

ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 387 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

CURRENT STATUS OF THE DISCUSSION ON THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 387 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

*Ximena Marcazzolo Awad**

RESUMEN: Desde la dictación del *Código Procesal Penal* diversos autores¹ han puesto en duda la compatibilidad del art. 387 con el derecho al recurso, por ende, con la Constitución. Junto con el reclamo emanado desde la doctrina, los litigantes han manifestado dichos cuestionamientos a través de la interposición de un conjunto de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Lo expresado, conlleva consecuentemente que a la fecha exista un número significativo de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional². Así las cosas, habiendo transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, la sistematización de los argumentos vertidos durante la existencia del nuevo *Código*, resulta de la máxima relevancia, porque permitirá visualizar la evolución de los razonamientos de parte de nuestra Corte Constitucional, respecto de una materia que hasta hoy resta de ser pacífica.

*Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal y Ciencias de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl

**Agradezco a mi ayudante de investigación María Luisa Avilés por la recopilación y sistematización de las sentencias del Tribunal Constitucional y a Jaime Viveros por los comentarios realizados.

¹ Entre ellos véase HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 446; HORVITZ (2009), p. 23 y ss. y CORTEZ (2006) pp. 412-413.

² Hasta la fecha se han interpuesto diecinueve requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad basados en el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*.

Adicionalmente, de cara al proceso constituyente vigente en nuestro país, la discusión sobre el significado e implicancias del derecho al recurso es significativa, máxime cuando dicho derecho integra la garantía constitucional del debido proceso.

PALABRAS CLAVE: Código procesal penal, artículo 387, inconstitucional, constitucionalidad.

ABSTRACT: Since the issuance of the Criminal Procedure Code, authors have questioned the compatibility of the art. 387 with the Constitution. Along with the claim emanating from the doctrine, litigants have expressed such questions through the filing of a set of requirements of inapplicability due to unconstitutionality in the Constitutional Court. Thus, after more than twenty years have passed since the entry into force of the new criminal prosecution system, the systematization of the arguments made during the existence of the new Code is of the utmost relevance. Statements from our Constitutional Court, regarding a matter that until today remains is not peaceful.

KEYWORDS: Criminal procedure code, article 387, unconstitutional, constitutionality.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

El estudio que se presenta se centra en el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*. De acuerdo con esta disposición solo excepcionalmente es posible interponer un recurso de nulidad respecto de la sentencia dictada en el nuevo juicio oral que se realiza a consecuencia de la declaración de nulidad del juicio anterior. Esto último, solo será posible cuando el fallo correspondiente al primer juicio oral, fuere de carácter absolutorio y el segundo, de naturaleza condenatorio, pero con una limitación adicional, exclusivamente a favor del imputado. Para el resto de los intervinientes y combinaciones posibles, vale decir, decisiones de absolución o de condena de los juicios anulados y de los nuevos, la regla es la improcedencia del recurso nulidad. Así las cosas, las sentencias dictadas por los tribunales orales en lo penal respecto de juicios previamente anulados, no pueden ser revisadas por un tribunal superior.

La situación descrita, generada a consecuencia del texto del aludido art. 387 del *Código Procesal Penal*, merece ser examinada a la luz del derecho al recurso –como integrante del debido proceso– en relación con la (in) compatibilidad del precepto con la Carta Magna. El estudio considera los aspectos dogmáticos del problema y los argumentos que ha proporcionado

nuestra Corte Constitucional, en las diversas sentencias en las que se ha pronunciado sobre esta materia. Siguiendo dicho orden, previo al examen de la disposición a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se revisa la noción del derecho al recurso.

II. EL DERECHO AL RECURSO

La cuestión probablemente más compleja de abordar en esta materia –y que no se pretende agotar en esta oportunidad– es la relativa al concepto o qué comprende el derecho al recurso. Pese a la prevención realizada, en los párrafos siguientes se proporcionan algunos elementos que han surgido desde la doctrina y jurisprudencia, particularmente vinculados a la discusión que afecta el art. 387 inciso segundo del *Código Procesal Penal*, con motivo de determinar si resulta compatible con el texto de la norma superior.

El debido proceso se encuentra regulado en la Constitución y en las convenciones internacionales suscritas por nuestro país. Ello implica, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1 y 5 de la Carta Política, que se está ante un límite a la soberanía³. Por su parte, como se ha indicado precedentemente, el derecho al recurso integra la garantía del debido proceso o justo y racional procedimiento, que se encuentra plasmado en el art. 19 n.º 3, inciso 5º de la CPR. En el ámbito internacional, concretamente, se encuentra plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita y vigente en Chile⁴, en su art. 8, párrafo 2, letra h⁵ y en el Pacto de Derechos Políticos y Civiles en su art. 14 n.º 5⁶.

El derecho al recurso ha sido reconocido por la doctrina procesal civil⁷ y penal. En este último caso, no existe mayor discusión debido al tex-

³ En el mismo sentido NOGUEIRA (2009b), p. 231.

⁴ “Tal disposición obliga a considerar como parte del debido proceso el derecho que el fallo de primera instancia sea examinado por un tribunal superior, cuya omisión produciría una afectación del bloque constitucional de derechos, una vulneración de la Convención y la eventual responsabilidad del Estado por vulneración de derechos humanos”: NOGUEIRA (2009b), p. 307.

⁵ “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

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

⁶ “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”.

⁷ EVANS (1999), p. 144.

to escrito de las convenciones internacionales que integran nuestro sistema constitucional, aludiendo expresamente a la sentencia penal⁸. Por su parte, en materia civil, también la doctrina comparte esta posición, aun cuando los instrumentos internacionales no se refieren expresamente a esta materia⁹.

Parte de los autores nacionales proporcionan un concepto de recurso desde un doble significado, esto es, como un medio que procura alcanzar una decisión justa y como prerrogativa para las partes a las que se les franquea la posibilidad de impugnar la decisión jurisdiccional que no satisface sus pretensiones¹⁰. En relación con el primer aspecto, se hace mención al error judicial y la posibilidad de ser enmendado mediante su revisión posterior, además, de erigirse como un mecanismo para uniformar las decisiones judiciales. Respecto del segundo, esto es, la insatisfacción subjetiva, esta tiene relación con la disconformidad de la parte al no haber obtenido su pretensión. Bajo estos parámetros, el error judicial es el fundamento objetivo del recurso y la falta de satisfacción de la pretensión el aspecto subjetivo¹¹. Para Carlos del Río, los elementos del derecho al recurso se pueden sistematizar de la siguiente manera¹²:

- 1) Derecho de acceso: Se refiere a la posibilidad de acceder a un medio de impugnación y los mecanismos que se conceden para que aquello ocurra. A través de la ley se determina el sistema, las formalidades o requisitos para ejercer esta prerrogativa. En este punto, es relevante que la regulación de la admisibilidad del recurso no sea engorrosa al punto de afectar el ejercicio del derecho al recurso¹³;
- 2) Calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional¹⁴: A este respecto, se ha señalado que

⁸ Carlos del Río llama la atención que la ley tampoco hace un reconocimiento explícito del derecho al recurso, sin perjuicio que puede derivarse de un cúmulo de disposiciones contenidas en el *Código Procesal Penal*. Al respecto menciona entre otras el art. 10, denominado cautela de garantías; el art. 4, respecto de la presunción de inocencia, entre otras. DEL RÍO (2012) p. 255.

⁹ También hace alusión a esta diferencia entre el recurso civil y el penal CORTEZ (2006) pp. 17-18.

¹⁰ También encontramos definiciones como las propuestas por Alejandro Romero que declara los recursos se caracterizan porque la decisión de un tribunal *a quo* debe ser analizada por un tribunal *ad quem*, que revisa la interpretación y la aplicación y creación del derecho de manera particular al caso que ha conocido. En ROMERO (2021), p. 33. Otra definición: “El recurso es el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga la legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión, a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento”, en MOSQUERA y MATURANA (2019), p. 29.

¹¹ Entre otros DEL RÍO (2012), p. 250 y ss.; CORTEZ (2006), p. 6 y ss.

¹² DEL RÍO (2012), p. 258. Aunque se altera el orden de los aspectos dos y tres invirtiéndolo.

¹³ *Op. cit.*, pp. 258-267.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 276-279.

la calidad del conocimiento debe cumplir con las cualidades de la jurisdicción, esto es, conocer la pretensión recursiva de las partes, oportunidad para preparar y efectuar alegaciones correspondientes, debiendo resolverse el recurso con conocimiento del caso y fundando la resolución y

- 3) Tipo o naturaleza de examen que se realiza: Respecto del objeto de revisión de los recursos judiciales, lo que en Chile generó mucho debate¹⁵.

En otro orden de ideas, respecto de lo que existe una opinión unánime, es en relación con que el tribunal que conocerá del recurso debe encontrarse establecido con anterioridad, ser imparcial y la tramitación debe regirse por un determinado procedimiento establecido por el legislador con carácter general y accesible a todas las partes o intervinientes. A mayor abundamiento, el órgano jurisdiccional encargado del recurso probablemente será uno distinto, de mayor jerarquía y compuesto por jueces dotados de más experiencia, con la finalidad que enmienden el error¹⁶. El mismo orden de ideas se repite cuando se afirma que el derecho al recurso se ha formulado como aquel que supone la intervención del juez previamente establecido por el ordenamiento jurídico, que debe ser imparcial y que permita la igualdad de oportunidades de los intervinientes para ser oídos¹⁷.

Además de la coincidencia que existe respecto de la existencia de estos elementos mínimos, no hay demasiado consenso en relación con qué comprende o cuál es el significado del derecho al recurso. En ese sentido, una primera noción la entregó el Comité de Derechos Humanos de la ONU¹⁸, que hizo referencia a que el derecho al recurso supone una revisión integral de la sentencia¹⁹. La alusión a la integralidad se vuelve a repetir en el conocido caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica²⁰ y otros que se han dictado con posterioridad²¹. Además de lo ya mencionado, la CADH ha señalado que el recurso debe ser “eficaz”²², entendiendo por tal aquel que permite corregir una sentencia que contenga errores.

En el caso nacional, en materia penal, el *Código Procesal Penal* consagra un sistema recursivo limitado. De hecho, respecto del recurso de apelación

¹⁵ DEL RÍO (2012), p. 267 y ss.

¹⁶ MONTERO (2005), p. 38.

¹⁷ ROMERO (2021), pp. 14-15.

¹⁸ Dictamen de 20 de junio de 2000e, Gómez Vásquez c. España, 701/1996.

¹⁹ DEL RÍO (2012), p. 256.

²⁰ Herrera Ulloa v/s Costa Rica dictado por la CADH el 2 julio 2004.

²¹ Un análisis de esta jurisprudencia se puede revisar en LETELIER (2014), p. 141 y ss.

²² Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, del 29 de mayo de 2014.

su procedencia se restringe a las dos hipótesis contempladas en el art. 370²³. A mayor abundamiento, las sentencias definitivas penales pronunciadas por los tribunales de juicio oral en lo penal, son inapelables como lo dispone el art. 364 del estatuto procesal, que descarta su existencia, puesto que todas las resoluciones dictadas por dichos tribunales lo son²⁴. Lo expresado se traduce en la supresión de la segunda instancia respecto del procedimiento ordinario²⁵. Sin embargo, esta afirmación no es pacífica, por el contrario, ha generado bastante discusión. Además de la única instancia, el *Código* de la referencia optó por un sistema recursivo de derecho estricto como caracteriza al recurso de nulidad.

La decisión de establecer una única instancia en el procedimiento ordinario penal fue producto de una decisión consciente del legislador, como quedó de manifiesto en el texto del Mensaje y durante la tramitación legislativa. En este orden de ideas, se entendió que el recurso de apelación y la consulta no resultaban compatibles con el sistema nuevo, principalmente en razón de los principios de oralidad e inmediatez²⁶. Posteriormente, durante el debate legislativo se refrendaron estas ideas como queda de manifiesto en el siguiente texto:

“El proyecto no contraría los tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención de San José de Costa Rica, que exigen que en caso de existir condena se recurra a un tribunal superior, puesto que, si bien es cierto se suprime el recurso de apelación, no lo es menos que la sentencia la pronuncia un tribunal colegiado. En segundo término, se acepta también un recurso de nulidad cuando la sentencia no concuerde con los hechos y las pruebas establecidas. Además, como lo han señalado los señores diputados informantes, existe el recurso de casación ante la Corte Suprema. De manera que el hecho de haberse suprimido el recurso de apelación, no quiere decir que la persona condenada no pueda recurrir ante los tribunales superiores”²⁷.

²³ De conformidad con el art. 370 del *Código Procesal Penal*, solo procede en dos casos: 1) Cuando pone término al procedimiento, hace imposible su prosecución o lo suspendiera por más de treinta días y 2) Cuando la ley lo señala expresamente.

²⁴ Esto sin perjuicio de la apelación de las resoluciones sobre medidas cautelares conocidas por los tribunales orales en lo penal y la apelación de las penas sustitutivas contempladas en la Ley n.º 18216.

²⁵ También en materia de procedimiento simplificado.

²⁶ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 354 y ss.

²⁷ Historia de la Ley 19696. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputadas y Diputados, p. 385. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6631/HLD_6631_d556986615363a7d4d5d495527a4588c.pdf [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021].

Los cuestionamientos a esta posición no se dejaron esperar, aludiendo a una eventual inconstitucionalidad del sistema recursivo propuesto²⁸.

Los principales argumentos que se esgrimieron, que se sostienen hasta hoy a favor de la existencia de un recurso de nulidad y, la consecuente supresión del de apelación, son:

- 1) Las convenciones internacionales no señalan expresamente que el derecho al recurso se satisface con la doble instancia, por lo que es posible que se contemple un medio de impugnación como el de nulidad;
- 2) Al tratarse el tribunal oral lo penal de un órgano colegiado formado por tres miembros, convierte en innecesario el control vertical de las decisiones. De este modo se consagra un sistema de control horizontal;
- 3) El recurso de apelación es de carácter jerárquico y vertical, el cual se funda en la desconfianza que históricamente se tenía a los jueces, motivo por el cual se considera cercano a los sistemas inquisitivos que se intentó reformar;
- 4) El recurso de apelación no permite la vigencia del principio de inmediación, el cual supone la relación directa del órgano juzgador con los medios de prueba, en cambio el conocimiento del caso por parte de las Cortes de Apelaciones es mediato, motivo porque el que no tendría sentido realizar un juicio oral si posteriormente la decisión puede ser modificada por un tribunal que no tuvo conocimiento directo de los hechos y
- 5) El principio de oralidad no es compatible con la revisión que realizan las Cortes en los recursos de apelación²⁹.

En Chile Gonzalo Cortez³⁰ llama la atención acerca de lo ilustrativo que puede resultar la situación que afecta al sistema español respecto de

²⁸ Hugo Pereira Anabalón expresó: “La implantación de la única instancia en el proceso oral no es acorde con las modernas orientaciones doctrinarias y de derecho comparado hoy vigentes. Señala que la interpretación finalista y armónica de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 18 inciso 2° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles de las Naciones Unidas, y 8°, N° 2, letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica , permite deducir el derecho de toda persona de recurrir mediante el recurso de apelación en contra de la sentencia agravante dictada en un proceso, especialmente penal, en que es parte.” *Historia de la Ley 19696. Segundo Trámite Constitucional: El Senado*, p. 366. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6631/HLD_6631_ebc0a-82a629b916c99de0ae59714ccaa.pdf [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021].

²⁹ Al respecto véase FERNÁNDEZ (2005), p. 149 y ss.

³⁰ CORTEZ (2006), p. 21 y ss.

esta materia. Sobre el punto, hace referencia a la mencionada sentencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 20 de julio de 2000. Dicha resolución dictaminó que el sistema de casación español vulneraba el párrafo 5 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en atención a que no se admitía que el fallo condenatorio y la pena impuesta fueren revisadas de manera íntegra, agregando que dicha revisión se limitaba a aspectos formales o legales de la sentencia. Después de este dictamen hubo otros más en el mismo sentido. Ante esta decisión el Tribunal Constitucional español ha señalado que el recurso de casación ibérico y la exigencia de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, son compatibles con el derecho al recurso en la medida que las posibilidades de revisión en el sistema de casación se estimen como amplias. Por tanto, se ha interpretado que la revisión integral no importa necesariamente la existencia de una doble instancia. Así las cosas, en este caso lo más relevante será que se franquee la posibilidad de revisar la declaración de culpabilidad y la pena. Lo expresado es sin perjuicio de que, finalmente, el legislador español con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de 2003 de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, implementó un sistema de doble instancia para cuyos efectos creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, la cual conoce de los recursos contra resoluciones dictada por la Sala de lo Penal³¹. En el mismo orden de ideas, la sentencia que a estas alturas resulta emblemática en relación con el derecho al recurso, es la que se pronunció en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, por la Corte Interamericana, el 2 de julio de 2004, la cual es recurrentemente citada para afirmar que la jurisprudencia internacional estima que el derecho al recurso conlleva la exigencia de revisión amplia³².

Si bien en Chile, como se señaló precedentemente, el legislador optó por la supresión del recurso de apelación respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales orales en lo penal, basándose principalmente en los principios de oralidad e inmediación, subsisten argumentos que permiten

³¹ CORTEZ (2006), pp. 22-23.

³² En este sentido, resulta ilustrativo el párrafo 167 del mencionado laudo: "167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de este último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado".

cuestionar la decisión legislativa. En este sentido, López citando a Ferrajoli, se refiere a la preeminencia que dicho autor le otorga a la doble instancia por sobre la inmediación³³.

También en el ámbito interno parte de la doctrina ha hecho referencia a la doble conformidad³⁴, distinguiéndolo del de doble grado (dos instancias). De acuerdo con el principio del doble conforme, el recurso debe tener la aptitud para permitir que otro tribunal pueda revisar íntegramente todos los elementos relevantes de la sentencia recurrida. Más específicamente, al menos debe permitir que el tribunal superior verifique la culpabilidad y la pena, como elementos básicos para determinar la responsabilidad penal de los justiciables. Por su parte, Carlos del Río considera que la revisión que realiza el tribunal superior debe ser integral y no de carácter formal o acotada a ciertos aspectos jurídicos, para efectivamente satisfacer el derecho al recurso³⁵.

El recurso de nulidad penal regulado en el *Código Procesal Penal*, conforme a los argumentos vertidos precedentemente, puede considerarse que satisface las exigencias del derecho al recurso y, por ende, de la Constitución. Además de los argumentos consignados anteriormente, esta posición se justifica en que el conocimiento del caso por parte de las Cortes de Apelaciones se realiza sobre la base de lo que se relata en audiencia por los intervinientes, mas no producto de una apreciación directa de la prueba, la cual no es reproducible en segunda instancia, a no ser que el juicio se repita, con las dificultades que aquello conlleva. Asimismo, como se explicitó precedentemente, el derecho al recurso puede quedar satisfecho sin la doble instancia, en la medida que se garantice una revisión integral y eficaz.

III. ANÁLISIS DEL ART. 387, INCISO SEGUNDO DEL *CÓDIGO PROCESAL PENAL* EN RELACIÓN CON EL DERECHO AL RECURSO

Hasta aquí se ha hecho referencia a la noción del derecho al recurso como integrante del debido proceso. Junto con ello se analizó el de nulidad como medio de impugnación para revisar las sentencias definitivas dictadas por los

³³ HORVITZ Y LÓPEZ (2004), p. 358.

³⁴ En ese sentido se puede citar a NAVARRO (2018), pp. 482-483, quien, además, manifiesta: "La exigencia de control integral derivada del contenido esencial del derecho al recurso obliga al interprete a descartar esa frontera de competencia para el tribunal que conoce del recurso de nulidad". HORVITZ Y LÓPEZ (2004), p. 359.

³⁵ DEL RÍO (2012), p. 269.

tribunales orales en lo penal, al excluirse la posibilidad de revisarlo en virtud de una apelación. Al respecto se afirmó que el primero satisface las exigencias del derecho al recurso, de modo tal que su regulación positiva estaría en consonancia con las exigencias de nuestro sistema constitucional.

Ahora bien, acorde con el esquema anunciado en el apartado introductorio, corresponde determinar si el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*³⁶ satisface las exigencias del debido proceso penal. El precepto mencionado se encuentra en el libro III sobre recursos, específicamente en el título IV sobre el recurso de nulidad. En su inciso primero se refiere a la resolución que falla el recurso de nulidad, sea acogiendo o rechazándolo, estableciendo que no es susceptible de recurso alguno. Ello, obviamente sin perjuicio de la procedencia del recurso de queja³⁷ y la acción de revisión contemplada en el *Código Procesal Penal*. A su turno, el inciso segundo, hace referencia a la posibilidad de impugnar la sentencia dictada en el nuevo juicio, es decir, frente a la hipótesis de anulación de la primera sentencia, se verifica un segundo procedimiento oral. La particularidad del texto legal obedece a que las opciones recursivas que ofrece dependen del resultado que se produzca en el nuevo juicio (absolutorio o condenatorio), pero también queda supeditado a las decisiones pronunciadas en el juicio anulado (absolutorio o condenatorio).

Las posibles combinaciones que ofrece la disposición se consignan en la siguiente gráfica:

Sentencia primer juicio (la anulada)	Sentencia segundo juicio	Procedencia del recurso respecto del segundo juicio
Absolutoria	Absolutoria	No
Absolutoria	Condenatorio	Si (solo por el imputado)
Condenatoria	Condenatoria	No

³⁶ "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 en favor del acusado, conforme a las reglas generales".

³⁷ La procedencia del recurso de queja no ha sido pacífica. Véase CORTEZ (2006), pp. 408-411.

Como se aprecia, de manera excepcional, solo a favor del imputado, se concede la oportunidad de impugnar mediante el recurso de nulidad la sentencia que emana del segundo juicio. La razón deriva de la circunstancia que el legislador estimó que no era posible privar del derecho al recurso a quien primero fue absuelto y en el segundo juicio condenado. Las restantes opciones o combinaciones que contempla no dan lugar al recurso de nulidad, como sería el caso en que un imputado fuere nuevamente condenado, aun cuando se le aplique una pena superior. En relación con los demás intervinientes, el recurso les fue privado respecto de todas las posibles hipótesis.

El fundamento que parece estar detrás de esta disposición es de economía procesal y de certeza jurídica. Lo primero con miras a evitar la repetición ilimitada de juicios, con los altos costos que esto conlleva y lo segundo a objeto de obtener una decisión que ponga término al conflicto penal. La primacía de factores de economía procesal y certeza jurídica, por sobre el derecho al recurso amerita una mayor reflexión. Lo consignado resulta más destacable si, además, se considera que la concesión de un recurso lo es para enmendar errores judiciales. Esto en materia penal resulta de la máxima relevancia, porque la posibilidad de impugnar una resolución judicial, permite controlar la vigencia de las garantías constitucionales que pueden verse afectadas durante el proceso penal, que en este caso quedan derechamente excluidas de la posibilidad de ser revisadas.

La doctrina también ha manifestado sus aprensiones en relación con este artículo. López ha declarado lo incomprensible que resulta que no se conceda recurso de nulidad respecto de la sentencia condenatoria dictada en el segundo juicio, cuando la primera también lo hubiere sido. Agrega que si durante el segundo juicio se produce infracción a las garantías constitucionales no se vislumbra por qué el afectado no tendría derecho a impugnar dicha resolución. Agrega que una disposición como la comentada puede significar que el Estado se resguarde con una suerte de “blindaje”, que le permite afectar derechos fundamentales del acusado durante el proceso penal. Concluye que resulta necesario que esta disposición se ajuste a la normativa constitucional e internacional de derechos humanos vigente en nuestro país, garantizando el derecho a recurrir en contra de las sentencias condenatorias³⁸. Gonzalo Cortez, por su parte, también considera problemático cuando la segunda sentencia, al igual que la primera, es condenatoria, por oponerse al derecho al recurso. Al contrario, para el caso que ambas sentencias fueran absolutorias considera que esto puede ser explicado porque en este caso prima la garantía del imputado de no ser objeto de un nuevo enjuiciamiento por

³⁸ HORVITZ Y LÓPEZ (2004), pp. 445-446.

los mismos hechos y por economía procesal impidiendo que existan variados procesos sobre un mismo objeto³⁹. En el mismo sentido, Carlos del Río manifiesta el grave problema que significa desde la perspectiva del derecho al recurso, un precepto como el 387 inciso segundo del *Código Procesal Penal*, explicando que esta extrema simplificación de los problemas jurídicos acarrea situaciones complejas, como es el caso en que se niega el recurso de nulidad cuando el primer fallo era absolutorio y el segundo también, pero que esto pasa a ser escandaloso cuando ambas sentencias son condenatorias⁴⁰.

Una crítica adicional que ha suscitado el precepto comentado es que concede un efecto a las sentencias declaradas nulas. Esto puede ser discutible si se considera que la nulidad priva de eficacia a la resolución⁴¹. Justamente esta consecuencia explica que el juicio oral se realice nuevamente. Así las cosas, resulta incomprensible que el juicio anulado sobreviva con el objeto de determinar si excepcionalmente se concederá el derecho a recurrir respecto del nuevo juicio. Todavía más compleja resulta esta circunstancia si consideramos que por esta vía se puede dar vigencia a una resolución que fue anulada por una violación de garantías constitucionales. Basándose en este argumento Natalio Vodanovic ha manifestado que esta disposición afecta el art. 76 de la CPR al hacer revivir procesos fenecidos⁴².

Como se adelantó en la primera parte de este trabajo, este tema ha sido objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional en diecinueve ocasiones.

³⁹ CORTEZ (2006), p. 412.

⁴⁰ DEL RÍO (2012), p. 264 y ss.; En el mismo sentido ARELLANO (2013), p. 1 y ss. y HORVITZ (2009), p. 23 y ss.

⁴¹ Sobre los efectos de la declaración de nulidad, véase CARRASCO (2019), p. 583 y ss.

⁴² VODANOVIC (2002), p. 2: "Es principio interpretativo textual que las palabras técnicas de los que profesan una ciencia o arte, se tomen en el sentido de los que profesan la misma ciencia o arte. Esta regla hermenéutica general requería una clara ejecutoria de los juristas –que han desarrollado tal principio–, quienes, no obstante, como se verá, la transgredieron en el tema que se aborda.

Las voces 'anular' o 'invalidar' en el contexto del derecho, y especialmente en su rama procesal, tienden a designar el efecto de una resolución por cuya virtud otra, o una actuación procedimental dada, queda sin efecto o fuerza. Es tan radical la consecuencia, que suele decirse que 'lo anulado nunca existió'. Aunque *fictio juris*, el aforismo es al mundo del derecho verdadero, real, pues lo que fue invalidado se desvaneció absolutamente, y no puede sobrevivir sino para constatar que fue dejado sin efecto.

Ello constituye la esencia o efecto de la nulidad, sea sustantiva o procesal, y no debiendo los legisladores usar el término y concepto de modo diverso, lo hacen y contravienen los principios más elementales del instituto in comento al disponer, en el artículo 387 inciso 2º del NCPP, que la sentencia y juicio anulados sobrevivirán para calificar el mayor o menor valor del nuevo juicio y sentencia".

1. *Requerimientos declarados inadmisibles:*

En nueve oportunidades la Corte Constitucional chilena estimó que las presentaciones debían ser declaradas inadmisibles

- Se resuelve decretar la inadmisibilidad del requerimiento por faltar el requisito de la gestión pendiente, al encontrarse ejecutoriada la sentencia definitiva, en: STC de 11 de abril de 2007, rol 764-07; STC de 2 de mayo de 2007, rol 775-07; STC de 27 de febrero de 2014, rol 2629-14; STC de 23 de abril de 2015, rol 2783-15 y STC de 11 de agosto de 2015, rol 2876-15.
- Se declaran inadmisibles por falta de fundamento razonable de la sentencia: STC de 2 de abril de 2008, rol 1055-08 y STC de 3 de noviembre de 2009, rol 1512-09. En el caso del último fallo mencionado toda vez que el requerimiento se dirige a impugnar un conjunto de normas sobre el sistema de recursos contemplado en el *Código Procesal Penal*, no una disposición precisa. La presentación pretende que el Tribunal modifique el sistema de recursos, lo que supera los términos del requerimiento de inaplicabilidad (Considerando 6.º).
- Por no resultar decisiva su aplicación en la gestión pendiente: STC de 30 de junio de 2009, rol 1409-09, el motivo de la inadmisibilidad se explica en el siguiente considerando:

“6.º. Que, a mayor abundamiento, se observa que en la parte petitoria del requerimiento se invoca como posiblemente infringido el N.º 26º del artículo 19 de la Constitución Política, sin que en su parte expositiva exista referencia alguna a él ni a la forma en que la aplicación de las normas impugnadas pudiera generar una contravención al mismo”

y en la STC de 8 de octubre de 2009 rol 1507- 09, en la que se estimó que la disposición no resulta de aplicación decisiva para la gestión pendiente (considerando 6.º).

2. *Requerimientos rechazados:*

En nueve ocasiones los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fueron rechazados

- STC, de 30 de enero de 2008, rol 986-07: Los abogados defensores deducen acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El fundamento invocado consiste en que durante el primer juicio el imputado fue condenado por homicidio simple a la pena de tres años y en el segundo por homicidio calificado a la pena de siete

años. Si bien respecto del primer fallo no recurrieron de nulidad por no haber agravio, la sentencia dictada en el segundo juicio fue contraria a sus planteamientos, por lo cual dedujeron recurso de nulidad para ante la Corte Suprema. La defensa manifiesta que la gestión pendiente corresponde al mencionado recurso de nulidad, junto con un incidente de nulidad procesal relativa al certificado de ejecutoria. El Tribunal Constitucional rechaza el recurso, haciendo presente que su decisión se limita a determinar la constitucionalidad de la disposición para el caso concreto (considerando 9.º). La constitucionalidad del art. 387 del *CPP* no está sujeta a examen y en su aplicación al caso específico no genera una incompatibilidad con la *CPR* (considerando vigésimo tercero). Agrega que la seguridad y certeza jurídica son relevantes por lo que debe precluir la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales (considerando cuadragésimo sexto). Voto en contra de dos ministros⁴³. En la *STC* de 1 de abril de 2008, rol 821-07. El tribunal reitera los argumentos vertidos en el rol 986-07 (considerando octavo y ss.).

- *STC*, de 7 de octubre de 2008, rol 1130-07: La requirente interpone acción de inaplicabilidad a favor de la imputada, quien fuera condenada por cuasidelito de homicidio en un primer juicio, este fuere anulado, y al momento de deducir la acción desconoce si en el segundo litigio pudiera volver a ser sancionada, en cuyo caso quedaría sin el derecho de impugnar de nulidad dicha sentencia en virtud de lo dispuesto en el art. 387 inciso segundo del *Código Procesal Penal*. Por su parte, el tribunal estima que la certeza y seguridad jurídica son inherentes al proceso, lo que es coherente con la preclusión de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales. Agrega que toda sentencia en algún aspecto es agravante para alguna de las partes y si se estima que siempre debe haber un recurso para la parte vencida el proceso nunca terminará. Además, en este caso no se planteó una cuestión concreta de constitucionalidad, puesto que no se especificó el efecto contrario a esta ni cómo se producen.
- *STC* de 5 de agosto de 2010, rol 1432-09: El tribunal señala que el diseño del sistema recursivo es una prerrogativa propia del legislador (considerando decimoquinto). La competencia del tribunal no es examinar la legalidad, sino, más bien, valorar la constitucionalidad de los preceptos (considerando decimosexto). En *STC* de 26 de agosto de 2010, rol 1443-09, se reiteran similares razones.

⁴³ Ministros Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza, p. 37 y ss.

- STC de 31 de agosto de 2010, rol 1501-09: En este requerimiento el rechazo del tribunal se fundamenta en que, si bien el requerimiento fue declarado admisible, dado que al momento de su interposición existía una gestión pendiente, posteriormente cuando se dicta la sentencia dicho proceso había concluido (considerando octavo). En virtud de este motivo la aplicación de la disposición no resulta decisiva (considerando noveno).
- STC de 1 de septiembre de 2015, rol 2802-15: Se rechaza que el sistema recursivo contemplado en el *Código Procesal Penal* sea contrario al derecho al recurso contemplado en la CPR y en los tratados internacionales y que el recurso de nulidad permite corregir los diversos vicios que puedan haber afectado los derechos fundamentales de los justiciables (considerando vigésimo segundo y tercero). Similar a lo señalado en la STC de 16 de julio de 2017, rol 3103-16: El rechazo se fundamenta en que el derecho al recurso se satisface por la revisión que realiza un tribunal superior (considerando noveno). Además, el art. 387 del *CPP* no impide que se interponga un recurso de queja. También en la STC de 10 de abril de 2019, rol 4187-17.

Se debe hacer notar que en los roles 2802-15, 3103-16 y 4187-17 hubo votos disidentes y en el caso rol 3103-16 hubo empate de votos. Esto muestra cómo paulatinamente se fue consolidando una posición en la magistratura constitucional, que culminó en la conformación de una mayoría de votos, según se expresa en la sentencia que se analiza a continuación.

3. *Requerimientos acogido:*

Hasta la fecha es el único

- STC de 13 de agosto de 2018, rol 5878⁴⁴: Los argumentos por los que el tribunal acoge el requerimiento estimando que la disposición colisiona con el texto constitucional fueron los siguientes:
 - 1) Se afecta la igualdad ante la ley plasmada en el art. 19 n.º 2 de la CPR, puesto que el art. 387 del *Código Procesal Penal* establece diferencias arbitrarias, o expresado en las propias palabras de la sentencia “el legislador estableció una desigualdad que al no tener causa razonable, se constituye en una diferencia arbitraria” (considerando décimo cuarto y décimo quinto) y,
 - 2) Porque el precepto vulnera el derecho al recurso que integra el debido proceso, consignado en el art. 19 n.º 3 de la Cons-

⁴⁴ Este caso el imputado es condenado en el juicio anulado y en el nuevo, aplicándosele una pena superior en el segundo.

titución Política, toda vez que se le impide al condenado de poder recurrir de eventuales vicios en los que se podría haber incurrido durante el curso del procedimiento (considerando décimo noveno).

IV. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia sostenida del Tribunal Constitucional mantuvo una posición mayoritaria, de acuerdo con la cual rechazó dieciocho requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sea por temas de admisibilidad o porque del análisis concreto de la disposición puesta en relación con la norma constitucional, consideró que no existió tal vulneración. Solo en la última sentencia dictada en el año 2018, se acoge el requerimiento por estimar que se afecta la garantía del debido proceso y la igualdad ante la ley.

En este trabajo se considera que dicho fallo es acertado. El inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal* niega a los intervinientes la posibilidad de revisar las decisiones judiciales. Lo expresado resulta particularmente crítico en el caso de las sentencias condenatorias dictadas en el segundo juicio, porque impide que se puedan revertir decisiones viciadas, lo que redundaría en una posible afectación de los derechos fundamentales de los imputados. De este modo, la improcedencia de un medio de impugnación hace primar la seguridad jurídica por sobre el debido proceso, lo cual resulta difícil de comprender.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, Alejandro (2013). "Recurso de nulidad y derecho al recurso: Comentario a raíz de la limitación establecida en el artículo 387 del Código Procesal Penal". *Revista Ius Novum del Centro de Estudios de la Universidad* de Talca.
- CARRASCO, Jaime (2019). *La Nulidad procesal en el derecho procesal civil chileno. Técnica protectora de los derechos y garantías de las partes y terceros técnicos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- CORTEZ, Gonzalo (2006). *El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*. 2ª ed. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- DEL RÍO, Carlos (2012). "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal". *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 1.
- EVANS, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006). *La nueva justicia penal frente a la Constitución*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006). “La apelación en el nuevo proceso penal frente al derecho constitucional al debido proceso”. *Revista de Derecho Público*, n.º 67.
- HORVITZ, María Inés (2009). “Acercas de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”. *Informes en derecho. Doctrina procesal penal*, n.º 6.
- HORVITZ María Inés y Julián LÓPEZ (2004). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- LETELIER, Enrique (2014). “El derecho fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23.
- MONTERO AROCA, Juan y José FLORS MATÍES (2005). *Tratados de recursos en el proceso civil*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- MOSQUERA, Mario y Cristián MATURANA (2019). *Los recursos procesales*, 3ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- NAVARRO, Roberto (2018). *Derecho procesal penal chileno I*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- NOGUEIRA, Humberto (2009). *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- NOGUEIRA, Humberto *et al.* (2009b). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- ROMERO, Alejandro (2021). *Curso de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, tomo v.
- VODANOVIC, Natalio (2002). “Restricciones del recurso de nulidad. Algunos alcances comparados y doctrinarios”. *Revista de Derecho*, n.º 7.

Sentencias

- Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, del 29 de mayo de 2014.
- Dictamen de 20 de junio de 2000, Gómez Vásquez c. España, 701/1996.
- Herrera Ulloa v/s Costa Rica dictado por la CDH el 2 julio 2004.
- STC de 1 de abril de 2008, rol 821-07.
- STC de 1 de enero de 2015, rol n.º 2802-15.
- STC de 10 de abril de 2019, rol n.º 4187-17.
- STC de 11 de abril de 2007, rol 764-07.
- STC de 11 de agosto de 2015, rol n.º 2876-15.
- STC de 13 de agosto de 2019, rol n.º 5878-18.

- STC de 16 de julio de 2017, rol n.º 3103-16.
- STC de 2 de abril de 2008, rol 1055-08.
- STC de 2 de mayo de 2007, rol 775-07.
- STC de 23 de abril de 2015, rol n.º 2783-15.
- STC de 26 de agosto de 2010, rol 1443-09.
- STC de 27 de febrero de 2014, rol n.º 2629-14.
- STC de 3 de noviembre de 2009, rol 1512-09.
- STC de 30 de junio de 2009, rol 1409-09.
- STC de 31 de agosto de 2010, rol 1501- 09.
- STC de 5 de agosto de 2010, rol 1432- 09.
- STC de 7 de octubre de 2008, rol 1130-08.
- STC de 8 de octubre de 2009, rol 1507- 09.
- STC de 30 de enero de 2008, rol 986-07.