



# El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal<sup>1</sup>

**Mario Rojas Sepúlveda**

Profesor de Derecho Procesal  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. La impugnación de la sentencia definitiva en el Código de 1906

Durante la generación del nuevo CPP, el régimen de impugnación de la sentencia definitiva constituyó una de las materias de más difícil decisión legislativa, tanto así que el texto promulgado corresponde a la proposición del Senado, concebida recién en segundo trámite constitucional, proposición que alteró substantivamente el proyecto del Ejecutivo, así como la idea previamente aprobada por la Cámara de Diputados.

Como sabemos, la cultura jurídica nuestra, en el ámbito procesal penal, derivada del Código de 1906, corresponde a la de un proceso jurisdiccional de doble instancia (arts. 510 y ss.), en cada una de las cuales puede y debe abordarse tanto el enjuiciamiento de los hechos, como su enjuiciamiento jurídico. La primera instancia está a cargo de un tribunal letrado y unipersonal, normalmente un juez de letras, y la segunda instancia compete a un tribunal letrado y colegiado, usualmente una Corte de Apelaciones. La doble instancia, que se construye a través del recurso de apelación, a más de la retrógrada institución de la consulta, es sin perjuicio de la potestad de la Corte de Apelaciones de casar de forma los fallos de los jueces letrados, surgida del art. 535, que remite al art. 775 del CPC.

El fallo de segundo grado, a su vez, puede ser objeto de impugnación para ante la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación, admisible en su especie de forma por doce clases específicas de infracción de leyes procesales, en que ha podido incurrirse tanto durante la tramitación del proceso, como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, vicios que define el art. 541 del Código de 1906, y, en su especie de fondo, por siete tipos determinados de aplicación errónea de la ley penal, vicios que define el art. 546 del mismo cuerpo legal.

<sup>1</sup> Texto de charla pronunciada por el autor el 9 de noviembre de 2001 en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público.

El autor agradece la colaboración prestada a este trabajo por el profesor de Introducción al Derecho de la Universidad del Desarrollo, Sr. Fernando Rojas Sepúlveda.

Por consiguiente, nuestro régimen recursivo presenta algunos rasgos distintivos clarísimos.

Primero, la doble instancia, que es de hecho y de derecho. Debe recordarse, a este efecto, que el art. 8º numeral 2º letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica establece, en cuanto garantía judicial mínima, el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Adicionalmente, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, en el mismo carácter, el derecho del acusado a que "el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior". Siendo así, la restricción del contenido posible del recurso, en tanto no viene asumida explícitamente por las convenciones internacionales de derechos humanos, es pasible del riesgo jurídico de infracción de la garantía judicial mínima. En cambio, la doble instancia, de contenido amplio, fáctico y jurídico, no enfrenta este temor.

Segundo, la circunstancia que del recurso de casación en el fondo, esto es, de la infracción de ley penal, conoce exclusivamente la Corte Suprema, a través de la Sala Penal. Por medio de este rasgo distintivo se busca que el recurso de casación en el fondo constituya no sólo un mecanismo de impugnación de parte, de protección de intereses individuales, sino, además, un modo de establecer la interpretación y aplicación uniforme de la ley, en obsequio de la igualdad ante ésta, que asegura a todas las personas, al menos en abstracto, el art. 19 numeral 2º de la CPE.

Y, tercero, que los hechos establecidos por los jueces de las instancias, por regla general, no pueden ser modificados por la Corte Suprema, porque, ante ésta, el debate es, exclusivamente, de derecho. Pero se trata, simplemente, de una regla general, que tiene excepciones importantes.

En primer lugar, en materia de casación de forma, si la Corte Suprema acoge el recurso, debe invalidar el fallo de segunda instancia, y, en ciertos casos, dictar la sentencia de segundo grado que crea conforme a la ley y al mérito de los autos (art. 544.3), en cuyo caso ejerce, sin duda, una competencia substitutiva plena de segunda instancia, de modo que dispone de las mismas facultades amplias de las Corte de Apelaciones, con lo que, siempre sobre la base del mérito de los autos, bien puede fijar los hechos de la causa con arreglo a su propia ponderación.

Y en segundo lugar, si bien es cierto que, en materia de casación de fondo, si se hace lugar a éste, la Corte Suprema debe normalmente respetar en su nuevo fallo de reemplazo los hechos que venían establecidos después de las instancias (art. 535 en relación con el art. 785 del CPC), es también



cierto que, además, puede, por vía de casación de fondo, conocer de la infracción de leyes reguladoras de la prueba, esto es, de ciertas normas de nuestro sistema probatorio que imponen a los jueces del fondo algunas conductas imperativas, sobre la base de exigencias objetivas, de modo que, por esta vía, puede anularse el fallo de segunda instancia y establecerse los hechos de una manera distinta a la que venía decidida en las instancias.

Cabe recordar que la eventual revisión de los hechos establecidos por las Cortes de Apelaciones, en la segunda instancia, así como por la Corte Suprema en los casos precitados, no planteaba mayores problemas técnicos, puesto que la prueba debía ser apreciada tal y como aparecía de las actas y documentos que obran en el expediente del caso, que reúne los resultados, como está de moda decir, de una especie de encuesta escrita. Siendo así, ninguno de los tres órganos jurisdiccionales que obran en el proceso penal se encuentra en ventaja, respecto de otro, en cuanto a la aptitud de ponderación de la prueba, desde que todos tienen a la vista el mismo expediente escrito, esto es, idéntico mérito de los autos, al que han debido estarse los jueces del fondo (art. 43 en relación con el art. 160 del CPC).

La caracterización del régimen de impugnación del fallo de nuestro Código de 1906 supone recordar, como una cuestión normativa muy singular del sistema, la amplísima competencia de los Tribunales Superiores, que no se limita al puro ámbito del recurso procesal planteado.

Así, la Corte de Apelaciones que conoce del recurso de apelación, conforme al art. 527, tomará en consideración las cuestiones de hecho y de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda el fallo de primera instancia. Adicionalmente, el tribunal de alzada, con arreglo al art. 528, puede siempre modificar el fallo en un sentido desfavorable al apelante, aunque éste sea el propio imputado. Finalmente, en cuanto a las Cortes de Apelaciones, ellas pueden casar de forma de oficio, porque así lo dispone el art. 535, en cuanto remite ampliamente al art. 775 del CPC.

De otra parte, conforme a los arts. 533 y 534, toda sentencia definitiva condenatoria que imponga una o más penas que excedan de un año de privación o restricción de libertad o que incidan en proceso que verse sobre delito a que la ley señale pena aflictiva, que no sea revisada por el tribunal de alzada por medio de apelación, debe serlo por la vía de la consulta, con las mismas potestades de revisión que son propias del recurso de apelación, ya recordadas.

En lo que hace, ahora, a la Corte Suprema, ésta puede casar de forma de oficio con la misma amplitud que se acaba de mencionar, en virtud de idénticas reglas; luego, puede casar en el fondo de oficio, con arreglo al art. 535, que remite al art. 785.2 del CPC, en la medida que deseche una casación en el fondo por defecto de formalización del recurso, limitación que, empero, la Corte Suprema ha interpretado con progresiva liberalidad; seguidamente, si casa en el fondo, la Corte Suprema puede imponer al imputado una pena más severa que la dispuesta por el fallo invalidado, aunque el recurso haya sido interpuesto por él mismo, porque así lo dispone el art. 548.1; de otra parte, si la Corte Suprema casa de forma, bien de oficio, bien acogiendo recurso, dispone de la misma competencia substitutiva y amplia de segunda instancia a que nos hemos referido al tratar de las potestades de las Cortes de Apelaciones.

Finalmente, por si no bastare, a todo esto se agrega que la Corte Suprema, en razón de lo dispuesto en el art. 79 de la CPE, tiene la superintendencia correctiva plena, de modo que, conforme al art. 540.1 del COT, actuando de oficio, puede modificar o invalidar cualquier clase de resoluciones judiciales, potestad que la Corte Suprema ha ejercido muchas veces en los últimos años en el orden penal.

Me he permitido recordar estos rasgos distintivos del régimen de impugnación de la sentencia definitiva en el Código de 1906, porque el nuevo texto legal promulgado, así como el análisis de las discusiones surgidas durante el proceso legislativo, demuestra que estos grandes temas, que se han descrito, rondaron por los cerebros de los miembros del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, generando graves dudas. Por ende, les pido que tengamos en cuenta los rasgos distintivos del sistema actual, mientras vamos revisando la normativa del nuevo CPP, de modo de constatar, paso a paso, cómo la Reforma ha transformado notablemente el régimen de impugnación de la sentencia definitiva, modificando, podríamos decir, nuestra cultura de las impugnaciones procesales, así como, igualmente, nuestra cultura de potestades de los Tribunales Superiores. En efecto, desde un sistema en que el régimen recursivo excede con mucho el ámbito de las impugnaciones de parte interesada, para constituir, en realidad, un sistema de estricto control del proceso penal, a cargo de los Tribunales Superiores, estamos transitando a un régimen nuevo, en que la impugnación se convierte en un sistema de verdaderos recursos procesales, a cargo y en interés de los intervinientes, privándose a los Tribunales Superiores de las exorbitantes facultades que han ejercido durante un siglo.

## II. Normativa del recurso de nulidad

El CPP contiene un Libro III, destinado al tratamiento de los recursos procesales, que se divide en cuatro títulos. El Título I trata de las disposiciones generales de los recursos procesales, el Título II concierne al recurso de reposición, el Título III se refiere al recurso de apelación y es el Título IV el atinente a las normas especiales del recurso de nulidad.

De manera que, evidentemente, la normativa especial del recurso de nulidad se encuentra, básicamente, en el Título IV del Libro III, esto es, entre los arts. 372 y 387.

Empero, en la gradación normativa, hay que acudir, inmediatamente después de estas normas especiales, a las llamadas Disposiciones Generales que consagra el Título I del Libro III, entre los arts. 352 y 361, las cuales, en mi opinión, no contienen normas que se contradigan con las reglas del Título IV. En cuanto a esta remisión a las Disposiciones Generales del Título I del Libro III, hay que advertir, además, que éste contiene el artículo 359, acerca de prueba de causal de la impugnación, que es atinente, exclusivamente, al recurso de nulidad.

Seguidamente, después de estas Disposiciones Generales del Título I del Libro III, por imperio del art. 361, es necesario acudir, supletoriamente, a las reglas del Título III del Libro II. Como saben, el Libro II del CPP contiene la regulación del procedimiento ordinario, con sus fases de investigación, de APJO y de JO. Las normas a que se nos remite por el art. 361 son las reglas del JO, entre las que se encuentran, por citar algunas de las relevantes a este efecto, las del Párrafo 10º, atinentes a la sentencia definitiva, acto procesal de que hemos tratado en exposición anterior.

Sólo en defecto de las reglas de JO, podemos, en virtud del art. 52 del CPP, acudir a las normas del Libro I del CPC, en que encontramos reglas, por ejemplo, acerca de la vista de la causa, que tienen aplicación sólo en la medida que no se encuentren alteradas por los mandatos del CPP.

Finalmente, en este orden normativo, no podemos olvidar otras reglas del propio CPP que se relacionan con el recurso de nulidad. Así, el art. 399, que establece su admisibilidad respecto de la sentencia definitiva que compete dictar al juez de garantía en el procedimiento simplificado, cuestión que no debe mover a asombro, toda vez que, en ese contexto, el juicio es oral, con la salvedad que es substanciado ante tribunal unipersonal. Lo propio, respecto de la sentencia definitiva en el procedimiento de delito de acción privada, con arreglo al art. 405, en relación con el art. 399. Por

último, conforme al art. 450, el fallo del procedimiento de extradición pasiva es igualmente susceptible del recurso de nulidad, aunque con restricción de causales.

Hay, por último, otro precepto del CPP que concierne al recurso de nulidad, que se encuentra establecido en el art. 165, inserto en la normativa especial de la nulidad procesal penal, que concierne a preparación del recurso de nulidad, como se dirá en su momento, así como a aclarar que es éste el único medio legal que admite que el proceso penal se retrotraiga, en algunos casos, a una fase anterior, lo cual, en general, no puede ocurrir con motivo de la declaración de nulidad procesal penal.

### **III. Cobertura del recurso de nulidad**

Pese a la lingüística un tanto ambigua del art. 372, punto que ha sido reparado por la doctrina, no cabe ninguna duda que la única resolución impugnabile por medio del recurso de nulidad es la sentencia definitiva, sea que ésta se haya dictado en el JO del procedimiento ordinario (art. 372), en el JO del procedimiento simplificado (art. 399), o en el JO del procedimiento de acción penal privada (art. 405 en relación con el art. 399). Adicionalmente, es susceptible del recurso de nulidad la sentencia que resuelve acerca de la solicitud de extradición pasiva (art. 450).

La lingüística del art. 372 es relativamente ambigua, en cuanto dispone que el recurso de nulidad se concede para invalidar el JO y la sentencia definitiva, expresiones que permitirían concebir, en lectura ligera, la impugnación, por esta vía, de determinadas resoluciones dictadas durante el JO. Empero, a partir del saldo de la normativa, no cabe duda alguna que sólo pueden impugnarse las resoluciones judiciales que se han expresado previamente.

Es interesante acotar, en cuanto al procedimiento abreviado, que, conforme al art. 414, "la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnabile por apelación", de modo que dicha resolución no puede ser objeto del recurso de nulidad. Seguidamente, la sentencia definitiva de segundo grado en el procedimiento abreviado, cuyo pronunciamiento compete a la Corte de Apelaciones, tampoco es susceptible de recurso de nulidad.

De otro lado, si se tiene presente que el recurso de nulidad constituye un cierto híbrido entre el recurso de apelación y el recurso de casación, empero con fuerte raíz en este último, es importante también acotar que en



el Código de 1906 eran impugnables por medio de casación de forma las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hicieren imposible su continuación, y, por medio de casación de fondo, las mismas sentencias, en la medida que fueren inapelables y que se hubieren dictado por Cortes de Apelaciones.

Así, v. gr., las resoluciones de primera instancia que dictan sobreseimiento definitivo (art. 408), las que declaran la inadmisibilidad de la querrela por no ser constitutivos de delito los hechos expuestos en ella (art. 102), y la que niega a dar curso al juicio por encontrarse extinguida la responsabilidad penal del imputado (art. 107), eran susceptibles no sólo del recurso de apelación, sino, también, del recurso de casación en la forma, así como las resoluciones de segunda instancia que confirmaban esos pronunciamientos, o que los establecían por vía de revocación o de modificación del fallo de primer grado, eran susceptibles, para ante la Corte Suprema, tanto del recurso de casación en la forma, como del recurso de casación en el fondo (art. 535 en relación con los arts. 766 y 767 del CPC).

En cambio, en el nuevo CPP, no hay ninguna duda en orden a que esos pronunciamientos del juez de garantía (arts. 114, 250 y 271) no son susceptibles de recurso de nulidad de que podría eventualmente conocer la Corte Suprema, según se dirá, sino sólo del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones (arts. 115, 253, 271 y 370).

De este modo, el recurso de nulidad, en cuanto sucedáneo jurídico del recurso de casación, se constituye por el nuevo CPP como un instrumento bastante limitado en su cobertura. Si esta restricción es atinada o no, es cuestión que el tiempo dejará ver en el sentido que corresponda. A mí, en razón de la experiencia práctica, que me ha permitido observar en muchos casos ciertos errores de derecho ostensibles que transcurren llanamente por las dos instancias y que recién pueden superarse en la Corte Suprema, no me parece que la restricción, quizás defendible en teoría, sea razonable en la praxis.

#### **IV. Objeto jurídico del recurso y desembocadura del proceso**

Con arreglo al art. 372, el recurso de nulidad "se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta", de modo que, en evento de acogerse la impugnación, en el fallo del recurso, regulado por el art. 384, quedará declarada la nulidad, en ciertos casos, del juicio oral y de la sentencia definitiva dictada en él, y, en otros casos, sólo de la sentencia definitiva, manteniéndose la eficacia del juicio oral.

Me interesa despejar de inmediato una confusión en que es posible incurrir. Como se sabe, en los vicios que tornan procedente el recurso de nulidad puede incurrirse, alternativamente, durante la substanciación del juicio oral o bien en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, de modo que podría pensarse, en principio, en que si en el vicio se ha incurrido durante la tramitación del juicio oral, entonces habrán de invalidarse éste y la sentencia definitiva, y, en cambio, que si en el vicio se ha incurrido en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, entonces habrá de invalidarse sólo esta última.

Fíjense ustedes que esto podría pensarse no sólo por lógica lineal, sino también porque es éste el criterio que se sigue en el Código de 1906. En efecto, con arreglo al art. 544, en materia de casación de forma ocurre precisamente que si en el vicio se incurre en el pronunciamiento de la sentencia definitiva (causales 9<sup>a</sup>, 10<sup>a</sup> y 11<sup>a</sup> del art. 541), entonces se invalidará el fallo recurrido y se dictará la nueva sentencia que el tribunal ad quem crea conforme a la ley y al mérito del proceso; y, en cambio, si en el vicio se ha incurrido durante la substanciación del juicio, entonces, conforme a los arts. 535 y 544, que remiten al art. 786 del CPC, se invalidará desde luego el fallo bajo examen y se retrotraerá el proceso hasta un estado anterior quedando desde luego anuladas las actuaciones judiciales posteriores al estado de retracción. Ahora bien, tratándose de la casación de fondo, conforme lo previene el art. 535, en cuanto remite al art. 785 del CPC, como en la errónea aplicación de ley penal se incurre en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, entonces es sólo ésta la que queda invalidada, aun cuando, recordemos lo que sabemos, la invalidación plena del fallo es sólo formal, porque, substantivamente, según dispone el propio art. 785 del CPC, la sentencia de reemplazo debe reparar el error de derecho en que se ha incurrido, pero debe atenerse “al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido”, y, además, debe reproducir “los fundamentos de derecho de la resolución casada que no se refieran a los puntos que hayan sido materia del recurso y la parte del fallo no afectada por éste”.

De modo que la cultura impugnativa a que estamos acostumbrados, con el Código de 1906, sigue el criterio lineal: si en el vicio se incurrió durante la substanciación del juicio, entonces quedan anulados el fallo y la parte que corresponda del proceso, y, en cambio, si en el vicio se incurrió en el pronunciamiento del fallo, entonces sólo éste queda anulado.

Este criterio cambia notablemente en el nuevo CPP, porque los arts. 384 a 386 regulan la materia de un modo diferente.

En primer lugar, la regla general consiste en que, en evento de acogerse la impugnación, entonces la Corte debe anular tanto el juicio oral, como la sentencia impugnada, sin que el criterio anulatorio de distinción coincida con el antiguo, o, dicho en otros términos, es perfectamente posible que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento de la sentencia, y, pese a esto, quede anulada no sólo la sentencia, sino adicionalmente el juicio oral.

En efecto, para que proceda sólo la nulidad de la sentencia, perseverando la eficacia del juicio oral, deben concurrir tres requisitos copulativos, el último de los cuales configura, a su vez, tres hipótesis alternativas: a) que la causal de nulidad no se refiriera a formalidades del juicio; b) que la causal de nulidad no se refiriera a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados; c) que la causal de nulidad incida en alguno de los siguientes tipos concretos de vicios: c.1) el fallo califica de delito un hecho que la ley no considera tal; o c.2) el fallo aplica una pena cuando no procediere aplicar pena alguna; o c.3) el fallo impone una pena superior a la que legalmente correspondiere.

Esta norma es muy rica en consecuencias y son muchas las situaciones que pueden plantearse. Empero, por ahora, fíjense ustedes que en todo caso en que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento de una sentencia absolutoria, entonces habrá de anularse tanto dicho fallo, como el juicio oral, por imposibilidad jurídica de cumplir con el tercer requisito de la regla legal de excepción del art. 385, de modo que deberá repetirse el juicio oral en su integridad.

Relativamente al mismo tema, si la sentencia es condenatoria, es perfectamente posible que en el vicio se haya incurrido en el pronunciamiento del fallo y, de todos modos, deba anularse tanto éste como el juicio oral, por ejemplo, en el caso que se haya aplicado una pena diferente a la legalmente procedente, puesto que tampoco se cumple con dicho tercer requisito.

Esta novedad, pese a que resultaba completamente obvia a partir de los arts. 384, 385 y 386.1, el legislador la reitera y aclara, para que su voluntad quede completamente patente, en el inciso segundo de esta última regla: "no será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia".

En segundo lugar, como dijimos, en el Código de 1906 era posible anular el fallo y una parte del juicio, no necesariamente todo éste, puesto que, en el evento que en el vicio se hubiere incurrido durante la substanciación del

proceso, entonces, conforme a lo dispuesto en el art. 544, en cuanto éste remite al art. 786 del CPC, "la misma sentencia que declara la casación determinará el estado en que queda el proceso", sin incorporar restricción alguna, de modo que si, por ejemplo, se había omitido realizar en forma el acto de contestación de la acusación (art. 541 numeral 12º en relación con el art. 448), entonces podía retrotraerse el proceso hasta el estado de evacuarse en forma esa contestación, dividiéndose así el juicio plenario en dos secciones, puesto que éste había comenzado antes con la acusación de oficio y, en su caso, la adhesión o acusación particular del querellante.

En cambio, en la normativa nueva que estamos analizando, no es posible dividir en dos secciones el juicio oral, en términos tales que si procede invalidar, además del fallo, el juicio oral, siempre queda anulado todo éste, debiendo realizarse uno nuevo, como queda claramente establecido en los arts. 384.2 y 386.1, de manera que cuando esta última norma manda que la Corte deberá determinar el estado en que queda el procedimiento, lo manda con esta restricción de necesaria nulidad integral del juicio oral propiamente tal, refiriéndose sólo a cuestiones accesorias, como, por ejemplo, qué ocurre con la prisión preventiva del imputado, que bien puede haberse dispuesto sólo en la fase de juicio oral (art. 142.1).

En tercer lugar, en el sistema del Código de 1906, atendida la amplitud de la regla del art. 544, en cuanto remite al art. 786 del CPC, anulada por casación de forma la sentencia definitiva y parte del proceso, era perfectamente posible invalidar todo el juicio plenario y una parte de la investigación sumarial, reponiéndose la causa, por ende, al estado de ésta, a la investigación sumarial.

En cambio, en el sistema nuevo del CPP, no es posible, nunca, retrotraer el proceso ni a la fase de investigación, ni a la fase de preparación de juicio oral. El CPP es extremadamente consistente en este orden. Conforme al art. 161, como expresé en mi exposición anterior, el CPP predefine, de derecho, la validez de las actuaciones judiciales de la fase de investigación, en el sentido que impide reclamar la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral. Luego, al tratar de los efectos de la declaración de nulidad procesal penal, en el art. 165, el CPP previene que si en la APJO se declara la nulidad de actuaciones de la fase de investigación, nunca se reabrirá ésta, agregando, de otra parte, que ninguna nulidad declarada durante la audiencia del juicio oral permitirá retrotraer la causa a la fase de investigación y ni siquiera a la APJO. En similar orden, si bien el art. 165 dispone que con motivo del fallo del recurso de nulidad podrá retrotraerse la causa a una etapa anterior, ello es sólo en la medida que "correspondiere" y, con



arreglo a las normas de los arts. 384 a 386, sólo es jurídicamente posible declarar la nulidad del juicio oral, a objeto que se realice uno nuevo, pero no es posible regresar, ni a la fase de investigación, ni a la APJO.

Por lo demás, este criterio es muy coherente, desde que la revisión de los vicios que admiten el recurso de nulidad (arts. 373 y 374), ocurre que en todos ellos puede incurrirse durante la tramitación del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, con la salvedad, quizás, del vicio contemplado en la letra c) del art. 374, que puede plantear alguna duda.

## **V. Carácter extraordinario del recurso de nulidad y derivación de limitación de competencia**

No es dudoso que el CPP configure al recurso de nulidad como un medio de impugnación extraordinario, tanto en razón de la limitación de resoluciones reclamables, cuestión ya analizada, como en razón de la limitación de causales de procedencia.

Como se sabe, un recurso es ordinario cuando la ley lo otorga con el objeto de reparar cualquier clase de error del fallo reclamado, bien *in procedendo*, bien *in iudicando*, y sea que se haya incurrido en él durante la substanciación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia.

Por ende, tratándose del recurso ordinario, cuya especie típica es el recurso de apelación, la medida de competencia posible del tribunal ad quem es, en abstracto, la misma medida de competencia posible del tribunal a quo, aunque dicha medida, en concreto, debe circunscribirse a la medida específica del contenido del recurso efectivamente deducido, limitación esta última que, como está dicho, no concurre en el Código de 1906.

Por el contrario, tratándose de un medio de impugnación extraordinario, como queda configurado en el CPP el recurso de nulidad, la medida de competencia posible del tribunal ad quem queda estrictamente limitada al conocimiento y fallo de las causales que lo tornan procedente y se han invocado en la impugnación. Es por ello que el art. 384, al tratar del fallo del recurso de nulidad, establece con palmaria claridad que éste debe pronunciarse acerca de las "cuestiones controvertidas", constituidas por "la o las causales" que se hayan invocado en el acto procesal de interposición, de modo que el legislador fija estrictamente la medida de competencia posible del tribunal ad quem, cuestión propia de todo recurso extraordinario.

## VI. Nulidad oficiosa

Variando enteramente el sistema del Código de 1906, precedentemente descrito, el legislador de la Reforma, por regla general, no admite que el Tribunal Superior, cognoscente del recurso de nulidad, pueda ejercer de oficio las potestades de invalidación del juicio oral y de la sentencia definitiva o sólo de ésta, precisamente porque en el CPP, ahora, el régimen de la impugnación se concibe como un sistema de recursos procesales, a disposición de los intervinientes, para éstos y en interés de éstos, de modo que la competencia se limita al recurso de nulidad interpuesto y a las causales en que se lo ha fundado por el recurrente. No estamos frente a un sistema de control que competa ejercer a los Tribunales Superiores.

Esta regla general se sujeta a una sola excepción, prevista en el art. 379.2 conforme al siguiente texto: "Con todo, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que se hubiere deducido en favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el art. 374".

De manera que la potestad oficiosa se sujeta necesariamente a cinco condiciones, que deben concurrir copulativamente: a) que se hubiere deducido el recurso de nulidad; b) que lo hubiere sido en favor del imputado; c) que en el recurso se haya invocado un motivo de nulidad; d) que concurra un motivo de nulidad distinto del esgrimido por el recurrente; y e) que el motivo concurrente sea uno de los llamados motivos absolutos de nulidad, consagrados por el art. 374.

En torno a esta regla de excepción, me parece que tiene interés comentar algunas cuestiones:

1. Diversamente de cuanto acaecía en el Código de 1906 (art. 535 en relación con el art. 775 del CPC), la potestad anulatoria de oficio sólo puede ejercerse en la medida que la Corte se encuentre conociendo de un recurso de nulidad, de modo que no puede hacerse uso de ellas en el conocimiento de cualquiera incidencia, como lo sería, por ejemplo, el conocimiento en segundo grado de una cuestión accesoria planteada con motivo de la ejecución de la decisión civil del fallo (art. 472).

2. Desaparece el instituto que conocemos como el de la casación de fondo de oficio, precedentemente comentado, puesto que los motivos a que puede acudir la Corte para invalidar oficiosamente son, única y exclusivamente, los consagrados en el art. 374, que no cubren la errónea aplicación del derecho.

3. De la lectura del art. 379.2 queda la impresión que a esta potestad anulatoria oficiosa sólo puede acudir en la medida que la sentencia haya sido condenatoria, puesto que supone que se hubiere deducido recurso a favor del imputado y es posible que tal haya sido la idea del legislador. Empero, esto no es nada de claro. Recuerden ustedes que el CPP, innovando respecto del Código de 1906, ha establecido, en el art. 67, el principio de independencia de la acción penal, respecto de la acción civil, de modo que la sentencia definitiva puede absolver en lo penal y, no obstante, acoger la acción civil, como ocurriría, por ejemplo, si se absuelve en virtud de la concurrencia de una excusa legal absolutoria criminal, como la prevista en el art. 489 del CP. De este modo, el imputado, que, como sabemos (art. 59), es el único sujeto pasivo posible de la acción civil en el proceso penal, bien ha podido plantear el recurso de nulidad en cuanto agraviado por la decisión civil, caso en el cual, en virtud de esta regla, puede terminar con su absolución anulada, debiendo repetirse el juicio oral.

## **VII. Causales generales del recurso de nulidad**

Se encuentran establecidas en el art. 373, disposición que establece dos hipótesis anulatorias, la primera de ellas atinente a la infracción de garantías, y la segunda, a la errónea aplicación del derecho.

El enunciado general de esta regla merece comentario. El precepto establece que, frente a las dos hipótesis que consagra, "procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia", de modo que la norma parece implicar que, frente a esta clase de vicios, habrá de invalidarse tanto el fallo, como el juicio oral, el que habrá de repetirse. Empero esto no es así, porque la regla debe interpretarse de modo coherente y armónico con los arts. 384 a 386, preceptos ya analizados y que, como sabemos, establecen los casos de excepción en que la Corte habrá de anular sólo la sentencia y proceder a dictar otra en reemplazo. Siendo esto así, cuando la norma manda que "procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia", hay que entender que se trata sólo de la mención de la regla general en este orden.

## **VIII. Infracción de derechos o garantías**

La causal concierne al caso en que "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", norma que admite varias consideraciones trascendentes:

1. Como se ha comentado tantas veces, en ocasiones de modo muy crítico, el CPP corresponde a un modelo garantista, quizás exageradamente garantista, y, por ende, se preocupa de cautelar eficazmente su fluido y pleno ejercicio. Es el principio garantista, en su máxima magnitud, el que se expresa en esta regla, en cuanto admite la nulidad del juicio oral y del fallo frente a la infracción de garantías. La voluntad del legislador es patente y no admite duda.

En el sistema del Código de 1906, en el proceso penal que diseña, el control de garantías es exiguo y ambiguo. En efecto, en el examen de apelación, el control de derecho de garantías, por amplio, resulta difuso e ineficaz; y, en casación, por la vía de forma sólo se protegen ciertas garantías específicas y no todas ellas, y, por la vía de fondo, siempre podrá decirse que las normas de garantías no son decisorias de la litis. Y, a más de todo ello, los jueces siempre pueden escudarse en la existencia de una norma legal, eventualmente contradictoria con las reglas de garantías, norma legal que, podrá decirse, en tanto no haya sido declarada inaplicable al caso por la Corte Suprema en virtud del art. 80 de la CPE, debería, en principio, aplicarse. Por consiguiente, el modelo del Código de 1906, como puede explicarse claramente en virtud de la data de su diseño normativo, al menos en sede de recursos procesales, no es protector de las garantías de que se trata.

En cambio, el CPP cambia de raíz este esquema, al erigir la infracción de garantías como un motivo específico de nulidad del juicio oral y del fallo, de modo que los órganos jurisdiccionales, de manera permanente, durante el juicio, habrán de preocuparse de una estricta aplicación de estas garantías.

2. Fíjense ustedes que, pese a que el CPP es garantista, no es siempre consistente en cuanto al tipo de derechos y garantías protegidos.

En efecto, la causal que analizamos concierne sólo a los derechos y garantías constitucionales y a los contemplados en tratados internacionales ratificados y vigentes, excluyendo a los derechos y garantías de rango meramente legal, que no puedan subsumirse en los primeros.

Para demostrar esta inconsistencia, cabe recordar que el art. 10 ordena al juez de garantía preocuparse, incluso de oficio, de las garantías judiciales de orden constitucional, convencional internacional y legal, esto es, las cubre a todas ellas. En evento de imposibilidad de ejercicio de todas ellas, como se sabe, concurre una causal especial de sobreseimiento temporal.



Luego, en materia de nulidad procesal penal, el CPP presume de derecho el perjuicio que es requisito de su declaración por inobservancia de formas procesales, en el art. 160, en evento de impedimento al pleno ejercicio de las garantías constitucionales y legales; adicionalmente, art. 163, en estos casos, se admite la declaración oficiosa de la nulidad procesal penal; y, en el art. 164, en estos mismos casos, impide el saneamiento de la nulidad procesal penal. Pues bien, como puede leerse claramente de la regla del art. 160, quedan excluidas de esta protección los derechos y garantías derivados de los tratados internacionales ratificados y vigentes. No me parece, en una interpretación sistemática, que ellas puedan entenderse incluidas en las reglas constitucionales por la vía del art. 5º de la CPE, porque el Código, en todo momento, las distingue y menciona expresamente.

Seguidamente, en el art. 277, ordena al juez de garantía, con motivo de la APJO, excluir del orden de producción en el juicio oral los medios de prueba que "hubieren sido obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales", originando un problema serio de hermenéutica legislativa, puesto que es preciso determinar el sentido y alcance del vocablo "fundamentales": ¿a qué garantías, entre las tres clases mencionadas, se refiere esta regla? Este mismo problema de interpretación se plantea en el inciso final del art. 334, en cuanto a las actuaciones, documentos y actas que la ley procesal penal prohíbe incorporar al juicio oral para la ponderación judicial.

3. La causal de la letra a) del art. 373 alude tanto a "derechos" como a "garantías", dualidad lingüística que obliga a interrogarse acerca de su implicancia jurídica.

A mí me parece que el único entendimiento lógico radica en acudir a la clasificación de la Teoría General de Derecho, que, sobre la base de Kelsen, luego seguido por muchos, como Zolo y Ferrajoli, distingue entre los derechos justiciables y no justiciables, o, lo que es lo mismo, entre derechos dotados de garantía secundaria y desprovistos de ella. Si el derecho es accionable en juicio, en cuanto el ordenamiento confiere acción jurisdiccional destinada a su protección, entonces constituye una "garantía", y, si ello no es así, se trata simplemente de un "derecho", aunque, en tal evento, en opinión de Zolo, se trate de un derecho virtualmente inexistente.

Siendo así, el legislador de la Reforma, en la letra a) del art. 373, quiso obviar la eventual restricción de causal que podría haberse deducido en el evento que se hubiere limitado a emplear el vocablo "garantías", limitación que sí empleó en los arts. 10, 276 y 334, ya comentados.

4. La referencia de la letra a) del art. 373 puede plantear problemas en cuanto alude a los tratados internacionales ratificados "que se encuentren vigentes", por ejemplo, en el caso de extinción por denuncia de convenciones internacionales, porque no aclara a qué época exige la vigencia, esto es, si la ubica a la época de la sentencia definitiva o a la época de fallo del recurso. Lo dejo simplemente anotado, porque pueden plantearse problemas con motivo de transformaciones políticas que conduzcan a la denuncia de tratados acerca de derechos y garantías.

5. En la infracción de garantías que conduce a la nulidad del fallo, conforme lo establece la letra a) del art. 373, ha podido incurrirse tanto "en la tramitación del juicio" como "en el pronunciamiento de la sentencia".

Siendo esto así, puede tratarse tanto de un vicio *in procedendo*, esto es, de uno cometido durante el procedimiento judicial, como de un vicio *in iudicando*, y, en este último caso, ha podido tratarse tanto de un derecho o garantía sustantivo, como de un derecho o garantía de orden procesal que incida en el pronunciamiento del fallo. Esta circunstancia normativa nos permitiría abocarnos largamente a los derechos y garantías formales y sustantivos que aseguran la CPE y diversos tratados internacionales, entre ellos, como los más caracterizados, la Convención de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, objetivo de suyo interesante, que el tiempo impide abordar.

Quiero simplemente dejar consignado que es probable que esta norma confiera espacio a un perfeccionamiento de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores en lo que dice relación, por ejemplo, con la garantía de reserva de ley en el orden penal, que consagra el inciso final del numeral 3º del art. 19 de la CPE, en cuanto se impide la aplicación de pena si no es por "conducta expresamente descrita" en la ley, norma que, como se sabe, suscita importantes discusiones en cuanto a los requisitos de la garantía, v. gr., en el evento que la ley penal remita a otras fuentes de derecho, como ciertas normas reglamentarias, o consagre elementos imprecisos de la conducta típica. Un perfeccionamiento jurisprudencial en este orden sería, sin duda, muy saludable.

6. No es cualquier infracción de derecho o garantía la que otorga pábulo al recurso de nulidad, desde que la letra a) del art. 373 exige, en la violación, el carácter de "substancial".

De modo que habrá infracciones denunciables en nulidad e infracciones que no son denunciables en esta sede, lo cual conduce a la necesidad de fijar el deslinde crítico, lo que no es fácil. Hay que advertir que este requi-

sito de gradación concierne a la infracción y no a la influencia en lo dispositivo. Sin embargo, me parece que es posible acoger, en este orden, para contribuir a resolver el problema, la doctrina y jurisprudencia que ha recaído en el numeral 26 del art. 19 de la CPE, norma que se conoce como cláusula de seguridad de los derechos constitucionales y que impide a la ley afectarlos "en su esencia", entendiendo que la infracción es "substancial" cuando afecta a la "esencia" o "núcleo" del derecho o garantía.

7. Es de mucho interés práctico hacer presente que, en el caso de esta causal de la letra a) del art. 373, al menos en cuanto en la "infracción substancial" se hubiere incurrido "en la tramitación del juicio", la nulidad no requiere que aquella violación influya en la parte dispositiva de la sentencia, porque este último requisito sólo se contempla para la causal general de la letra b) del mismo precepto, y, en cuanto a otros defectos, se exige en el art. 375, pero sólo en la medida que se trata de "errores de la sentencia recurrida".

La norma es feliz, porque en evento de infracción de derechos o garantías durante la tramitación del juicio, siempre habrá una influencia posible en el fallo, como dice la doctrina, aunque tal influencia sea difícilmente precisable o no se pueda definir en términos precisos y, recurriendo al vocablo de mi anterior exposición, "binarios".

8. Por último, la letra a) del art. 373 alude a infracciones ocurridas en la tramitación "del juicio". ¿Qué hemos de entender por el vocablo "juicio"?

A mí me parece claro que la ley alude sólo a la substanciación del "juicio oral", porque aquel vocablo no puede comprender la "etapa de investigación", desde que ésta no constituye "juicio".

También me parece claro, aunque con menos convicción y admitiendo que mantengo graves dudas, que la ley no se refiere, tampoco, a la APJO, por tres razones. Primero, porque si bien esta audiencia "prepara" el juicio oral, lo cierto es que no lo constituye. Segundo, porque la ley, en los arts. 384 a 386, sólo permite anular y repetir el juicio oral y no su preparación. Y, tercero, porque si durante el juicio oral se declaran nulidades, art. 165, ellas impiden retrotraerse a la APJO, de modo que la sistemática del CPP razona siempre sobre estas bases.

## IX. Errónea aplicación del derecho

La letra b) del art. 373 establece la procedencia del recurso de nulidad en el evento que "en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho errónea aplicación del derecho que hubiere influido substancialmente en lo dispositivo del fallo".

Esta causal de nulidad trae a la memoria de la doctrina, acertadamente, en el contexto de nuestra cultura impugnativa, la institución del recurso de casación en el fondo, consagrado en el art. 546 del Código de 1906, de modo que, en general, es posible extraer cierto provecho de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, labrada durante un siglo. Por consiguiente, quisiera precisar algunos puntos y, seguidamente, referirme a las novedades que esta causal de nulidad presenta en el texto del nuevo CPP.

1. Conforme resulta de la clara letra del precepto, la causal de nulidad concierne a errores en que se haya incurrido "en el pronunciamiento de la sentencia", de modo que no es posible, a través de este motivo, incidir en defectos *in procedendo*, esto es, ocurridos durante la substanciación del proceso penal.

2. La ley exige que se haya incurrido en una "errónea aplicación del derecho", fórmula que, en primer lugar, viene a despejar una confusión en que la doctrina ha puesto énfasis.

En efecto, la antigua casación incide en vicios *in iudicando*, esto es, en aquellos defectos que se cometen en el acto procesal de juzgamiento propiamente tal, que analizamos substantivamente en mi exposición anterior. Pero es preciso tener en consideración, como enseña la doctrina especializada, que basta con que se incurra en defecto de norma decisoria de la litis, lo que no es lo mismo que decir, como se expresa con frecuencia y con ligereza, ley penal de fondo, porque la regla decisoria puede tener carácter substantivo o procesal.

En efecto, tal como lo analizamos en mi exposición anterior, el acto substantivo de juzgamiento se rige por determinadas normas procesales, atinentes tanto a los presupuestos sentenciales, como a la disciplina jurídico procesal del enjuiciamiento de hecho, del enjuiciamiento jurídico de los hechos y de la aplicación, en su caso, de la consecuencia jurídica punitiva. Basta, entonces, con que la norma de derecho infringida sea decisoria de la litis, cualquiera sea su naturaleza jurídica, procesal o substantiva. Esto que estamos diciendo, que es un concepto propio de la casación de origen francés, recogido igualmente en las normativas alemana e italiana, no era

tan claro en la casación de fondo del Código de 1906, desde que éste requería de errónea aplicación de la "ley penal", motivo que daba pábulo a alguna jurisprudencia para restringir la casación de fondo a la infracción de ley substantiva, excluyendo la ley procesal, aunque esta última fuere decisoria de la litis.

3. Como bien se sabe, al art. 546 del Código de 1906 no le basta con una infracción de ley, sino que exige que ésta consista en alguno de los específicos tipos de vicio *in iudicando* que consagra en siete numerales, seis de ellos atinentes a leyes decisorias y uno de ellos correspondiente a leyes reguladoras de la prueba, circunstancia que condujo a la Corte Suprema, varias veces, a declarar la inadmisibilidad de impugnaciones basadas en leyes decisorias de la litis que, no obstante serlo, no calzaban en dichos siete numerales, a lo que se agrega la orientación ritualista y formalista, tan reiteradamente criticada, que el Excmo. Tribunal emplea habitualmente en su hermenéutica.

Este criterio legislativo, que origina diversas disfunciones, desaparece del nuevo CPP, como consecuencia no sólo de esa crítica, sino, también, de la única instancia que compone el juicio oral, desde que la sentencia no es apelable. En el Código de 1906, a lo menos, la sentencia era apelable, de modo que las infracciones de leyes decisorias de litis que no calzaran en las siete causales precisas del art. 546, podían haber sido denunciadas en apelación. En el nuevo CPP, al abrogarse la apelación de la sentencia definitiva, se imponía la eliminación de esta restricción, como ocurrió.

4. En lo que concierne al concepto de "errónea aplicación" de la norma de derecho, parece claro que cubre las hipótesis tradicionales de casación, esto es, aquella en que al caso no se aplica una regla que debió aplicarse, se aplica una norma inaplicable, o bien, seleccionándose correctamente la norma, se la aplica inadecuadamente.

5. Particular interés tiene la novedad legislativa, en cuanto a la letra b) del art. 374 le basta la infracción "del derecho", omitiendo la clásica restricción a "la ley", de manera que a la nulidad es bastante con que se haya aplicado erróneamente una norma constitutiva de "derecho", cualquiera sea la jerarquía y tipo de la fuente jurídica.

Sería en extremo ambicioso abarcar en esta exposición las diferentes consecuencias que conlleva la novedad legislativa que estoy comentando. Quiero simplemente referirme a la relevancia práctica que ella presenta desde la perspectiva de la norma reglamentaria, cuya denuncia en casación de fondo, pese a que se la pretendiera subsumir, probablemente con

acierto en muchos casos, en la ley reglamentada, fue siempre rechazada por la Corte Suprema, hasta donde tengo conocimiento de la jurisprudencia.

La cuestión no es menor, en más de una óptica. En la vida moderna, la norma jurídica reglamentaria adquiere una creciente y enorme importancia, de modo que es muy frecuente que los tipos penales aludan o conciernan a elementos que, en definitiva, quedan decididos por normas reglamentarias, de modo que la circunstancia de vedar la denuncia de su infracción, directa o indirecta, en casación de fondo, aunque resulte ser decisoria de la litis, es un criterio particularmente escaso de razonabilidad. En similar orientación, piensen ustedes en los llamados tipos penales abiertos, en que la descripción del legislador contiene un elemento típico normativo, en que, conforme a la doctrina más contemporánea, es preciso determinar la antijuridicidad de la conducta, análisis en que juegan todas las fuentes de derecho, entre ellas, la norma reglamentaria.

6. A la letra b) del art. 374 no le basta con la errónea aplicación del derecho, sino que exige que ella constituya la causa eficiente del contenido de la decisión del fallo, o, como establece el precepto, que aquélla "hubiere influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia". Es fácil advertir que, en este orden, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema permite encontrar una sólida base a partir de la cual puede aplicarse la exigencia legislativa, que no es novedosa.

No está de más, sin embargo, recordar tres cosas.

Primero, que la influencia debe ser "substancial", esto es, categórica, clara, concreta, de modo que, a no mediar el error, la decisión hubiere sido una diversa.

Segundo, que la decisión distinta ha de ser una que favorezca los intereses del recurrente, desde la perspectiva de las argumentaciones y peticiones que ha planteado en el juicio oral, puesto que si la decisión hubiere sido distinta, pero perjudicial a su posición procesal, entonces no concurre el agravio que el art. 352 exige como presupuesto de todo recurso procesal.

Y, tercero, que la influencia en lo dispositivo debe ser real y efectiva y no meramente posible, distinción que efectuamos recién, ya que la ley exige que el error en cuestión "hubiere influido". No basta la influencia meramente potencial. Me gustaría disponer de más tiempo para tratar de las consecuencias prácticas de esta variable, que son muchas.



## X. Motivos absolutos de nulidad

El art. 374, recogiendo una institución que es propia del derecho alemán, establece un conjunto de vicios, unos *in procedendo* y otros *in iudicando*, que denomina "motivos absolutos de nulidad", en el sentido que, frente a su concurrencia, "el juicio y la sentencia serán siempre anulados", de modo que la Corte, en principio, como se verá, no puede emitir una opinión discrecional acerca de si se trata o no de un defecto sancionable en esta sede.

Como cuestiones generales, interesa destacar que, pese al enunciado de la regla, tal como decíamos en torno al art. 373, no habrá siempre nulidad tanto del juicio oral, como de la sentencia, desde que, en el caso que regula el art. 385, sólo quedará anulado el fallo y se dictará otro de reemplazo. Piénsese, por ejemplo, en una sentencia condenatoria que viole la cosa juzgada penal (art. 374 letra g), en que es perfectamente posible que concurren las condiciones del art. 385.

Interesa también destacar que, pese a los perentorios términos del enunciado del art. 374, no siempre la nulidad será la consecuencia del vicio, pese a que concurra alguno de los mencionados en el art. 374, toda vez que, conforme al art. 375, "no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva". El legislador no ha sido muy feliz, desde que pareciera legislar antinómicamente en el art. 374 y en el art. 375. Sin embargo, en una interpretación sistemática, hay que entender que si en el motivo absoluto de nulidad se ha incurrido en la sentencia definitiva (que no es el caso de todos los que consagra el art. 374) y tal motivo no influyere en lo dispositivo, pues no habrá nulidad.

Este entendimiento es coherente con el que prima actualmente en la jurisprudencia alemana, que no tengo tiempo de abordar, así como con el que inspira a la jurisprudencia costarricense, que, como se sabe, es la nación latinoamericana en que el juicio oral ha tenido un desarrollo más exitoso.

Pero todavía falta hacer presente que es distinta la terminología del art. 375, respecto de la que emplea la letra b) del art. 373. En efecto, en este último caso la ley exige que el vicio "hubiere influido substancialmente en lo dispositivo", con lo que se requiere, como dijimos, que la influencia haya existido en términos tales que la decisión hubiere sido necesariamente una distinta de la adoptada. En cambio, al art. 375 le basta con que el defecto "influyere en la parte dispositiva", disminuyéndose, entonces, el rigor de la exigencia, lo cual tiene lógica, atendidos los tipos de vicios que consagra el art. 374. Lo demás quedará a la jurisprudencia, porque es obvio que esta regla planteará varios problemas.

## **XI. Defecto de competencia, integración, habilidad, acuerdo o asistencia**

Este defecto, similar a los previstos en las causales de los numerales 7º, 8º y 9º del art. 541 del Código de 1906, aprovechará sin duda la jurisprudencia que a su respecto se ha dictado por los Tribunales Superiores.

Comentemos un par de novedades.

La alusión al juez de garantía no se explica por la participación de éste en cuanto contralor de la etapa de investigación, ni en la APJO, todo ello dentro del procedimiento ordinario, sino, exclusivamente porque, como hemos dicho, es susceptible del recurso de nulidad la sentencia definitiva que le compete pronunciar en el procedimiento simplificado y en el procedimiento de acción penal privada.

Finalmente, la ley cautela la exigencia en orden a que el juez que pronuncia la sentencia ha debido, previamente, asistir al juicio oral.

## **XII. Asistencia continuada al juicio oral**

La causal de la letra b) del art. 374 está destinada a cautelar estrictamente la exigencia de asistencia continuada al juicio oral que imponen los arts. 284 a 286 a los jueces, el fiscal y el defensor.

## **XIII. Impedimento al defensor**

Como en el sistema del nuevo CPP cobra especial relevancia el control de los jueces, denominado horizontal, esto es, a cargo de los intervinientes, entonces la causal de la letra c) del art. 374 está destinada a cautelar que el defensor haya podido ejercer efectivamente las facultades que el ordenamiento legal le otorga.

Como antes dije, esta causal presenta el problema hermenéutico, que dejo simplemente apuntado, en el sentido de resolver si concierne a defectos que hubieren podido ocurrir durante la etapa de investigación y en la APJO, o si sólo se refiere al juicio oral.

## **XIV. Publicidad y continuidad del juicio**

La letra d) del art. 374 cautela estrictamente el cumplimiento de las normas sobre continuidad y publicidad del juicio oral, contempladas en los arts. 282, 283 y 289.

## **XV. Omisión de cumplimiento de requisitos de la sentencia**

La letra e) del art. 374 sanciona con la nulidad a la sentencia definitiva que omitiere cumplir con requisitos legales, pero limitándolos a los dispuestos por las letras c), d) y e), del art. 342, esto es, a las consideraciones de hecho y apreciación probatoria, consideraciones de derecho y decisión.

A este efecto, puede aprovecharse buena parte de la frondosa jurisprudencia dictada en similar orden por nuestros Tribunales Superiores, a propósito de la causal del numeral 10º del art. 500 del CPP.

## **XVI. Congruencia fáctica y jurídica**

La letra f) del art. 374 está destinada a cautelar las exigencias de congruencia fáctica y jurídica de la sentencia, materias que abordé latamente en mi exposición anterior.

## **XVII. Cosa juzgada**

La letra g) del art. 374 tiene por objeto impedir la infracción de la regla de cosa juzgada.

A este respecto, es importante recordar simplemente la relación con la norma del art. 1.2, en el sentido que “la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Fíjense ustedes que las expresiones de esta regla legal permiten resolver los problemas que la institución de la cosa juzgada penal había causado durante la operatoria del Código de 1906.

En primer lugar, no es cualquier clase de juzgamiento el que permite invocar la cosa juzgada, sino tan sólo la sentencia definitiva, sea ésta condenatoria o absolutoria, y el sobreseimiento definitivo. Se excluye, por ejemplo, el pronunciamiento acerca de extradición pasiva y el fallo de un recurso de amparo.

En segundo lugar, no es cualquier clase de sobreseimiento definitivo el que permite operar a la cosa juzgada, lo cual digo en principio, porque la regla me merece dudas, sino que debe tratarse de un sobreseimiento definitivo personal, que incida en una persona determinada, criterio que se orienta en la línea de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, que me parece en extremo discutible. Bajo este entendimiento, se exclu-

ye, por ejemplo, la autoridad de cosa juzgada de la causal de sobreseimiento definitivo de la letra a) del art. 250.

Y, en tercer lugar, hay claridad en el sentido que los requisitos de operatoria de la excepción de cosa juzgada penal inciden en la identidad de persona y de hecho punible. Esta última cuestión plantea todos los problemas propios de la determinación de identidad del hecho, a que aludí en mi exposición anterior, y que ha debido resolver la Corte Suprema en muchos casos. Por ejemplo, tratándose de un sujeto condenado por el delito de amenazas, que, luego, en virtud de la misma conducta suya, es condenado por tentativa de homicidio. O el problema del sujeto condenado por un juzgado de policía local por conducción bajo influencia alcohólica, que luego, en razón de la misma conducta suya, es condenado por el delito de manejar en estado de ebriedad causando daños o lesiones. En fin, hay muchos ejemplos discutibles que se han presentado en la amplia casuística.

### **XVIII. Procedencia por exclusión de pruebas**

Como ustedes recordarán, es al juez de garantía a quien compete resolver acerca de la exclusión y reducción de pruebas, conforme a los arts. 276 y 277, sobre la base de criterios analizados en su momento. El juez de garantía define los medios de prueba que deberán rendirse efectivamente en el juicio oral por medio del auto de apertura del juicio oral (art. 277 letra e). Pues bien, esta resolución, salvo en un caso por el fiscal, no es susceptible de recurso, y, por otra parte, su contenido no puede ser alterado por el tribunal de juicio oral, salvo el caso del art. 336.

Empero, el art. 277 se encarga de hacer constar que todo ello es sin perjuicio de la procedencia del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva del juicio oral, de modo que si la decisión sobre exclusión o reducción infringe, por ejemplo, las mínimas garantías de prueba, procederá el recurso de nulidad en razón de lo previsto en el art. 373 letra a).

### **XIX. Invariabilidad de causales**

Conforme al art. 379.2, una vez interpuesto el recurso de nulidad, no es posible invocar nuevas causales de invalidación, criterio que no es novedoso entre nosotros, tratándose de un recurso extraordinario.

### **XX. Preparación del recurso**

Conforme lo dispone el art. 377, sólo en el evento en que el vicio que es objeto del recurso de nulidad incide en una norma legal de carácter proce-



sal, es condición de admisibilidad del recurso que quien lo entabla hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto en cuestión.

También encontraremos importante asidero en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores, bastante frondosa en este orden. Recordemos, simplemente, que con arreglo al inciso final del art. 165, "la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado".

El art. 377 consagra las situaciones excepcionales en que no es exigible a la admisibilidad la preparación previa del recurso de nulidad, en términos similares a los que conocemos en nuestro actual ordenamiento, agregando dos motivos novedosos: a) cuando se tratare de alguno de los motivos absolutos de nulidad del art. 374; y b) cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto.

## **XXI. Interposición del recurso de nulidad**

Conforme al art. 372.2, el recurso de nulidad debe interponerse siempre por escrito, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral y dentro del plazo, que es fatal, de diez días, contado desde la notificación de la sentencia definitiva.

Luego, con arreglo al art. 378, el escrito de interposición debe consignar sus fundamentos y las peticiones concretas que se someten al fallo del tribunal, debiendo expresarse separadamente la fundamentación de cada causal de nulidad.

También aclara el art. 378, convenientemente, que puede invocarse una pluralidad de causales, bien en forma conjunta, bien en forma subsidiaria. La norma es loable, porque resuelve claramente un problema que venía causado por una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de casación, de legalidad bastante dudosa.

## **XXII. Efectos de la interposición de recurso**

La materia se halla regulada por los arts. 379.1 y 355, aplicándose este último supletoriamente. En síntesis, si la sentencia recurrida es condenatoria, se suspenden sus efectos. En todo otro caso, no se suspende la ejecución de la decisión.

### **XXIII. Admisibilidad y concesión por el tribunal a quo**

Con arreglo al art. 380, una vez interpuesto el recurso de nulidad, corresponde al tribunal a quo resolver acerca de su admisibilidad, pero la inadmisibilidad sólo puede decidirse por interposición extemporánea o por no ser susceptible del recurso la decisión impugnada.

La decisión de inadmisibilidad es recurrible de reposición dentro de tercer día. En mi opinión, si esta decisión es adoptada por un juez de garantía, es además apelable (art. 370 letra a), debiendo plantearse la apelación en subsidio de la reposición. En cambio, si la decisión es adoptada por un tribunal de juicio oral, es inapelable (art. 364).

En todo otro caso, el recurso debe ser concedido, art. 381, y el tribunal remitirá a la Corte que corresponda copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia de juicio oral o de las actuaciones determinadas que se hayan impugnado y del escrito de interposición.

### **XXIV. Tribunal competente**

Conforme a lo dispuesto por el art. 376, la competencia para conocer del recurso de nulidad corresponde, por regla general, a la Corte de Apelaciones respectiva.

Excepcionalmente corresponde a la Corte Suprema en los siguientes casos:

- a) si el recurso se fundare en la causal prevista en la letra a) del art. 373;
- b) si el recurso se fundare en la causal de la letra b) del art. 373 y respecto de la materia de derecho que es objeto del mismo existen distintas interpretaciones sostenidas en diferentes fallos de Tribunales Superiores; pero, en este caso, art. 378.3, el recurrente debe indicar con precisión los fallos correspondientes y acompañar copia de ellos o de sus publicaciones en texto íntegro;
- c) si el recurso se fundare en una pluralidad de causales y una de ellas corresponde a la competencia de la Corte Suprema;
- d) si se han deducido varios recursos contra la misma sentencia y al menos uno de ellos corresponde a la competencia de la Corte Suprema.

Esto es sin perjuicio de lo que dispone el art. 383.

## **XXV. Ingreso del recurso al tribunal ad quem. Apertura de plazo**

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 382, una vez ingresados los antecedentes a la Corte, ésta debe abrir un plazo de cinco días, que es fatal, para que los demás intervinientes: a) soliciten declaración de inadmisibilidad; b) formulen observaciones por escrito; o c) se adhieran a él; esta adhesión debe contar con los mismos requisitos de la interposición y su admisibilidad se resuelve de plano.

## **XXVI. Decisión de admisibilidad del tribunal ad quem**

Una vez transcurrido el precitado plazo fatal, el tribunal ad quem debe pronunciarse, en cuenta, acerca de la admisibilidad del recurso de nulidad, pudiendo declararlo inadmisibile en los siguientes casos: a) interposición extemporánea; b) insusceptibilidad del recurso de la resolución impugnada; c) carencia de preparación del recurso; d) carencia de fundamentos de hecho y de derecho; y e) carencia de peticiones concretas.

## **XXVII. Eventual abstención de decisión de admisibilidad**

En el evento que el recurso se hubiere deducido para ante la Corte Suprema, el art. 383 consagra ciertas situaciones en que debe abstenerse de decidir sobre admisibilidad, debiendo remitir, al efecto, los autos a la Corte de Apelaciones respectiva:

- a) si el recurso se fundare en la letra a) del art. 373 y la Corte estimare que, de ser efectivos sus fundamentos, concurriría un motivo absoluto de nulidad del art. 374;
- b) si el recurso se fundare en la letra b) del art. 373 y la Corte estimare que no existen interpretaciones divergentes o que, existiendo, la divergencia no es determinante para la decisión de la causa;
- c) si lo dicho concurre en algún caso de pluralidad de causales o de recursos.

## **XXVIII. Eventual producción de prueba en audiencia**

Conforme a lo dispuesto en el art. 359, el recurrente puede rendir prueba acerca de los hechos constitutivos del motivo de nulidad planteado en el recurso, pero siempre que la haya ofrecido en el escrito de interposición.

En tal caso, la prueba debe producirse en la audiencia de vista del recurso de nulidad, conforme a las reglas que rigen para su recepción en el juicio oral.

### **XXIX. Pronunciamiento del fallo del recurso de nulidad**

Conforme a lo dispuesto por el art. 358, una vez concluido el debate en la vista del recurso, la Corte pronunciará su sentencia de inmediato o en un día y hora que será anunciado a los intervinientes en la misma audiencia, plazo que, conforme a lo dispuesto en el art. 384.1, no puede exceder de veinte días. El fallo será redactado por el ministro que la Corte designare al efecto y la disidencia o prevención por su autor.

### **XXX. Ambito de decisión del recurso**

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 360, la Corte debe limitar su pronunciamiento a las solicitudes de los recurrentes, quedándole estrictamente vedado extender su decisión a cuestiones no planteadas por los recurrentes o más allá de las peticiones concretas formuladas por éstos.

Esta regla general tiene sólo dos excepciones: a) el caso de ejercicio officioso del art. 379, ya estudiado; y b) el caso que exista pluralidad de imputados y un solo recurrente y los fundamentos del recurso no sean personales del recurrente, en cuyo caso el fallo aprovechará a los demás; pero si los otros imputados han recurrido también y no hubieren planteado el fundamento respectivo, entonces no se aprovechan del fallo.

### **XXXI. Prohibición de reforma empeorando**

Con arreglo al art. 360, si un solo interviniente recurre, la Corte no podrá modificar el fallo en su perjuicio. Si otros recurren, evidentemente podrá ocurrir ese perjuicio, pero dentro del ámbito del recurso respectivo.

### **XXXII. Contenido del fallo del recurso de nulidad**

Según lo dispone el art. 384, el fallo debe tener los siguientes contenidos: a) exposición de los fundamentos que sirvieran de base a su decisión; b) pronunciamiento acerca de todas las cuestiones controvertidas, a menos que el recurso fuere acogido, en cuyo caso basta una causal de nulidad; y c) declaración de si es nulo o no el juicio oral y la sentencia o si sólo es nula la sentencia, en el caso del art. 385.

### **XXXIII. Casos de nulidad de sentencia y procedencia de fallo de reemplazo**

Ya hemos analizado los casos en que sólo debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida, debiendo la Corte proceder a dictar sentencia de reemplazo.

En este evento, en la medida que sólo puede concurrir en tanto la causal de nulidad no se refiriere a los hechos y circunstancias que se dieron por probados, parece evidente, aunque la ley no lo dispone expresamente, que el fallo de reemplazo debe estarse a esos hechos y circunstancias establecidos en el fallo anulado.

Es evidente, también, que al fallo de reemplazo le afecta la disciplina procesal, de hecho y de derecho, de que se trató en la exposición anterior.

En los demás casos, la Corte debe anular tanto la sentencia recurrida, como el juicio oral, y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para la repetición del juicio oral. Hay que repetir el juicio oral y dictar un nuevo fallo.

La nueva sentencia que se dicte no es susceptible de recurso alguno, a menos que la anulada haya sido absolutoria y la segunda haya sido condenatoria, en cuyo caso procede el recurso de nulidad, conforme a las reglas generales.

Ahora bien, ¿cuál es el efecto del contenido del fallo de nulidad en el fallo del segundo juicio oral? La ley no lo aclara y el punto es dudoso. Me reservo el análisis para otra ocasión, en la que espero tratar, también, de la posibilidad jurídica de impugnación del establecimiento de los hechos por medio del recurso de nulidad, cuya supuesta imposibilidad, difundida ampliamente por la publicidad oficial de la Reforma, en mi concepto, no se ajusta a derecho, constituyendo una doctrina equivocada, de graves consecuencias.

Por último, el fallo del recurso de nulidad no es susceptible de recurso alguno.

