

Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal



Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Si hay que definir dos principios políticos imprescindibles a una forma de gobierno democrática –históricamente determinantes de ésta–, es necesario recordar aquellos en que se cimentaba el régimen ateniense del siglo V a. de J.C.: i) la isonomía: todos los ciudadanos son iguales ante la ley; y ii) la isocracia: todos los ciudadanos participan en igual proporción en el poder.¹ Restringidas estas líneas a la isonomía, es interesante anotar que los órganos de administración de justicia destinados a su concreción operativa eran el jurado popular (Heliea), compuesto por cinco mil ciudadanos de más de treinta años que eran miembros titulares, y mil ciudadanos de la misma edad mínima que eran miembros suplentes, distribuidos en diez secciones; para evitar la corrupción, la sección que debía actuar era designada en la madrugada del mismo día del juicio; los heliastas escuchaban a las dos partes, esto es, al acusador y al acusado, y, después de ello, procedían a la votación y castigo del culpable; y otros organismos menores, esto es, los cinco eisagogueis, que juzgaban en materias civiles, los cuarenta, que impartían justicia en asuntos de faltas, cuyo castigo máximo no excedía de setenta dracmas, y los jueces de paz.²

En el mundo griego, la isonomía o igualdad es expresión de justicia. Enseña Aristóteles en su *Ética*:³ “Es evidente que debe llamarse justo... al que observa con los demás las reglas de la igualdad. Así lo justo será lo que es conforme... a la igualdad y lo injusto será... lo desigual... La violación de la igualdad, la iniquidad, comprende todas las injusticias y es común a todos los actos injustos... Si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento... El juez iguala las cosas, y po-

¹ *Historia Universal*, Salvat Editores, 2002, Tomo IV, página 192.

² *Historia Universal* cit., páginas 182 y 184.

³ *Ética*, Editorial El Ateneo, 2001, páginas 122, 123, 127, 130 y 131.

dría decirse que, teniendo delante de sí una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede de la mitad, el juez quita la parte que excede y la añade a la porción menor...”.

Si así se entiende racionalmente desde la época de Pericles, cuesta comprender la escasa relevancia que en Chile otorgamos –en la concreta realidad– a la igualdad jurídica. Es cierto, desde luego, que la isonomía integra desde antiguo nuestros ordenamientos jurídicos republicanos; y es cierto, también, que en el orden constitucional su tratamiento nominal se perfeccionó notoriamente en la Constitución Política del Estado de 1980, merced a la preocupación y a los notables aportes del eminente constitucionalista don Alejandro Silva Bascuñán.⁴ En efecto, las más importantes novedades que nos trajo la regla constitucional que nos rige son: (i) la precisión de la garantía de la igualdad ante la ley en el sentido que ella implica la prohibición –dirigida al legislador– de que la norma legal contenga discriminaciones arbitrarias, esto es, desigualdades de trato que carezcan de una base racional de distinción,⁵ seguridad cuya cautela instrumental ex ante compete al Tribunal Constitucional⁶ y ex post a la Corte Suprema;⁷ y (ii) la correcta distinción entre la igualdad ante la ley –tratada en el numeral (i) precedente– y la igualdad en la aplicación de la ley, quedando esta última asegurada en una regla constitucional diversa y autónoma,⁸ que garantiza a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, regla que debe entenderse en relación con la que le precede,⁹ en el sentido que ninguna autoridad –cabe comprender aquí a los jueces en la función de interpretación y aplicación de la ley a casos concretos– podrá establecer diferencias arbitrarias; esta distinción obedece a la claridad conceptual del constitucionalista señor Silva Bascuñán, de quien provino la necesidad de distinguir entre la igualdad ante la ley –que quedó asegurada en el N° 2 del artículo 19– y la igualdad en la aplicación de la ley –que asegura el inciso 1° del N° 3 del artículo 19 en relación con el inciso 2° del N° 2 del artículo 19–, puesto que esta última “pertenece, más bien, al ámbito instrumental o procesal, en el sentido de que debe considerarse que todos tienen el mismo derecho y que quienes lo tengan deben hacerlo valer en forma adecuada”.¹⁰

⁴ Evans, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Tomo II, páginas 123 a 159.

⁵ Artículo 19 N° 2 incisos 1° y 2° de la Constitución de 1980. Ver intervención del señor Silva Bascuñán en Evans, cit., Tomo II, página 126, en lo referente a discriminaciones “notoriamente arbitrarias, sin base racional”.

⁶ Artículo 82 N°s 1, 2 y 3 de la Constitución de 1980.

⁷ Artículo 80 de la Constitución de 1980; está en trámite una modificación constitucional que atribuye esta función al Tribunal Constitucional.

⁸ Artículo 19 N° 3 inciso 1° de la Constitución de 1980.

⁹ Artículo 19 N° 2 inciso 2° de la Constitución de 1980.

¹⁰ Evans, cit., Tomo II, página 131.

Aclarado así que el constituyente de 1980 tuvo la claridad de asegurar nominalmente a todas las personas la igualdad de trato en la interpretación y aplicación de la ley en el orden judicial –por medio de una garantía fundamental autónoma–, buenas razones permitían pensar en la alteración del estado de iniquidad que estaba vigente a la época de su promulgación.

Lo cierto es que en el orden judicial, es decir, en la realidad concreta, no había igualdad de trato; y esto no había suscitado reacciones institucionales importantes, lo que pone en grave duda la autenticidad de nuestro espíritu verdaderamente democrático en la perspectiva griega de la isonomía. Los motivos básicos de esa situación de hecho derivan de nuestra evolución cultural:

1° El ordenamiento jurídico chileno encuentra su raíz en la tradición legal romana. Como se sabe, una tradición legal es “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho; la tradición legal relaciona al sistema legal con la cultura de que es una expresión parcial; ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural”;¹¹ esta tradición legal es, en esencia y a partir de Justiniano, codificadora y racionalista, en el sentido que encuentra su base en la pretensión de la posibilidad de regular la vida social por medio de reglas generales, abstractas y precisadas en fórmulas escritas mediante el lenguaje ordinario. La pretensión justiniana resurge en Europa –con el mismo método– en el siglo XIX: “También los franceses, cuando codificaron su derecho, derogaron todo el derecho anterior en las áreas cubiertas por los códigos. Los principios del derecho anterior incorporados en los códigos no recibieron su validez de su existencia previa, sino de su incorporación y nueva promulgación en forma codificada. Justiniano y los codificadores franceses trataron de destruir el derecho anterior por razones diferentes pero análogas: Justiniano trataba de restablecer el derecho más puro de una época anterior y los franceses querían establecer un orden legal enteramente nuevo. En ambos casos los objetivos eran esencialmente utópicos”.¹²

2° La utopía codificadora, en que nuestra tradición jurídica encuentra su raíz, es la siguiente: “Se deseaba un sistema legal que fuese simple, no técnico y claro: un sistema donde pudiera evitarse el profesionalismo y la

¹¹ Henry Merryman, John, *Sistemas Legales en América latina y Europa*, Fondo de Cultura Económica, 1995, página 17.

¹² Henry Merryman, cit., página 61.

tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que suele acusarse a los abogados. Esto podría lograrse enunciando la ley en forma clara y directa, de modo que el ciudadano ordinario pudiera leer la ley y entender sus derechos y obligaciones sin tener que consultar abogados y acudir a los tribunales. En esta forma, el Código Civil francés de 1804 se concebía como una especie de libro popular que podía colocarse en el librero al lado de la Biblia familiar. Sería un manual para el ciudadano, claramente organizado y presentado en lenguaje sencillo, que permitiría a los ciudadanos determinar sus derechos y obligaciones”.¹³

3° De esto mismo resulta la determinación de la función de los jueces en nuestra tradición jurídica. “La insistencia revolucionaria en que la ley se hiciera sólo por una legislatura representativa significaba que los jueces no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta... Una expresión de esta actitud era el requerimiento de que el juez usara sólo ‘la ley’ al decidir una controversia y eso significaba... que no podría basar su criterio en decisiones judiciales anteriores... Surge así una imagen del proceso judicial como una actividad bastante rutinaria. El juez se convierte en una especie de empleado experto. Se le presenta una situación de hecho para la que se encontrará a la mano una respuesta legislativa en todos los casos, excepto los extraordinarios. Su función consiste simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y consagrar la solución que produce la unión en forma más o menos automática. Todo el proceso de la decisión judicial se ajusta al silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor se encuentra en el estatuto, los hechos del caso proveen la premisa menor y la conclusión se sigue inevitablemente... La imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica”.¹⁴

4° Siendo una misma la ley escrita, sencilla, clara y conocida, habrá de ser necesariamente una misma la solución concreta en todos los casos y así –por medio de este expediente– queda cautelada la igualdad jurídica; se rechaza la regla *stare decisis et non quieta movere*,¹⁵ porque el juez sólo puede basarse en la ley y no puede esgrimir decisivamente los precedentes judiciales.

Sin embargo, las bases en que se afianza –en nuestra tradición jurídica– el aseguramiento de la igualdad son febles, porque la norma legal escrita usa

¹³ Henry Merryman, cit., página 63.

¹⁴ Henry Merryman, cit., página 75.

¹⁵ Acerca de esta regla, *Stare Decisis Et Non Quieta Movere*, Rojas Sepúlveda, Mario, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, Año IV, N° 4, diciembre de 1997, páginas 38 y ss.

el lenguaje ordinario y éste posee entendimientos multívocos. “La mayoría de la doctrina contemporánea, analizando lo que parece ser la experiencia de numerosos países y las distintas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en las materias que forman los casos difíciles, concluye que no puede sostenerse que en casos de esta naturaleza haya una sola respuesta correcta, sino que más bien hay posibilidades de repuestas más o menos razonables, pero en última instancia la decisión del juez es un acto de voluntad que se inclina hacia uno de los litigantes más que un acto de conocimiento que descubre en la pretensión del uno o en la excepción del otro una verdad incommovible. Peczenik, entre tantos otros autores, es uno que señala que le parece muy difícil aceptar la tesis de que los casos jurídicos difíciles tengan una sola respuesta correcta que el juez o el intérprete pueda encontrar por medios intelectuales. A juicio de Peczenik, entre muchos otros factores que conspiran contra la tesis de Dworkin, se encuentra el hecho de que numerosísimas normas jurídicas operan con conceptos indeterminados, confusos o difusos, que tienen varios significados posibles, uno de los cuales puede dar la razón al actor y otro al reo, sin que muchas veces sea posible para el tribunal o para el intérprete determinar de una manera meramente intelectual cuál de esos sentidos debe preferirse en el caso en litigio. Por otra parte los juicios jurídicos, de los cuales el primero es la sentencia, necesariamente operan en los casos difíciles con la ponderación de valores a los que el derecho permanentemente está haciendo referencia, valores tales como el bien común, la seguridad, la justicia, la libertad, la igualdad, que se caracterizan porque en cada caso no se trata de que se aplique uno de ellos con exclusión de todos los demás, sino porque todos confluyen en distintas ponderaciones que corresponde a los juristas apreciar, pero que intelectualmente no pueden establecerse en una jerarquía indubitada, sino que requieren una decisión, un acto de voluntad, que en el caso concreto dé primacía a uno por sobre los demás”.¹⁶

Descartada así –por falsa– la idea que la formulación legislativa pueda por sí sola lograr la igualdad de trato jurídico, la función unificadora quedó asignada al instrumento procesal del recurso de casación en el fondo, admisible en contra de sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones,¹⁷ cuya competencia corresponde a la Corte Suprema,¹⁸ de manera que ésta fije el sentido y alcance de los preceptos legales por medio de una jurisprudencia persuasiva y en último término correctora.

¹⁶ Streeker, Jorge, “El Razonamiento Jurídico”, publicado en *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, página 101. Ver también, en la misma obra, Peña, Carlos, “Discreción e Interpretación Judicial: Las Tesis de Dworkin”, páginas 229 y ss.

¹⁷ Artículo 535 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸ Artículos 98 del Código Orgánico de Tribunales y 535 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, por asegurada que se encontrare a nivel constitucional la igualdad de trato jurídico, ocurrió que la garantía prevista en el N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental no pasó de constituir una norma meramente programática, hasta la vigencia de la Ley N° 19.374, publicada en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1995. Las causas de la disfunción fueron las siguientes:

1° El rol unificador del recurso de casación en el fondo sólo puede lograrse en la medida que opere en un régimen de control vertical que –en razón de su propia naturaleza– “permite evitar la dispersión de opiniones sobre una misma temática, unificando la jurisprudencia”.¹⁹ Esta finalidad se logró con la Ley N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, que dispuso que para conocer de los recursos de casación en el fondo la Corte Suprema habría de funcionar en pleno, como un solo cuerpo, con la concurrencia mínima de siete jueces. Pero habría de durar poco tiempo. En efecto, con la Ley N° 3.390, publicada en el Diario Oficial de 15 de julio de 1918, el recurso de casación en el fondo pasa a la competencia de la Segunda Sala, cuya integración se sorteaba anualmente, “lo que obviamente impedía alcanzar la unificación que aseguraba la casación vertical conocida por el pleno”.²⁰ Se regresó al sistema original con la Ley N° 4.017, de 18 de mayo de 1924, y el Decreto Ley N° 27, publicado en el Diario Oficial de 8 de octubre de 1924, que dispuso que “para conocer de los recursos de casación en el fondo... el tribunal funcionará en un solo cuerpo, con la concurrencia de siete jueces a lo menos”. Sin embargo, el control vertical quedó sustituido por un control horizontal en salas de integración sorteada anualmente, que no asegura de ninguna manera el rol unificador de la casación de fondo, con la Ley N° 5.980, de 7 de enero de 1937, situación consolidada con la promulgación del Código Orgánico de Tribunales de 1943 y con la Ley N° 17.590, de 31 de diciembre de 1971, puesto que “a partir de este cambio ya no quedaría vestigio alguno del paliativo orgánico que en algún minuto se pensó podría unificar la jurisprudencia a través del régimen de control vertical”.²¹ Se concluye así que en Chile, entre el 15 de julio de 1918 y el 18 de febrero de 1995, con breve interrupción entre el 18 de mayo de 1924 y el 7 de enero de 1937, no pasó de ser una quimera.

2° Como explica Romero, “Al estafalario panorama que presentaba el recurso de casación... se debe agregar una tergiversación más... Por un simple querer judicial, iniciado a mediados del siglo pasado, un recurso de naturaleza disciplinaria pasó a constituirse en el medio ordinario de im-

¹⁹ Ver Romero, Alejandro, *La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, páginas 79 y ss.

²⁰ Romero, cit., página 81.

²¹ Romero, cit., página 84.

pugnación para que la Corte Suprema conociera de los diversos asuntos litigiosos, convirtiéndose por este camino en una auténtica tercera instancia”, situación que “pulverizaba las bases técnicas previstas para que la Corte Suprema pudiera producir una jurisprudencia persuasiva a través del recurso de casación en el fondo”.²²

3° Se ha dicho ya que la inexistencia de la regla *stare decisis*, esto es, la irrelevancia de los precedentes judiciales interpretativos, es propia de nuestra tradición legal. “La regla *stare decisis* implica la obligatoriedad vinculante del precedente judicial, que se traduce, básicamente, en dos perspectivas generales, atinentes exclusivamente a su *ratio decidendi* o *holding*: i) las decisiones de un órgano judicial le vinculan en lo sucesivo, en cuanto no podrá, a posteriori, resolver una misma cuestión de derecho en una dirección diversa; y ii) las decisiones del órgano superior del sistema judicial vinculan a los tribunales inferiores que, ergo, habrán de atenerse en sus fallos a los dictados de aquél”.²³ En Chile, la interpretación tradicional de la regla del inciso 2° del artículo 3° del Código Civil, aunque sea de dudosa compatibilidad con la norma del inciso 1° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución de 1980, unida a la inexistencia de la causal de casación de fondo de violación de la doctrina jurisprudencial, ha impedido cualquier atisbo de aplicación de la regla de *stare decisis*, conduciendo al amparo a una desigualdad de trato jurídico tan notable como la que permitió que una misma cuestión de derecho –en materia de retrocesión de expropiación– haya podido ser decidida por la Corte Suprema, en fallos de idéntica fecha e incluso con un mismo juez concurrente, en sentidos completamente opuestos.²⁴

Mejores tiempos para la igualdad jurídica vinieron con la Ley N° 19.374, publicada en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1995, que introdujo las siguientes modificaciones básicas: i) el artículo 95 del Código Orgánico de Tribunales pasó a disponer que “la Corte Suprema funcionará dividida en salas especializadas...”, agregando el artículo 99 que “corresponderá a la Corte Suprema, mediante auto acordado, establecer cada dos años las materias de que conocerá cada una de las salas en que ésta se divida, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario”; el inciso 5° del artículo 95 previene que “corresponderá a la propia Corte, mediante auto acordado, establecer la forma de distribución de sus ministros entre las diversas salas de su funcionamiento ordinario o extraordinario”, adicionando que “la distribución de ministros que se efectúe permanecerá invariable por un período de, a lo menos, dos años”; de este modo el conocimiento

²² Romero, cit., página 85.

²³ Rojas, cit., página 40.

²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 78, sec. 5°, páginas 207 y 224.

y fallo del recurso de casación en el fondo en lo criminal pasó a ser de competencia exclusiva de la Sala Penal, cuya composición de ministros se ha mantenido estable; y ii) atendido lo dispuesto en el nuevo texto del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, es inadmisibles el recurso de queja respecto de la sentencia definitiva de segunda instancia que es susceptible del recurso de casación.

Así, a partir de la vigencia de la Ley N° 19.374, el sistema procesal penal antiguo generó una jurisprudencia procesal penal y penal única, que mejoró notablemente la igualdad en el trato jurídico.

Con rigor de derecho, no puede expresarse que la Ley N° 19.374 haya resuelto en términos absolutos la diversidad de trato jurídico en la integridad de nuestro sistema jurídico; así, por ejemplo, un análisis de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema evidencia las siguientes muestras anómalas:²⁵

- El 16 de abril de 2003 se resolvió que no es procedente que la Administración deje sin efecto un nombramiento de un funcionario en razón de error de legalidad en el procedimiento de generación de un cargo público, porque no había mala fe en la funcionaria designada, doña María Albornoz;²⁶ pero el 19 de junio de 2003 se falló que a don Mauricio Pavez la buena fe no le servía para conservar su cargo, sino sólo para conservar los emolumentos que alcanzó a percibir con anterioridad al acto administrativo de contrario imperio.²⁷
- El 18 de diciembre de 2002 se decidió que la negativa del Alcalde de San José de la Mariquina al otorgamiento de una patente de alcoholes, previo acuerdo del Concejo Municipal, se ajusta a derecho, puesto que es menester oír a las juntas de vecinos respectivas, de acuerdo con lo preceptuado en la letra n) del artículo 65 de la Ley N° 18.695, para otorgar, renovar, o trasladar patentes de esta especie, y no para rechazarlas;²⁸ pero el 23 de septiembre de 2002 se había resuelto que la audiencia de la junta de vecinos de modo previo al rechazo de una patente de alcoholes la exige la ley.²⁹
- El 27 de julio de 2004, en el caso del expropiado Mauro Olivier, se falló que por daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación debe

²⁵ Sólo se examinan casos ingresados entre los años 2002 y 2004.

²⁶ Rol 1109/03.

²⁷ Rol 1731/03.

²⁸ Rol 4797/02.

²⁹ Rol 3355/02.

entenderse la pérdida que representa para el afectado, su propietario, la privación de la propiedad, daño directo e inmediato y que corresponde al valor de mercado del bien expropiado;³⁰ pero en la situación de la expropiada Silvia Zavala, el 16 de enero de 2003, se había dicho que no es admisible la tesis de que el valor de la expropiación deba corresponder al valor comercial del bien expropiado, ya que a este respecto el tribunal debe atenerse a lo que dispone el artículo 38 del DL N° 2.186, en cuanto a que debe indemnizarse el daño efectivamente causado por la expropiación y que sea una consecuencia inmediata y directa de la misma, sin que dicho valor esté referido al que determine el mercado.³¹

- El 26 de mayo de 2003, a don José Venegas se le expresó que la circunstancia que el mismo asunto planteado en protección, atinente a un contrato de salud previsional, esté siendo conocido por el Superintendente de Isapres, en calidad de árbitro arbitrador, no es óbice para la tramitación de este recurso de protección, porque de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución, éste es sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes;³² pero el 5 de diciembre de 2002, a una compañía inmobiliaria se le indicó que del mérito del proceso se desprende que la recurrente ha impugnado la resolución contra la cual acciona, por medio de un recurso especial, de manera que es dable concluir que la situación cuestionada se encuentra ya bajo el imperio del derecho, resultando, por ende, improcedente la acción de protección.³³

- El 26 de septiembre de 2002 se resuelve, en el caso de una industria conservera, que la sentencia que desestima una incidencia de abandono de procedimiento no es susceptible de casación, porque no tiene la naturaleza de una sentencia definitiva, ni de una interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación;³⁴ pero el 19 de noviembre de 2002, en la situación de don Ricardo Villalobos, se acoge el recurso de casación en el fondo contra la sentencia que no había acogido el abandono de procedimiento, sin analizar específicamente el punto de la recurribilidad.³⁵

- El 27 de marzo de 2003, en el caso de don Hernán Cárdenas, se decide que puede denunciarse en casación de fondo la infracción del artículo 425

³⁰ Rol 212/04.

³¹ Rol 4808/02.

³² Rol 1574/03.

³³ Rol 4184/02.

³⁴ Rol 2955/02.

³⁵ Rol 3235/02.

del Código de Procedimiento Civil, que atribuye a los jueces del fondo la labor de apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos con arreglo a la sana crítica, si los sentenciadores de la instancia se han apartado de las reglas de la experiencia y buen sentido o criterio de un modo muy notorio;³⁶ pero en el caso de Inversiones Piedra Roja, el 14 de julio de 2003 se decide que el artículo 425 no consagra principios reguladores de la prueba de peritos en términos de asignarle un valor concreto, un grado de convicción tarifado, como parámetro a que haya de ceñirse necesariamente el juez al apreciar su fuerza probatoria, de manera que la regla no es denunciabile en casación de fondo.³⁷

- El 30 de septiembre de 2003, en el caso de doña Carmen García, se resuelve respecto de la presunta vulneración del artículo 1545 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales, infracción que se podría producir en razón de su disposición en orden a estimar como ley todo contrato, que ello no pasa de ser sino una metáfora legal, cuya finalidad es dotar a dicha convención de fuerza obligatoria como si fuera ley para los contratantes; pero que, por cierto, ello no transforma al contrato en una ley susceptible de ser vulnerada y generar, así, una causal de casación en el fondo, puesto que solamente la infracción de aquellas normas jurídicas de tal rango, entendido según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil, puede eventualmente producir una infracción y llevar al acogimiento, por ello, del expresado recurso;³⁸ pero el 3 de junio de 2003, en la situación de don Ramón Lobos, se había decidido que se han quebrantado los artículos 1545 y 1562 del Código Civil, desde que, como lo sostiene la demandante, se ha vulnerado la ley del contrato y se ha dado a la cláusula en discusión un sentido en que no produciría efecto alguno, contraviniendo una regla de interpretación básica.³⁹

- El 26 de mayo de 2004, en la situación de Bretxa Chile, se decide que de conformidad con lo establecido en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en la forma puede fundarse en haber sido dada la sentencia ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, causal que se consagra en dos formas, la primera, consistente en otorgar más de lo pedido por las partes, que corresponde a la ultra petita propiamente tal, y la segunda, que consiste en extender el fallo a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, modalidad que ha sido denomina-

³⁶ Rol 371/03.

³⁷ Rol 3464/02.

³⁸ Rol 3537/02.

³⁹ Rol 3598/02.

da como extra petita; se agrega que las dos formas en que puede concurrir esta causal comparten una característica común consistente en que el vicio se hace presente en la parte decisoria del fallo y no en alguna otra de las tres secciones de que consta una resolución; por lo tanto, para dilucidar si en el presente caso concurre o no la causal invocada, ha de examinarse el petitorio del libelo presentado, y la parte decisoria de la sentencia impugnada, todo ello sin que corresponda extender el análisis a la coherencia en la causa de pedir;⁴⁰ lo mismo se resuelve en otros tres casos;⁴¹ pero el 16 de junio de 2004, en la situación de Kuden S.A., se decide que la causal de ultra petita se configura cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes, o cuando se extiende a puntos no sometidos a la decisión del Tribunal, apartándose de los términos en que esas partes fijaron la controversia, alterando el contenido de sus acciones o excepciones o mudando su objeto o causa de pedir, situación que concurre en la especie, por lo que la sentencia es nula, ya que, pedida la declaratoria de quiebra por una causal, se la declaró por otro motivo legal; y lo propio se decide en dos casos similares.⁴²

- El 4 de septiembre de 2002, en el caso de Parque Jardín las Flores, se resuelve que queda de manifiesto que el recurrente pretende discutir en sede disciplinaria un asunto ya resuelto a través de las instancias respectivas en un mismo sentido, lo que por una parte importa que ya se ha hecho uso de otros recursos legales, y por la otra, que el recurso no aparece revestido de fundamento plausible, de manera que debe rechazarse el recurso de queja;⁴³ lo mismo se resuelve en otros veintiséis casos;⁴⁴ pero en contra de este criterio, el 12 de agosto de 2003, en el caso de C. S. P. Seguridad S.A., se acoge un recurso de queja⁴⁵ y de la misma manera se procede en otras tres situaciones.⁴⁶

Pero no hay duda que la Ley N° 19.374 mejoró notablemente el estado de la igualdad jurídica en Chile, al punto que, como se ha dicho antes, el sistema procesal penal antiguo generó una jurisprudencia procesal penal y penal única

¿Qué podemos esperar, a este respecto, de la reforma procesal penal?

⁴⁰ Rol 4962/02.

⁴¹ Roles 1585/03, 3580/02 y 4159/02.

⁴² Roles 980/03 y 3462/02.

⁴³ Rol 3086/02.

⁴⁴ Roles 3069/02, 3085/02, 502/03, 3126/02, 3214/02, 3284/02, 4899/02, 5088/02, 5173/02, 4312/02, 1383/03, 3350/02, 3533/02, 3562/02, 3768/02, 4016/02, 4242/02, 4528/02, 1164/03, 3418/02, 3438/02, 3624/02, 3760/02, 4078/02, 1807/03 y 1998/03.

⁴⁵ Rol 4427/02.

⁴⁶ Roles 1193/04, 4454/02 y 4074/02.



En primer lugar, tanto la sentencia definitiva del tribunal de juicio oral en lo penal en el procedimiento ordinario, como la sentencia definitiva del juez de garantía en el procedimiento simplificado, son susceptibles del recurso de nulidad,⁴⁷ que puede fundarse “en que en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.⁴⁸

Evidentemente, si este arbitrio impugnativo fuere siempre de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, podría avizorarse la mantención del trato jurídico igualitario que aseguraba el recurso de casación en el fondo después de la vigencia de las modificaciones orgánicas introducidas por medio de la Ley N° 19.374, de 1995. Pero no es así. Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 98 del Código Orgánico de Tribunales y 376 del Código Procesal Penal, la competencia para conocer del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho corresponde, por regla general, a la Corte de Apelaciones respectiva, por medio de una sala.

De esta manera, no hay duda que la regla general de competencia conduce necesariamente a la desigualdad jurídica, toda vez que los justiciables recibirán uno u otro trato de derecho conforme al criterio de cada sala de cada una de las Cortes de Apelaciones del país, de suerte que –con el sistema orgánico y funcional en vigencia– la igualdad de trato jurídico que de modo nominal asegura el N° 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental ha vuelto a constituirse en una simple y lamentable quimera. Esta situación es tanto más seria si se tiene en cuenta que con arreglo a la interpretación que la Sala Penal de la Corte Suprema ha efectuado del artículo 387 del Código Procesal Penal, el fallo del recurso de nulidad no es susceptible del recurso de queja,⁴⁹ de manera que las disfunciones no pueden ser corregidas ni siquiera en evento de falta o abuso en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Las situaciones excepcionales en que la competencia corresponde a la Corte Suprema son las siguientes: **i)** si el recurso de nulidad se funda en distintas causales y una de ellas fuere de competencia de la Corte Suprema, es decir, si se esgrime el motivo de la letra a) del artículo 373 –infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales o convencionales internacionales–, el más alto Tribunal, por medio de su Sala Penal, conocerá de la integridad del recurso de nulidad; **ii)** si se dedujeren distintos recursos de nulidad y entre las causales esgrimidas hubiere al menos una de compe-

⁴⁷ Artículos 372 y 399 del Código Procesal Penal.

⁴⁸ Artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

⁴⁹ Roles 367/03, 349/04, 5174/02, 808/03, 1019/03, 1156/03, 1909/03, 2053/03, 2080/03, 18/04 y 182/04.

tencia de la Corte Suprema, ésta, a través de su Sala Penal, conocerá de todas ellas; y **iii)** si el recurso de nulidad se funda en errónea aplicación del derecho “y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos de los tribunales superiores” la competencia es de la Corte Suprema por medio de su Sala Penal.

Las excepciones no mejoran la diversidad de trato jurídico.

Las dos primeras sólo conducen a mantener la desigualdad jurídica en el sentido que primará respecto de ciertas personas determinadas una u otra de las diversas interpretaciones posibles de la regla de derecho respectiva, es decir, la de la sala que en suerte le haya correspondido de una u otra de las Cortes de Apelaciones del país o la de la Sala Penal de la Corte Suprema.

La tercera excepción tampoco corrige la disfunción; desde luego, la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema supone en esta situación:

1° Que existan distintas interpretaciones pretéritas emanadas de tribunales superiores, de manera que la operación efectiva del instrumento de unificación implica que a lo menos dos personas hayan sido previamente víctimas de un trato desigualado, sin que la situación anómala de esas dos personas haya podido ser corregida de ninguna manera.

2° Que el abogado recurrente, dentro del plazo de impugnación, haya podido conocer la existencia de interpretaciones pretéritas discordantes, conocimiento jurisprudencial que no es común y que, desde luego, mejora las expectativas recursivas de las personas de mayores medios económicos, que pueden contratar profesionales con mayores posibilidades de conocimiento técnico.

3° La situación se agrava si se tiene en cuenta que la Sala Penal de la Corte Suprema ha decidido, en fallo de 4 de junio de 2003,⁵⁰ que “para justificar la existencia de fallos contradictorios, se han acompañado copias de sentencias dictadas por distintas Cortes de Apelaciones en procedimientos regulados por el Código de Procedimiento Penal; sin embargo, la competencia de esta Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad en la situación descrita le viene dada por el Código Procesal Penal para el caso de que dichas sentencias contradictorias correspondan a asuntos que fueron conocidos por tribunales del nuevo sistema procesal penal, desde que es precisamente esa nueva normativa la que otorga competencia a las Cortes

⁵⁰ Rol 1832/03.

de Apelaciones para conocer de nulidades cuyo fundamento radique en que una errónea aplicación del derecho haya influido sustancialmente en lo dispositivo de un fallo, ámbito que es distinto a las diversas interpretaciones que una norma pueda haber tenido en el sistema anterior”; de esta manera, para esgrimir la competencia de la Corte Suprema, el recurrente no puede invocar interpretaciones de derecho emanadas de Cortes de Apelaciones o de la propia Corte Suprema que provengan de sentencias dictadas en el procedimiento penal antiguo, por mucho que esas interpretaciones discordantes de derecho incidan en la determinación del sentido y alcance de la ley penal de fondo, aspecto en que los sistemas antiguo y nuevo no presentan diferencias sustantivas; el fallo de 4 de junio de 2003 declara la irrelevancia interpretativa –a este fin– de la jurisprudencia de fondo de más de un siglo, en términos tales que habrá que esperar que –bajo el sistema nuevo– a lo menos dos personas sufran efectivamente una desigualdad de trato que no haya podido ser corregida, para que, recién en un tercer caso –en la medida que los dos primeros sean conocidos del abogado recurrente– y para los justiciables sucesivos la diversidad de trato sea corregida hacia el futuro; la interpretación jurisprudencial en cuestión no tiene sustento claro en la ley y atenta contra la orientación igualitaria de la norma constitucional, pero es, en los hechos, la que rige.

En segundo lugar, la sentencia definitiva del juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo es susceptible del recurso de apelación⁵¹ del que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde conocer a una Sala de la Corte de Apelaciones respectiva. El fallo del recurso de apelación no es susceptible del recurso de nulidad, porque no existe ninguna norma legal que lo conceda; sólo es susceptible del recurso de queja en evento de falta o abuso jurisdiccional.

De esta manera, tratándose del procedimiento abreviado, nada asegura la igualdad de trato; más bien dicho, el sistema consagrado por el Código Procesal Penal asegura la desigualdad de trato, que sólo puede recibir corrección en evento de falta o abuso, nunca en razón de simples interpretaciones discordantes, puesto que la Corte Suprema tiene reiteradamente resuelto que “la circunstancia que esta Corte no necesariamente comparta la aplicación del derecho que han hecho los jueces recurridos no implica que deba acogerse el recurso de queja, puesto que no aparece una falta o abuso grave”.⁵²

⁵¹ Artículo 414 del Código Procesal Penal.

⁵² Roles 4902/02, 1509/03, 1510/03, 1512/03, 1513/03, 1514/03, 1564/03, 3328/02, 3329/02, 3588/02, 3813/02, 3814/02, 1713/03, 223/04, 1886/03.

En conclusión, la reforma procesal penal –que tantos perfeccionamientos ha introducido entre nosotros– constituye, no obstante, un grave retroceso desde la perspectiva de la realización concreta de la igualdad de trato jurídico, de manera que representa una seria regresión en la realidad concreta en relación con la situación del procedimiento penal antiguo después de las modificaciones estructurales de la Ley N° 19.374 de 1995.

Como es obvio, la solución legislativa posible no se encuentra en la atribución de la competencia cognoscitiva del recurso de nulidad a la Sala Penal de la Corte Suprema y en la extensión de ese arbitrio impugnativo así corregido al procedimiento abreviado, porque no habría modo que ese órgano pueda conocer todos los recursos de nulidad que sin duda se deducirían. En nuestro concepto, los órganos legislativos, para concretar definitivamente en Chile la igualdad de trato jurídico que la Carta Fundamental asegura –en términos que sólo son nominales– debieran introducir la regla *stare decisis* por medio del establecimiento de un recurso especial por causa de infracción de la doctrina interpretativa de la Corte Suprema, recurso que debiera ser de derecho estricto y susceptible de interposición respecto del fallo del recurso de nulidad en procedimiento ordinario y del fallo del recurso de apelación en procedimiento abreviado, de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, previo examen de admisibilidad y fundamento bastante, con extensión a toda la jurisprudencia del más alto Tribunal, recaída en leyes decisorias de la litis. De este modo se aseguraría una efectiva igualdad en el trato jurídico, por medio de una jurisprudencia suprema y unificadora en control vertical.

