, en el fondo, lo que hace es proscribir la arbitrariedad. El Estado no puede aprovecharse de su propia torpeza. Si el órgano de persecución penal infringe la legalidad, este debe soportar las consecuencias de su actuación.

El mismo principio de favorecer la clausura informa otras soluciones adoptadas por el Código Procesal Penal: a) El inc. 2° del artículo 334 del CPP, que prohíbe incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vul-

---

categoría susceptible de ser utilizada solo en el ámbito del proceso civil, ya que en el proceso penal no se da esta triple identidad. Efectivamente, como lo destaca la sentencia de la Corte Suprema de 30 de mayo de 1995, los dos elementos relevantes que constituyen la médula de la decisión que el juez penal debe efectuar en la sentencia son *el hecho que constituye el delito y la persona a que se atribuye su ejecución o se le imputa participación en él*. (CS. 30 de mayo de 1995, RDJ, t. 92, sec. 4ª p. 70 ss). Esta sentencia contiene una completa síntesis del concepto de cosa juzgada en el ámbito del proceso penal y sus diferencias con el proceso civil. En doctrina sobre el tema, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La Cosa Juzgada Penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

nerado garantías fundamentales; b) El art. 240, en relación a la suspensión del procedimiento que no hubiere sido revocada determina un sobreseimiento definitivo, que extingue la acción penal, sin que nunca se haya dictado un pronunciamiento sobre el fondo del delito materia de esta salida alternativa; c) La falta de corrección de la acusación por el MP como causal de sobreseimiento definitivo (art. 270 CPP).

La única nota disonante en esta proyección del *non bis idem* que venimos reseñando proviene del denominado acto de no perseverar del MP. Esta situación, conforme al art. 248 letra c) del CPP se da cuando practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal cierra la investigación comunicando que no perseverará en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Esta hipótesis rompe con la regla anterior de un modo radical<sup>22</sup>. En el caso que el Ministerio Público comunique esta decisión, al cierre de la investigación, no hay resolución judicial alguna que ponga fin a la persecución penal, ya que se trata de un acto emanado de un órgano que conforme a su propia ley orgánica no ejerce funciones jurisdiccionales (art. 1° LOCMP).

Para advertir la gravedad que revisten los errores formales en el pronunciamiento de la sentencia en el sistema acusatorio, conviene recordar que establecía el modelo inquisitivo sobre el *non bis idem*.

Como se sabe, el proceso penal chileno, fraguado a fines del siglo XIX, fue un fiel exponente del modelo inquisitivo. Según lo reconoce el propio Mensaje del Código de Procedimiento Penal, desde su origen, este cuerpo legal quedó privado de las reglas que la doctrina procesal de ese momento proclamaba como un proceso penal moderno. Al momento de producirse la codificación procesal penal los modelos más influyentes provenían de Francia, específicamente, del Código de Instrucción criminal, de 1808; el peso de este modelo en

---

<sup>22</sup> En una lógica que escapa claramente a la inspiración de tratar de clausurar el proceso, la actual regulación de la facultad de no perseverar debilita el principio de inocencia, que es la base del modelo acusatorio. Para la situación de todo imputado, resulta desproporcionado que se permita reanudar la investigación penal, por los mismos hechos que ya fueron materia de una formalización. Si el Ministerio Público, no pudo formular su acusación en el periodo previsto para la investigación, el principio de la inocencia debería llevar a impedir una nueva persecución penal.

los países continentales estaba asegurada por el culto o la idolatría que, en aquel minuto, se sentía por todo los productos surgidos de la codificación gala. El otro modelo sería el acusatorio, proveniente del *common law*<sup>23</sup>.

Para el tema que nos ocupa, la aceptación del modelo inquisitivo tendría una repercusión directa en el comportamiento del *non bis in idem*, especialmente, en lo que respecta a la posibilidad de clausura o cierre de la persecución penal.

El antiguo proceso permitiría el ejercicio del *ius puniendi* con una intensidad tal que las posibilidades de cerrar la persecución quedaban reducidas prácticamente a la aplicación de las causales de extinción de la acción penal o de sobreseimiento definitivo. Esta situación es explicable dentro de la lógica u objetivo de ese proceso penal, que era aplicar una pena al que quebrantare el orden jurídico.

Desde el punto de vista humano, la lejanía del cierre o clausura de la persecución criminal, venía en muchos casos precedido de un auténtico drama para el imputado, ya que debía soportar en algunos casos un auténtico encarnizamiento en su contra. El juez del proceso penal inquisitivo, dependiendo del delito investigado, podía mantener vigente la investigación durante varios lustros, al extremo que el sumario se podía reabrir ilimitadamente, como se comprueba hoy día con una simple lectura de la prensa. Todo inculpado sabía cuando se comenzaba la etapa de sumario, pero nunca cuándo terminaría, salvo los casos de excepción donde la duración de la investigación la fijaba la ley.

En nuestro proceso inquisitivo la ausencia de un plazo para concluir la investigación fue visto como algo natural, al convertirse el sobreseimiento temporal, por la causales del artículo 409 N<sup>os</sup> 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, en una frágil norma de cierre de la persecución criminal.

A la luz del contraste que proviene de comparar los modelos antes descritos, queremos insistir en la gravedad que reviste para el principio del *non bis in idem* que por errores formales se permita repetir el juicio oral<sup>24</sup>. Es cierto que el *retorno al juicio* debe mirarse como

<sup>23</sup> Una explicación de la evolución de los sistemas procesales, AMODIO, Ennio, *Proceso penale diritto europeo e common law*, Milan: Giuffrè, 2003.

<sup>24</sup> Una explicación del tema, MILITELLO, Sergio, "La reformatio in peius versus el reenvío al juicio", en *Revista Procesal Penal*, N<sup>o</sup> 38, 2005, pp. 29-37.

una garantía, pero no es menos cierto que la cosa juzgada es una institución de mayor entidad, sobre todo en el nuevo sistema criminal, ha optado en su artículo 1º por sentar como primer principio del sistema criminal el del juicio previo y única persecución.

## VII. UNA NECESARIA Y OBLIGATORIA COMPARACIÓN

La doctrina contenida en esta sentencia obliga a hacer una comparación crítica entre la realidad del proceso penal y el proceso civil para un mismo tema.

Aunque la fundamentación de la sentencia es una garantía común a todo procedimiento, el nivel de exigibilidad que se percibe en la práctica lamentablemente no es la misma.

A diferencia del exigente criterio que la sentencia impone para el ámbito penal, en el ámbito del proceso civil (en sentido amplio) la fundamentación de los fallos se ha quedado en un plano puramente formal.

Por distintas razones, para la gran mayoría de nuestros jueces, el deber de fundamentar las sentencias civiles se observa si la sentencia contiene los requisitos de forma que indica el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y que complementa el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920.

El defecto de falta de motivación se presentaría solo cuando “no se desarrollan los razonamientos que determinan el fallo y carece de las normas de ley, derecho o equidad que tienden a obtener la legalidad del mismo”<sup>25</sup>.

Con anterioridad nuestro Máximo Tribunal había reiterado que la causal de casación en la forma del art. 768 N° 5, en relación al número 4 del art. 170, ambos del CPC, solo concurre cuando esta no contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento a la decisión, esto es, cuando no se desarrollan los razonamientos fácticos y jurídicos que fundamentan el fallo y tienden a obtener la legalidad del mismo<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> CS. 4 de enero de 1999, RDJ, T. XCVI, sec. 1ª p. 1-4.

<sup>26</sup> Entre otras, CS. 4 de junio de 1996, RDJ t. XCII, sec. 1ª, N° 2, p. 77, Rodríguez Guaita, Germán con Alamos A., Antonio; CS. 19 de marzo de 1997, RDJ t. XCIV, sec. 1ª, N° 1, p. 25, Muñoz Salas Sergio, con Los Esteros Ltda.; CS. 29 de enero de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 1, p. 9, Guarello FH, Jorge con Cáceres, Federico y otro; CS. 29 de septiembre de 1999, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 3, p. 158, De Widts Urrutia, Solange con P. Universidad Católica de Chile.

A la hora de tratar de explicar el contraste existente entre el proceso civil y el nuevo penal para una misma materia, las razones son varias:

1º) A diferencia de la cuantiosa inversión que ha significado implementar la reforma procesal penal, en el campo civil nadie discute que tenemos una tarea pendiente. Desde el punto de vista cuantitativo, en la justicia civil –en sentido amplio– el panorama es el del exceso de trabajo de los jueces, especialmente en las grandes ciudades. En este punto no exagera un autor que utiliza la metáfora de los “jueces sitiados”, para graficar la abnegación que impone el desempeño judicial, frente a la cada día más creciente demanda de servicios judiciales.

No es temerario denunciar que en muchos casos los fallos ya no solo tardan años en dictarse, sino que además carecen de la adecuada fundamentación.

Si hoy se aplicara a la judicatura civil la exigencia de dictar las sentencias dentro del plazo que la ley señala (60 días para el juicio ordinario de mayor cuantía, 10 para el sumario, 10 para el ejecutivo), conjuntamente con el parámetro que la Corte Suprema, en la sentencia que comentamos, exige para la motivación de los fallos, el resultado sería de colapso total.

2º) En la práctica forense la solución a este delicado tema ha sido bastante poco ortodoxa. Frente a la sobrecarga de trabajo en algunos tribunales de primera instancia han ido cobrando vida los denominados en el léxico forense como “proveedores”, que preparan a los jueces “proyectos de sentencia”, aliviando la labor de cada tribunal<sup>27</sup>.

Otros jueces acuden a recursos estéticos, que les permite cubrir la manifiesta deficiencia en la fundamentación. El mecanismo más utilizado proviene de la práctica de incluir en los fallos largas partes expositivas, transcribiendo los escritos fundamentales y hasta las diligencias de prueba. Con este proceder no hay duda que se logran materialmente fallos voluminosos, que a primera vista impresionan

---

<sup>27</sup> Gran difusión tuvo en la prensa la causa iniciada hace un tiempo en contra de un “asesor jurídico”, a raíz de su denuncia de que él redactaba fallos por encargo de jueces del Crimen. Iniciado un proceso penal en su contra, la justicia llegó a la conclusión que esta persona no cometió ilícitos al escribir los fallos. El ministro sustanciador de la causa no encontró mérito para procesarlo por la usurpación de funciones propias de un juez tampoco, *ya que nunca firmó los fallos que redactó para los magistrados.*

a cualquiera, pero que una vez leídos en su conjunto demuestran su falencia argumentativa.

Huelga señalarlo, pero es evidente que la elefantiasis que puede afectar a la parte expositiva no se debe mirar nunca como la observancia de la garantía procesal de motivación, ya que esta parte se debe reflejar en la parte considerativa, que es la antesala lógica de la decisión de fondo.

En otros ámbitos de la justicia civil la falta de fundamentación proviene de equivocadas concepciones acerca de los sistemas de ponderación de la prueba. El problema se presenta concretamente en aquellos procesos en los que el legislador ha optado por un sistema de valoración de la prueba más libre; en estos casos algunos jueces han omitido exponer en la parte considerativa las razones de hecho y de derecho que los lleva a dar por acreditados los hechos de una determinada forma, dejando a la sentencia sin la debida fundamentación. Se piensa que recurriendo a una simple fórmula de estilo, *en orden a que los demás medios de prueba no logran alterar la convicción del tribunal*, se estaría cumpliendo con la obligación de fundamentar la sentencia. Esta práctica es grave, sobre todo si se advierte que por la propia singularidad del sistema de valoración de la prueba les está vedado a las partes utilizar el recurso de casación en el fondo, invocando como causal la infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Es en la justicia laboral donde de mayor forma se ha extendido la práctica recién descrita. El exceso en este tema ha llevado a otra situación censurable en el plano dogmático; la Corte Suprema se ha visto obligada, por razones de justicia, a tener que admitir la infracción de las leyes reguladoras de la prueba en materia laboral, contradiciendo una doctrina que deniega el recurso cuando se trataba de obtener el control de facultades discrecionales en la apreciación probatoria de los jueces de la instancia, si la decisión se da en un proceso civil distinto del laboral.

El panorama anterior contrasta con el verdadero llamado de atención que la Corte Suprema hace, en la sentencia que comentamos, a la práctica incurrida en el Tribunal Oral de Temuco para motivar el fallo. Los considerandos 14º y 15º no ahorran palabras para reprochar a los jueces del fondo que han incurrido en una mala técnica, reprochando lo que en el ámbito del proceso civil y laboral lamentablemente conforman una pauta común de actuación.

## VIII. LA DEFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos es la mejor demostración de los nuevos aires que corren para la nulidad procesal en el derecho chileno, como un mecanismo de control de las garantías del debido proceso.

Lamentablemente, el panorama que se vislumbra para el proceso penal no se da en el campo del proceso civil, por variadas razones que conviene analizar.

En la implementación del modelo original en el Código de Procedimiento Civil, la sentencia de casación en la forma que anulaba el fallo por un vicio cometido en la decisión, determinaba que se debía siempre remitir los autos a un juez distinto del que conoció la sentencia anulada, para que este resolviera el asunto nuevamente. Esta solución es prácticamente la misma que aplicó la Corte Suprema en este caso, al ordenar que por un vicio de forma se repitiera el juicio oral.

Por una modificación introducida en 1977 por el DL N° 1.682, se eliminó el reenvío en la casación en la forma para los vicios cometidos en la sentencia, distorsionando seriamente el sistema de impugnación. En la práctica, esta realidad permite a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema actuar como auténtico juez de fondo, sin límite alguno, cuando acoge un recurso de casación en la forma por las causales 4ª, 5ª, 6ª, y 7ª del art. 768 CPC., desnaturalizando su función de tribunal de casación.

El error de la reforma de 1977, a nuestro juicio, radica en una confusión entre recursos de mérito (cuya causal es el agravio, por un tema de fondo), con un recurso de nulidad (cuyo agravio es la inobservancia de ciertas formas y garantías procesales).

Este cambio en la concepción del recurso de casación en la forma ha traído un preocupante debilitamiento en el cumplimiento del deber de fundamentar la sentencia por los jueces del fondo, y lo que es todavía peor, un debilitamiento del sistema de doble instancia, que se supone es la piedra angular de nuestro sistema de recursos en el proceso civil.

En rigor, cuando una Corte de Apelaciones anula la sentencia por un vicio cometido en la misma (especialmente la falta de consideraciones) y pronuncia el fallo de reemplazo, el asunto se está resolviendo en única instancia.

Debería resultar evidente entender que si la sentencia no tenía una adecuada ponderación de los hechos y del derecho, allí no operó auténticamente lo que conforma jurídicamente una *instancia*.

Si se quiere ser coherente con el sistema de la doble instancia, nunca debió desaparecer el reenvío de la casación en la forma. Naturalmente que otro tema es el de la demora en los juicios provoca la repetición del proceso, pero este tema incide en una cuestión de recursos económicos, no en la coherencia técnica que es dable exigir al sistema de recursos.

La supresión en la casación en la forma del reenvío ha traído, además, otra consecuencia que no puede dejar de preocupar. En la práctica se puede constatar que algunas Cortes de Apelaciones han homologado los recursos de casación en la forma y la apelación, no obstante que se trata de medios de impugnación muy distintos<sup>28</sup>. Bajo el pretexto que al conocer de la apelación deducida tendrán que examinar el fondo del asunto, se procede a rechazar sistemáticamente los recursos de casación en la forma fundados en vicios cometidos en el pronunciamiento de la sentencia, especialmente los relativos a la falta de consideraciones y ponderación de la prueba.

Al preocupante panorama anterior se debe unir la precariedad de nuestro actual sistema de apelación, que no satisface a cabalidad el principio de la bilateralidad del debido proceso. Como consecuencia de la reforma de la Ley N° 18.705 de 1988, se pulverizó un elemento esencial de nuestro régimen original de apelación, al suprimir conjuntamente con el trámite de la expresión de agravios, la contestación al mismo que podía hacer el apelado, desapareciendo así de la doble instancia el principio de la bilateralidad.

Movidos por un afán de dar celeridad, la reforma de 1988 nos ha legado un problema que incide directamente en la garantía de la fundamentación de los fallos.

En una idea: el sistema chileno de apelación no considera actualmente la situación del apelado en la fijación de la cuestión controvertida; los apelados han sido relegados al discreto papel que les concede el alegato, actuación de suyo precaria.

---

<sup>28</sup> En la jurisprudencia de principios del siglo XX no se permitía que un vicio de casación se planteara como una materia de apelación, resultando perentorio utilizar dicho medio para controlar los vicios de nulidad fundantes de la reclamación. (Entre otras, CS. 15 de abril de 1904, RDJ t. 1ª, sec. 1ª, p. 339).

La ausencia de la debida contradicción en segunda instancia ha llevado a que la fijación de la cuestión controvertida para ese grado jurisdiccional quede en las manos del apelante, y el control del exceso que este pueda cometer (fundamentalmente por alteración de alteración de la causa de pedir) dependa de la buena voluntad de los jueces, en cuanto presten atención a la relación y los alegatos, al haberse suprimido como trámite esencial del proceso el relativo a la expresión de agravios.

El deficiente panorama anterior, obligatorio es reconocerlo, también da margen para que las Cortes de Apelaciones, puedan fallar una cuestión distinta de la que fue objetivamente la cuestión controvertida en primera instancia, al punto que muchas veces se resuelve sobre una causa de pedir diversa de la acción original.

Aunque el sistema chileno la apelación solo tiene por objeto revisar los hechos y el derecho de la decisión de primer grado recaída sobre lo que fue objeto del proceso, trabado conforme a los escritos fundamentales, el imperfecto mecanismo de delimitación de la cuestión controvertida, ya explicado, no siempre opera con el rigor técnico que se requiere.

Dicho de otra forma, una deficiente regulación de la bilateralidad de la audiencia en segunda instancia ha provocado una completa desnaturalización de nuestro régimen de apelación, que permite que una de las partes pueda introducir una alteración del objeto de la controversia y el juez resolver sobre ella, sin la debida contradicción.

La comprobación empírica de lo que se viene explicado está en el paupérrimo estado que presenta la causal de casación en la forma por ultra petita. Nos ahorra una mayor explicación la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de enero de 1988, sobre el estado de la causal de casación por exceso en la decisión, que señala: "La acción del Tribunal está limitada por las acciones y excepciones que las partes hayan hecho valer en el curso del proceso, es decir, el pronunciamiento solo debe comprender los hechos constitutivos del objeto y de la causa de pedir de unas y otras, pero nada impide que analice como lo juzgue acertado a esos hechos, y en la aplicación al caso concreto de la norma general de la ley, el juez es soberano y no está sometido a las apreciaciones erradas que en este aspecto de la litis hayan podido incurrir las partes". "Determinar si la sentencia ha incurrido en el vicio de ultra petita no importa, en principio, lo que se exprese en sus razonamientos, sino solamente su decisión,

porque solo esta tendrá la autoridad de cosa juzgada y podría agraviar a la parte afectada al darse lugar a una prestación mayor o distinta de la que se pidió en la demanda, en tanto que los razonamientos carecen de dicha autoridad”<sup>29</sup>.

El panorama anterior contrasta naturalmente con la doctrina que ha motivado este comentario, y que debería llamar a reflexionar sobre el cumplimiento efectivo de la exigencia de la fundamentación de la sentencia en el campo jurídico diverso del proceso penal. En este caso bastó un simple error formal en la construcción de la sentencia para ordenar repetir el juicio oral. En cambio, en el proceso civil a diario se comenten los mismos yerros formales, sin que ello active el mismo nivel de protección que la Corte Suprema, en una muy buena sentencia, prescribió hacer respetar en el nuevo ordo criminal.

### CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema analizada en este trabajo contiene una doctrina sobre la forma como se debe cumplir la garantía de la fundamentación de la sentencia que debe ser calificada de loable, y cuyo alcance debería extenderse rápidamente a todos los ámbitos de la jurisdicción.

En lo medular, la Corte Suprema, reiterada que uno de los mayores agravios que puede contener una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia en su parte considerativa. Si el juzgador no logra justificar su decisión de condena o de absolución en la motivación, estaremos frente a declaración formal que deberá ser revocada o anulada, para garantizar el principio de igualdad de las partes.

Con esta razonable doctrina se evita que la presunción de inocencia se utilice arbitrariamente por el sentenciador penal para absolver al imputado.

---

<sup>29</sup> CS. 18 de enero de 1988, recaída en los autos “Aserradero San Pedro S.A. con Banco Concepción”.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMODIO, Ennio, *Procceso penale diritto europeo e common law*, Milan: Giuffrè, 2003.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, B. Aires: Ediciones Orbis, tr. Francisco Tomás y Valiente, 1984.
- BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Jurisprudencia creativa? (La Corte Suprema de Justicia 1841–1860)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 16.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, B. Aires: Depalma, 1986.
- CANO CAMPOS, Tomás, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derechos administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2001.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, Santiago: LexisNexis, 2002.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La Cosa Juzgada Penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- DOMINGO, Rafael, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, N° 427.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2ª ed. 2003.
- GARRIGA, Carlos, LLORENTE, Marta, “El juez y la Ley: La motivación de las sentencias”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, 1997.
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982.
- HORVITZ, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001 y 2004.
- MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004.
- MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis, *Manual de derecho procesal penal*, Valparaíso: Libromar Ltda., 2001.
- MERELLO ARECCO, Italo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en la misma publicación, 1983.
- MILITELLO, Sergio, “La reformatio in peius versus el reenvío al juicio”, en *Revista Procesal Penal*, N° 38, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996.
- OBERG, Héctor, “El proceso penal oral y el debido proceso”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 3 enero 2001.

- ORTELLS RAMOS, Manuel, "Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 201, LXV, enero-junio, 1997.
- OTERO LATHROP, Miguel, *El ministerio público*, LexisNexis, 2002.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Anotado y Concordado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001; *Revista Procesal Penal*, N° 38, pp. 52-56 y 63-65.
- RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago: UDP, 2002.
- ROJAS, Mario, "El recurso de nulidad en el CPP", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 6 julio 2002.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trota, 2002.
- TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.