

(Ir)racionalidad y (des)proporcionalidad del sistema recursivo penal: Tres ejemplos

Ignacio Barrientos Pardo*

Introducción:

Esta ponencia, presentada en el Congreso que da origen a este libro, parte de una afirmación que procuraré fundar en las secciones siguientes: El sistema recursivo penal chileno carece, en determinados aspectos que se analizan separadamente, de racionalidad y proporcionalidad.

En el presente trabajo se cuestionará la racionalidad instrumental del sistema recursivo en dos sentidos: 1) La aplicación restringida de la prohibición de *reformatio in peius*, y; 2) La falta de control jurisdiccional de las decisiones de los tribunales orales y de garantía respecto de las decisiones sobre medidas de la Ley N° 18.216.

Por último, se analizará la proporcionalidad de la sanción procesal del abandono del recurso en caso de incomparecencia del recurrente. En este trabajo se reflexionará concretamente sobre la situación del imputado que producto de la omisión o negligencia de su defensor se ve privado del derecho al recurso.

1.- Racionalidad y proporcionalidad del sistema recursivo procesal penal

El procesalista italiano Michele Taruffo afirma que hay dos sentidos de racionalidad de la ley procesal: racionalidad como coherencia de la ley procesal y racionalidad como funcionalidad (o racionalidad instrumental).¹

La racionalidad como coherencia exige algunas propiedades que si están presentes permiten evaluar positivamente un sistema procesal. Estas propiedades, entre otras, son: a) *el orden*, esto es, la secuencia en la cual vienen reguladas las actividades procesales y las relaciones entre normas generales y especiales; b) *la unidad*, es decir, la existencia de un contexto único con un núcleo de normas fundamentales y, en lo posible, con pocas normas especiales; c) *la plenitud*, v. gr. una ley procesal que regule todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales, dejando un margen mínimo a la fantasía de los intérpretes, y; d) *la simplicidad* que dice relación con la claridad de la regulación procedimental.²

Probablemente desde esta perspectiva se podría juzgar positivamente el resultado del Código Procesal Penal y las leyes adecuatorias. Se regulan las relaciones entre normas generales y especiales; indudablemente el Código Procesal Penal (en adelante CPP) es “La” ley procesal para el ejercicio del *ius puniendi* y para la defensa de los derechos de los intervinientes; se trata, en términos relativos, de un texto de fácil comprensión, redactado para que sea entendido por el ciudadano medio.

Para sustentar la opinión que ya he adelantado me valdré, entonces, del concepto de racionalidad instrumental. Este concepto requiere que la regulación procedimental sirva adecuadamente a los fines de la administración de justicia. Dentro de estos fines, Taruffo menciona, la actuación de la ley penal en el caso particular, la formulación de decisiones justas y la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados.³ Podemos, asimismo, decir que los fines enunciados pueden ser considerados los fines de la administración de justicia penal en Chile.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Asesor Jurídico de la Defensoría Regional de Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado “Derechos Fundamentales”, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de la Universidad Católica del Norte y de la Universidad de Antofagasta.

¹ TARUFFO, Michele. “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”, *Doxa* N° 22, 1999, p. 311.

² TARUFFO, “Racionalidad”, cit. nota n. 1, p. 312.

³ TARUFFO, “Racionalidad”, cit. nota n. 1, p. 312.

Es aquí donde, para juzgar su racionalidad, corresponde observar la instrumentalidad de las normas procedimentales que existen en nuestro ordenamiento en relación con la finalidad (o finalidades) del sistema procesal. Entonces, para establecer si el proceso penal chileno es racional debemos preguntar, si éste se desarrolla en un plazo razonable; si contempla normas probatorias idóneas que permitan una decisión fáctica acertada; si comprende instrumentos que promueven o garantizan la realización efectiva de los derechos, o; si contempla remedios para el control tocante a la justicia de las decisiones.

Por su parte, la proporcionalidad es un principio jurídico usado extensivamente en el continente europeo y cada vez más en el nuestro, que está conformado por un conjunto de criterios o sub-principios que permiten medir y sopesar la licitud o corrección de todo género de medidas o actuaciones restrictivas de las libertades o derechos. Estos sub-principios son: el de utilidad o idoneidad, el de necesidad de la intervención y el de proporcionalidad *stricto sensu*. Una determinada medida o actuación infringirá el principio de proporcionalidad: por inútil, si apreciada, a priori, se muestra absolutamente incapaz para lograr la consecución del fin propuesto; por innecesaria, si existen de manera evidente otras alternativas menos gravosas e, igualmente, eficaces; por desequilibrada o desproporcionada en sentido estricto, si genera de manera patente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos, bienes o intereses en conflicto.

Sobre las bases conceptuales y teóricas enunciadas brevemente abordaré los, que me parecen, ejemplos de irracionalidad y desproporcionalidad en el sistema de recursos penales en Chile, a saber: la aplicación restringida de la prohibición de *reformatio in peius*; la inexistencia de recursos contra la sentencia, dictada en juicio oral o en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, que no concede beneficios de la Ley N° 18.216, y; la existencia y aplicación de la sanción de abandono del recurso por incomparecencia del abogado defensor.

2.- Aplicación restringida de la Prohibición de *Reformatio In Peius*

María Inés Horvitz Lennon señala que esta garantía consiste en la interdicción que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso, de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella sólo hubiese sido recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor. Su finalidad inmediata consistiría, según esta autora, en impedir que el imputado sea perjudicado sorpresivamente por una resolución sin que haya podido defenderse de aquellos extremos de la misma que lo afectan. Admite que si bien esta prohibición no está planteada legislativamente como expresión particular del derecho de defensa del imputado, en cuanto se acepta también que beneficie a las partes acusadoras, no se debe olvidar que en cuanto garantía sólo puede jugar a favor del imputado.⁴

Es sabido que una de las principales características del nuevo régimen de recursos establecido en el CPP es la eliminación del recurso de apelación en el juicio oral. Esta eliminación está determinada por la exigencia, propia de un procedimiento oral, controversial y público, que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces orales realizan en el juicio.

El legislador para cumplir el mandato constitucional del debido proceso y los tratados internacionales incorporados al ordenamiento nacional creó el recurso de nulidad respecto de los juicios orales, simplificados u ordinarios. Este recurso procede, tanto si se trata de errores *in procedendo* o de errores *in iudicando*.⁵ La regla general, en cuanto a los efectos que produce la

⁴ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1° Reimpresión, Santiago de Chile, 2005, pp. 237-238.

⁵Una sentencia puede contener errores de juicio o de actividad, lo que la doctrina procesal denomina errores *in iudicando* y errores *in procedendo* (vicio de actividad o defecto de construcción). Los primeros, son errores de derecho que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea. Los

resolución que acoge el recurso, es la nulidad de la sentencia y del juicio oral, salvo los casos excepcionales del art.385 del CPP, únicos en que procede la dictación de sentencia de reemplazo.⁶

En la actualidad, la prohibición de la *reformatio in peius* está consagrada dentro de las disposiciones generales que regulan los recursos en el CPP, específicamente en el inciso final del artículo 360 que dispone que “si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformatarla en perjuicio del recurrente”.

Con esta norma nuestro país se puso al día con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y con los modelos existentes en el Derecho Comparado y, además, con la propia legislación procesal civil, dado que la reforma en perjuicio es una institución proscrita en el Código de Procedimiento Civil.

Si recurrimos al tenor literal del art. 360 del CPP podríamos concluir que la prohibición de *reformatio in peius*, se aplica solamente cuando estamos frente a una sentencia de reemplazo, vía apelación o nulidad conforme el art. 385. Cuando el recurso de nulidad acogido deviene en la realización de un nuevo juicio dicha norma no es aplicable, por el uso categórico de la expresión Corte y por lo dispuesto en el artículo 386 del CPP.

2.1. ¿Cuál es el verdadero alcance del art. 360 inciso 3° CPP?

La doctrina procesal ha señalado respecto del 360 inciso 3° del CPP, que a pesar que la prohibición de *reformatio in peius* es doctrinaria y jurisprudencialmente una garantía que pretende evitar el perjuicio del imputado ante su exclusiva actividad recursiva, la ley procesal chilena recepciona esta institución en términos más amplios viéndose beneficiada incluso la parte acusadora.⁷

Entendida así la disposición comentada parece tener mucho sentido. Sin embargo, a continuación pongo en duda el aserto del párrafo precedente. En mi opinión, esa interpretación del artículo 360 inciso 3° no tiene, con la interpretación restringida que se le da, aplicación práctica ni relevancia para protección de los derechos de los intervinientes supuestamente favorecidos con su incorporación en el sistema procesal penal.

Propongo el siguiente ejercicio interpretativo que, espero, demostrará mi afirmación:

Imaginemos un recurso de nulidad del Ministerio Público, el querellante o la víctima. El acusador o la víctima deduce recurso de nulidad frente a una sentencia absolutoria o una sentencia condenatoria que recalifica el hecho e impone una pena inferior a la solicitada en la acusación, que rechaza la concurrencia de agravantes o que reconoce atenuantes, sin perjuicio de la posibilidad de invocar infracción de garantías constitucionales.

En estos casos la única posibilidad que tiene la Corte es disponer la nulidad de la sentencia y del juicio oral. Nunca habrá sentencia de reemplazo. No la puede haber, de acuerdo al diseño procedimental. En consecuencia, tratándose de recurso de nulidad del Ministerio Público o de los otros intervinientes recién indicados nunca la resolución que acoja un recurso de nulidad implicará, ante la Corte, una posibilidad de *reformatio in peius*, pues, insisto, ésta no puede dictar sentencia de reemplazo.

segundos, en cambio, nacen de la inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución *in omittendo*), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución *in faciendo*), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe. Ver a este respecto sentencia C-252 de 28 de febrero de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁶ Conviene recordar que el sistema procesal penal anterior establecía expresamente, en los arts. 528 y 548 del Código de Procedimiento Penal, la posibilidad de la *reformatio in peius*, al señalar el primer precepto que “aún cuando la apelación haya sido deducida por el procesado podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante”. A su vez, el art. 548 del mismo texto señalaba, respecto del recurso de casación, que “en los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso deducido en interés del condenado, podrá aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada”.

⁷ Ver: HORVITZ LENNON, *Derecho*, cit. nota n.4, pp.237-238.

Ahora bien, *imaginemos un recurso de nulidad de la defensa*. En este caso, la regla general es también la nulidad de la sentencia y del juicio oral, salvo en los casos del art. 385 del CPP en que habrá sentencia de reemplazo. Pero lo importante es que el art. 385 permite la dictación de sentencia de reemplazo solamente para absolver o para rebajar la pena impuesta. Es decir, por aplicación de esta disposición nunca podrá haber *reformatio in peius*. La Corte no puede dictar una resolución (sentencia de reemplazo) que agrave la situación del imputado recurrente no sólo porque lo diga el inciso 3° del art. 360 del CPP, sino porque el art. 385 no se lo permite. Una vez más el diseño procedimental se impone.

En los demás casos en que recurra la defensa la consecuencia procesal inmediata sólo puede ser la nulidad de la sentencia y del juicio.

Con lo expuesto anteriormente se demuestra que el art. 360 inciso 3° no tiene prácticamente aplicación respecto del recurso de nulidad, a pesar que se trata de una norma común a todos los recursos. O dicho en otros términos, la actual forma de interpretarlo no permite llegar a un resultado útil. La verdad sea dicha, el único caso en que en realidad tendría sentido la prohibición de *reformatio in peius* es en el del segundo juicio, cuando este se logra por impugnación de la defensa.

La cuestión que surge, me parece, es la siguiente, ¿qué sentido tiene la incorporación del art. 360 inciso 3° del CPP? ¿Para qué sirve la prohibición de *reformatio in peius* en el recurso de nulidad? Sabido es que todo intérprete debe siempre buscar una interpretación útil a las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y convencionales, especialmente en materia derechos y garantías fundamentales. En consecuencia, la única posibilidad que el art. 360 tenga algún sentido práctico, desde una perspectiva estrictamente constitucional y procesal, es que su aplicación se entienda extendida al juicio de reenvío.

De lo contrario, estaremos frente a una institución incorporada a nuestro sistema procesal penal como gran novedad, cuya pretensión de proteger la actividad recursiva no se concreta, y termina siendo una norma meramente declarativa, un *verdadero adorno procesal*, que no se aplica a la principal vía impugnatoria -recurso de nulidad- de una sentencia definitiva en el procedimiento ordinario y simplificado.

2.2. Casos de “*reformatio in peius*”

Durante el tiempo de vigencia del Código Procesal Penal son varios los casos en que un imputado ha visto agravada en el segundo juicio su situación procesal, como consecuencia de su propia actividad recursiva. Como se verá con los casos que se reseñan a continuación, existe un largo y nutrido historial de *reformatio in peius* en el nuevo sistema procesal penal.⁸

El 2005 en la causa RIT N° 17-2005, RUC 0400047000-2 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, el acusado J.U.R.O. fue condenado, por sentencia de 8 de julio, a la pena 4 años de presidio menor en su grado máximo por el delito de lesiones gravísimas. La defensa interpuso recurso de nulidad por la causal del art. 373 letra e) del CPP. La Corte patagónica el 24 de agosto de 2005 en el Rol N° 48-2005 decidió anular el juicio por la causal invocada. En el nuevo juicio el acusado fue condenado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo.⁹

⁸ La información sobre la que se redactó esta sección me fue proporcionada por varios abogados de la Defensoría Penal Pública. Lo consignado en este capítulo responde a casos que de manera, muchas veces traumática, han ido configurando la notable experiencia forense de defensores desde Arica a Punta Arenas. Mis especiales agradecimientos a Andrés Rieutord, Rafael Alvarado, José Luis Craig, Michelle Petit-Laurent, Paz Urra, Mario Vargas, Víctor Providel, Gabriel Miranda, Marcela Werlinger, Eduardo Camus, Alejandro Viada y José Guillermo Mendoza, quienes me enviaron los fallos o algún dato interesante con los que pude estructurar este capítulo. Agradezco también a todos quienes, rápida y gentilmente, respondieron mi apresurada petición electrónica sólo para responder que no conocían ningún caso.

⁹ La sentencia del juicio de reenvío fue dictada el 10 de octubre de 2005.

El 24 de diciembre 2005 el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó, en causa RIT N° 73-2005, RUC 0500250108-4, sentencia contra J.P.Q.Q. condenándolo a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito frustrado de robo con intimidación. Se recurrió de nulidad por la causal del art. 373 letra b) y 374 letra f), acogiéndose la primera. La Corte de Apelaciones de Santiago en el Rol N° 24-2006, estimó que había un error en la calificación del hecho por el cual se había condenado al acusado y adhirió a la tesis sustentada por la defensa que el hecho debía ser calificado como de menor entidad. En consecuencia, dispuso "que se dicte una nueva [sentencia] por el tribunal no inhabilitado que corresponda". Enviados los antecedentes al tribunal no inhabilitado, este decidió realizar un nuevo juicio, Rol N° 162-2006, y condenar al imputado a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio.¹⁰

Probablemente uno de los casos más conocidos es el del ejecutivo bancario J.A.T.B., que por sentencia de 13 de septiembre de 2006, fue condenado, en la causa RIT N° 273-2006, RUC 00600170079-9, del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, a 7 años de presidio mayor en grado mínimo por el delito continuado de violación y a 4 años de presidio menor en su grado máximo por el delito continuado de abuso sexual. Contra esta sentencia la defensa recurrió por infracción de garantías constitucionales y falta de fundamentación. La Corte Suprema el 17 de enero de 2007, en la causa Rol N° 6112-2006, acogió el recurso por la causal subsidiaria del art. 374 letra e) del CPP, ordenando la nulidad del juicio. En el segundo juicio el acusado fue condenado a las penas de 10 años y un día como autor del delito de violación reiterada y de 3 años y un día como autor del delito de abuso sexual.¹¹

En la causa RIT N° 19-2006, RUC 0500234830-8 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 24 de marzo de 2006 se condenó a I.A.T.M. a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo como autor de homicidio simple y a la pena de 60 días de prisión en su grado máximo por lesiones menos graves, sin beneficios de la Ley N° 18.216. La defensa recurrió de nulidad fundado en los motivos absolutos del art. 374 letra e) y c) del CPP. Se solicitó la nulidad de la sentencia y del juicio oral pues el tribunal no había motivado la no concesión de la libertad vigilada. La Corte de Apelaciones de San Miguel, acogiendo lo señalado por la defensa en cuanto a la falta de motivación respecto del beneficio, anuló la sentencia y el juicio oral por sentencia de fecha 5 de mayo de 2006, Rol N° 338-2006. En el segundo juicio, por sentencia definitiva de fecha 19 de junio de 2006 se condenó al acusado a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de homicidio simple y a multa de una UTM, como autor del delito de lesiones leves, lo que hizo absolutamente improcedente la concesión de algún beneficio.

El año 2007 en la causa RIT N° 56-2007, RUC 0500655952-4, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó por sentencia de 17 de abril de 2007 al acusado M.A.E.M. a la pena 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el delito de violación. La defensa se alzó interponiendo recurso de nulidad por la causal del art. 373 letra b) del CPP. La Corte rancagüina el 10 de julio de 2007 en el Rol N° 233-2007 decidió anular por la causal del art. 374 letra e), en ejercicio de la autorización del art. 379 inciso 2°. En el segundo juicio, al que se arribó por ejercicio de la facultad oficiosa de la corte, el acusado fue condenado a la pena de 15 años de presidio mayor en su grado máximo.¹²

¹⁰ La defensa, inicialmente, considerando que el fallo era conveniente para los intereses del imputado, pero que erraba en disponer la dictación de una nueva sentencia por un tribunal no inhabilitado, no emitía la propia corte la sentencia de reemplazo que correspondía y tampoco ordenaba un nuevo juicio, presentó un recurso de aclaración, el que fue rechazado. Dada la gravedad de la situación, una vez concluido el nuevo juicio, por sentencia dictada el 2 de agosto de 2006, con una pena notoriamente más severa, y en razón que por el art. 387 inciso 2° del CPP no podía recurrir de nulidad contra la segunda sentencia, interpuso recurso de queja para intentar revertir la situación. Este recurso fue rechazado por sentencia de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de septiembre de 2006, Rol N° 1480-2006.

¹¹ La sentencia del juicio de reenvío se dictó el 9 de abril de 2007.

¹² La sentencia del nuevo juicio se emitió el 25 de agosto de 2007.

El 2 de mayo de 2009 en la causa RIT N° 71-2008, RUC 0700985863-0, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, M.D.R.N. fue condenado a la pena 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de violación. La defensa dedujo recurso de nulidad por la causal del art. 374 letra e) del CPP. La Corte de La Serena el 24 de junio de 2009 en el Rol N° 143-2009 anuló el juicio oral. En el segundo juicio, el acusado fue condenado a la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo.¹³

En Temuco el año 2010 en causa Rol N° 21-2010, RUC 0900071443-4, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de dicha ciudad, fue condenado, mediante sentencia de fecha 30 de marzo, el acusado P.J.R.R. a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo por el delito frustrado de homicidio simple. Contra la sentencia se interpuso recurso de nulidad por la causal del art. 374 letra e). La Corte de Apelaciones en causa Rol N°251-2010, con fecha 11 de mayo de 2010, acogió el líbello de la defensa y anuló el juicio. En el juicio de reenvío el acusado fue condenado por el mismo delito a la pena de 4 años de presidio menor en su grado máximo.¹⁴

Finalmente, el 15 de abril de 2010, en el caso conocido como el de la Pastora Aymara, el Tribunal de Juicio Oral de Arica en causa RIT N° 221-2009, RUC 0710014873-5, condenó a G.C.B.B. a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el delito de abandono de menor con resultado de muerte. La defensa entabló recurso de nulidad por infracción de garantías constitucionales y fundamentación insuficiente. La Corte Suprema remitió el recurso a la corte ariqueña y ésta, con fecha 30 de agosto de 2010, Rol N° 158-2010, anuló parcialmente por la causal del art. 374 letra e). En el segundo juicio la acusada fue nuevamente condenada por el mismo ilícito, esta vez a la pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio.¹⁵

Los casos reseñados anteriormente demuestran que la tesis planteada en esta ponencia tiene como contrapartida la más absoluta realidad, es decir, existen imputados que por el ejercicio de un derecho vieron menoscabada su situación procesal, siendo ellos, paradójicamente, quienes pusieron en marcha los mecanismos productores de ese perjuicio.

Además del agravamiento punitivo que afecta directamente al imputado que recurrió creyendo que podía ver aliviada su situación procesal, existe otro efecto que se proyecta sobre la conducta de los defensores, que podría llamarse *inhibición o retraining impugnatorio*. Este efecto actúa como disuasivo, ya que los defensores, conscientes del defecto normativo que denunciarnos, no aconsejarán o no decidirán, por temor, recurrir pidiendo la nulidad del juicio oral.

Esta *inhibición impugnatoria* también es real. En febrero del año 2007 se realizó una rápida encuesta a nivel nacional en que se consultó a todos los defensores, institucionales y licitados, dependientes de la Defensoría Penal Pública (en adelante DPP), para que indicasen los casos en que no habían deducido un recurso de nulidad en que correspondía pedir la nulidad del juicio por temor a que, de anularse el primer juicio, la sentencia del segundo fuese más severa o no concediese los beneficios dispuestos en la primera.

Los resultados fueron los siguientes: De un total de 166 defensores que respondieron la encuesta, 125 señalaron que nunca habían estado en esa situación; 41 contestaron afirmativamente, esto es, que no habían deducido recurso pidiendo la nulidad del juicio oral por temor. Estos 41 defensores representan el 24% de los defensores encuestados. Como muchos de los defensores señalaron más de un caso, por lo que el total de casos en que no se ha interpuesto recurso de nulidad por temor a que en el segundo juicio se impusiese una pena más severa aumentó a 75, lo que en términos porcentuales significó (transformado cada caso en un imputado) un 45% del total de imputados representados por los defensores encuestados.

¹³ La sentencia del segundo juicio fue leída el 16 de diciembre de 2009.

¹⁴ La sentencia del juicio de reenvío se dictó el 23 de junio de 2010.

¹⁵ La sentencia del segundo juicio fue leída el 11 de octubre de 2010.

2.3. La Corte Suprema y la aplicación restringida de la prohibición de *reformatio in peius*

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, en causa RIT N° 26-2010, RUC 0900387823-3, condenó el 30 de marzo de 2010 a C.W. S.A. a la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, como autor de los delitos consumados de violación y abuso sexual reiterados, más la penas accesorias correspondientes. Contra esta sentencia la defensa interpuso un recurso de nulidad sustentado de manera principal en la causal del artículo 374 letra c), del Código Procesal Penal y, en subsidio, en el artículo 374 letra e), del mismo cuerpo normativo.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en Rol N° 134-2010, por resolución de 25 de mayo de 2010 acogió la causal principal impetrada, retrotrayendo el procedimiento al estado de realizarse una nueva audiencia de preparación de juicio oral. La Corte ordenó al Juez de Garantía la incorporación al auto de apertura del juicio oral del fiscal de la causa como testigo y de un oficio dirigido por éste al Fiscal Regional en que se pedía autorización y fundaba la decisión de no perseverar principalmente por la existencia de contradicción entre lo declarado por la víctima y lo informado por el médico legista, lo que según el fiscal, cuyo testimonio se ofrecía, afectaba la credibilidad global del relato. El tribunal de alzada dispuso además que en caso de resultar nuevamente condenado el acusado, el nuevo tribunal debería tener presente la prohibición de hacer más gravosa la situación jurídica del imputado.¹⁶

Contra esta resolución el Ministerio Público presentó recurso de queja, el que fue declarado inadmisibles. No obstante, la Corte Suprema decidió ejercer de oficio sus facultades disciplinarias de oficio.

El máximo tribunal con fecha 2 de septiembre de 2010, en Rol N° 4012-2010, dispuso dejar sin efecto la resolución de 25 de mayo, ordenando la realización de una nueva vista del recurso de nulidad. Para resolver lo anterior, señala

“QUINTO: Que lo propio acontece al delimitar las facultades del tribunal oral, restringiendo las prerrogativas de que están investidos para, entre otras materias y en el evento de dictar un fallo condenatorio, determinar el quantum de la pena, impidiéndole sancionar al imputado a una pena más gravosa a aquella determinada en el juicio anulado, en todo caso, inferior a la requerida por el Ministerio Público.

¹⁶ Antes de esta resolución la Corte de Antofagasta ya había acogido el planteamiento de la defensa en cuanto a la aplicación extensiva de la prohibición de *reformatio in peius*. Se trata de la resolución emitida en la causa Rol N°227-2009 que acogió un recurso de nulidad deducido por la causal subsidiaria del art. 374 letra e). En esta causa la Primera Sala de la Corte dijo en el considerando séptimo: “Que de otro modo, la facultad de recurrir se estableció para todos los intervinientes agraviados por ella, y a propósito del ejercicio de este derecho, el tribunal tiene una limitación que recoge el principio de la *reformatio in peius* y que consiste en la prohibición de extender el efecto de la decisión de los recursos a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites solicitados, consagrado dogmáticamente en el artículo 360 del Código Procesal Penal. [...] Además, el sistema procesal penal respeta el principio del “doble conforme” que representa el derecho de todo imputado a pedir la revisión de una sentencia condenatoria, de manera que a propósito de este recurso no es posible agravar su situación, plasmada en la sentencia impugnada, pues de lo contrario representa una presión psicológica que merma el derecho a recurrir; todo lo cual también está reconocido en los tratados internacionales suscritos por Chile en esta materia, artículo 8 N° 2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y dogmáticamente en el artículo 385 del Código Procesal Penal, cuando no permite a la Corte de Apelaciones dictar un fallo más gravoso. [...] En consecuencia, frente a la posibilidad de una nueva sentencia condenatoria, el Tribunal Oral en lo Penal deberá tener presente las limitaciones de no agravar la pena impuesta, según la sentencia que se anula, impidiendo una infracción a estos dos principios, sobre todo si se considera que la sentencia condenatoria que se dicta de conformidad al artículo 387 del Código Procesal Penal, no será susceptible de recurso alguno y la presente impugnación la efectuó el imputado y no el Ministerio Público”.

SEXTO: Que, en este sentido, cuando el tribunal de alzada participa de propia iniciativa, en un asunto que no está en la esfera de sus atribuciones, se inmiscuye en el normal desenvolvimiento del proceso, sobrepasando la competencia que le acuerda el sistema procesal y, de paso, afecta su imparcialidad”.¹⁷

El único fundamento que emplea la Corte Suprema respecto de la aplicación extensiva de la prohibición de *reformatio in peius* es que el tribunal de alzada antofagastino se excedió en el ejercicio de sus atribuciones, esto es, sobrepasó la competencia que le acuerda el sistema procesal.¹⁸

No es posible encontrar en la sentencia de la Corte ninguna otra justificación o fundamento, ni mucho menos algún análisis de la institución, pese a los planteamientos doctrinarios efectuados por la defensa.

La actitud del Ministerio Público y de la Corte Suprema chilena en este caso contrasta absolutamente con lo actuado y resuelto por el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo español, respectivamente. En sentencia del Tribunal Supremo ibérico de 9 de febrero de 2001 se acoge un recurso de casación fundado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la indefensión y del principio acusatorio. Concretamente se estimó que la sentencia recurrida incurrió en infracción a la prohibición de reforma peyorativa.

El caso español es el siguiente: La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia condenó al acusado el 23 de septiembre de 1997 por tres hechos. Por el Hecho 1º lo condenó como autor de un delito de falsedad en documento oficial y mercantil y una falta de estafa a las penas de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses con cuota de 200 pesetas/día por el delito y tres arrestos de fin de semana por la falta. Por el Hecho 2º a las mismas penas. Por el Hecho 3º la misma pena para el delito de falsedad, y por el delito de estafa en tentativa un año de prisión. Contra la sentencia la defensa recurrió de casación, acogiéndose por el Tribunal Supremo el libelo impugnatorio el 21 de septiembre de 1998. Reenviada la causa al tribunal *ad quem*, la misma Sección de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó nueva sentencia el 6 de noviembre de 1998 imponiendo las siguientes penas: Por el Hecho 1º, por el delito de falsedad tres años y tres meses de prisión y multa de 500.000 pesetas y por la falta de estafa la pena de diez días de arresto menor. Por el Hecho 2º las mismas penas. Por el Hecho 3º por el delito de falsedad la pena de un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses a razón de 200 pesetas/día y por el delito de estafa en tentativa un año de prisión.

El Tribunal Supremo dictaminó el 9 de febrero de 2001, sentencia 153-2001, fallando el recurso contra la segunda sentencia de la Audiencia Provincial, que:

“Evidentemente, la necesidad de motivar la pena, no puede dar lugar a un fallo diferente y peor para el recurrente condenado con quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución, ya que se está en un caso de *reformatio in peius* por vía de retorno pues el empeoramiento de la situación penal del recurrente se ha producido en el marco de un único recurso de casación instado por el condenado en denuncia de falta de motivación, que al resultar estimado debiera dar lugar a nueva devolución de la causa al juzgador de origen para la subsanación correspondiente”.¹⁹

¹⁷ Sentencia dictada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

¹⁸ Por resolución de 22 de noviembre de 2010, Rol N° 134-2010, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en una segunda vista del recurso, rechazó el libelo interpuesto por la defensa. Se dedujo recurso de queja el que fue declarado inadmisibles.

¹⁹ En otros párrafos de la sentencia de 9 de febrero de 2001 el Tribunal Supremo expresa que: “La regla de la interdicción de *reformatio in peius*” exponente de un principio general del Derecho Procesal constituye una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, la agravación de la pena al recurrente, realizada ex officio sin que se le haya dado la posibilidad de ejercitar el derecho de defensa, tiene una dimensión constitucional que desemboca en el conjunto de derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución a través de diversas vías como son la prohibición de indefensión

Además del análisis de la institución comentada, se advierte de la lectura del fallo español que el Ministerio Fiscal se allanó totalmente a la petición de la defensa, calificando incluso la *reformatio in peius* como “de retorno”, toda vez que por el efecto de un recurso de casación instado por el condenado, al serle admitida su pretensión, este se ve condenado en la nueva sentencia dictada por la Audiencia a penas superiores a las que había motivado su inicial impugnación.

2.4. Irracionalidad de una aplicación restringida de la prohibición de *reformatio in peius*

La prohibición de *reformatio in peius* tiene un objetivo contradisuasivo, esto es, pretende lograr que nadie se abstenga de impugnar un fallo que estima injusto por el temor de ser penado de un modo más severo. Si bien, como hemos dicho más arriba, la interdicción consagrada en el art. 360 inciso 3° del CPP aparece restringida a los recursos denominados *de reforma*, resulta necesario plantear seriamente que su aplicación debe incluir el nuevo juicio derivado del acogimiento de un recurso deducido por la defensa. Hay varias razones para este aserto.

En otro trabajo he sustentado lo que he llamado la *tesis de la maximización de la eficacia del derecho al recurso*²⁰. No pretendo repetir todos los argumentos que he resumido en apoyo de esta tesis y que pueden ser consultados en dicho texto, pero sí me ocuparé de las principales irracionalidades que conlleva la aplicación restringida del instituto analizado.

Me parece que no es racional, desde el concepto de racionalidad instrumental que alienta este trabajo, una aplicación restringida de la garantía comentada, pues lejos de promover la actividad recursiva la somete a consideraciones estratégicas o de precaución, que no se avienen con la finalidad de intentar obtener, por sobre todo, sentencias justas. Tampoco resulta racional ni razonable que se establezca un mecanismo defensivo que finalmente termine hiriendo a quien lo levanta. Como diría Cafferata Nores, las púas de puercoespín están hacia afuera porque su finalidad es servir de defensa, y no para lastimar a su portador.²¹ En definitiva, la irracionalidad instrumental del sistema recursivo en relación con la aplicación de la prohibición de *reformatio in peius*, deriva en el socavamiento de la facultad de los imputados para impugnar una sentencia, ya que debido al temor de ver agravada su situación procesal en un segundo juicio, producto de su propia actividad, se ven compelidos a no recurrir.

El diseño de una institución procesal, si bien no tiene porque alentar su empleo, no debe desincentivar o inhibir su uso. El afectado por una sentencia que estima injusta puede decidir no recurrir para no arriesgarse a perder lo ya ganado en el juicio. En consecuencia, poner de cargo del

del art. 24.1° de la Constitución Española, cuando se produce en la segunda instancia una condena de empeoramiento, sin haberse dado al recurrente condenado la posibilidad de conocer los motivos de impugnación de la sentencia recurrida y de defenderse de ellos; también resulta afectado el régimen de garantías procesales y de los recursos, por entenderse que forma parte de el una limitación de los poderes decisorios del Juez superior, y, finalmente la misma idea de tutela judicial efectiva de derechos e intereses del impugnante queda lesionada cuando precisamente la discrepancia de éste con la sentencia dictada produce el efecto perverso de empeorar su situación produciendo unos resultados en contradicción clara con los intereses del recurrente. En tal sentido pueden citarse diversas resoluciones del Tribunal Constitucional --SSTC 84/85 de 8 de Julio, 186/87 de 23 de Noviembre, 115/86 de 6 de Octubre, 15/87 de 11 de Febrero, 17/89 de 30 de Enero y 153/90 de 15 de Octubre, entre otras--. [...] En nuestro derecho positivo la prohibición de la reforma peyorativa tiene su reflejo, precisamente en relación al recurso de casación en el orden penal en el art. 902 LECriminal al preceptuar que si la Sala casa la sentencia en virtud de motivo fundado en Infracción de Ley, dictará a continuación, pero separadamente la sentencia que procede conforme a derecho sin más limitación que la de "...no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente en caso de solicitarse pena mayor...".

²⁰ Ver: BARRIENTOS PARDO, Ignacio. “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio -ir por lana y salir trasquilado-. *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 9, 2007, pp. 175-207. En este trabajo se desarrollan en extenso los argumentos de que permiten sostener la corrección de la *tesis de la maximización de la eficacia del derecho al recurso*.

²¹ CAFFERATA NORES, José, “La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío”, *Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales (¿Contradicción o Equilibrio?)*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2002, p. 93-94.

acusado el riesgo de ver agravada su situación tiene el efecto de transformar en ilusorio e ineficaz el derecho al recurso y, por añadidura, el derecho de defensa. Asimismo, resulta arbitrario o ilógico concederle al acusado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que, por el ejercicio de dicha facultad y sin existir recurso de la parte acusadora, su situación procesal se vea empeorada, colocándolo en la disyuntiva de correr el riesgo o consentir una sentencia que se considera injusta.

En segundo término, un buen argumento que manifiesta lo irracional de la interpretación actual del art. 360 inciso 3° del CPP es aquel que formula lo ilógico que resulta aceptar que el acusado pueda recurrir y verse perjudicado por su propia actividad recursiva. Así es como se señala que carece de razonabilidad pensar que se pueda “ganar para perder”, o sea que el condenado, único recurrente, gane su recurso, logre la anulación de la condena en su contra, consiga un nuevo juicio y, como paradójico resultado de su triunfo, vea empeorada su situación inicial, pues la nueva condena terminará siendo más grave que la anulada, gracias a su exclusivo impulso.

En tercer lugar, no puede aceptarse que el sistema de recursos penales se construya sobre la base de que quien ejerza el derecho a impugnar termine cargando sobre su espalda el riesgo de “perder pan y pedazo”. Pensar que un sistema recursivo puede construirse sobre esa base, es olvidar que el Derecho aspira a instaurar un régimen de libertad y seguridad, que en el caso en cuestión debe implicar que la prohibición de *reformatio in peius* reposa en la necesidad de garantizar al imputado la tranquilidad de recurrir. El libre ejercicio del derecho al recurso sólo existe cuando el condenado está completamente seguro que el recurso que intentará nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia condenatoria recurrida, siempre que estemos frente a ausencia de actividad recursiva del acusador. La existencia de algún peligro consistente en la posibilidad de que la impugnación deducida sólo en su favor pudiera terminar empeorando su situación, importaría además un serio condicionamiento al derecho al recurso contra una sentencia condenatoria, lo que desnaturalizaría su contenido y alcance.

Por último, no debe olvidarse que los recursos son medios defensivos. Con esto quiero decir, probablemente algo que puede leerse como muy obvio. Para la defensa la finalidad específica de los recursos es la obtención de una ventaja o un resultado más favorable para el imputado. En este sentido, cuando el recurso se interpone por la defensa el objetivo no es otro que obtener la modificación de la sentencia en su favor, sin correr ningún riesgo. Si esa finalidad es un aspecto esencial del contenido del derecho al recurso y de su ejercicio, en cuanto pone en marcha el control jurisdiccional de las decisiones de los tribunales inferiores, no es aceptable que con motivo de un recurso y a falta de impugnación del Ministerio Público, se pueda agravar, perjudicar o empeorar la situación del recurrente, contrariando precisamente el objeto defensivo del recurso.

Con lo dicho, estoy consciente, no agoto la “batería de irracionalidades” que derivan de una formulación y aplicación restringida de la institución comentada. Sin embargo creo que apunto a las más evidentes.

2.5 Propuesta de solución. Modificación e interpretación finalista

Sin duda, la vía más segura para resolver este nudo del sistema procesal chileno es la modificación legal, que incorpore un texto que extienda los efectos de la prohibición de *reformatio in peius* al segundo juicio. La modificación legal debe asegurar el ejercicio libre del derecho al recurso, desprovisto de cualquier riesgo. Por ello, el texto que propongo es el siguiente:

“Artículo 360 bis. Prohibición de reforma en perjuicio en el juicio de reenvío: Cuando el recurso ha sido interpuesto sólo por el imputado, o en su favor, en el juicio de reenvío no se podrá imponer una sanción más grave que la impuesta en la sentencia anulada, ni desconocer los beneficios que en esta se hayan acordado.”

Mientras no opere una modificación del texto legal, creo que la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los tribunales orales y de garantía tienen el deber de adoptar medidas de derecho interno que aseguren el efectivo acceso al recurso y que no disuadan de recurrir a los justiciables que se estiman perjudicados por una resolución judicial por el temor de ver empeorada su situación por su propia actividad. Los tribunales debieran comprender que la aplicación extensiva de la prohibición de la *reformatio in peius* es necesaria para que el proceso penal sea sustancialmente legítimo. Hoy ello no ocurre, y nos conformamos con la aplicación de una norma que contradice de manera evidente el sentido común. ¿Alguien puede sostener que el imputado en cuyo favor se recurre quiere jugar al todo o nada, como en los programas que prometen ser millonarios?

Por ello, es necesaria una interpretación que procure el cumplimiento de la finalidad de la institución–garantía que se analiza, considerando que se trata no sólo de interpretar una norma legal, sino un elemento que integra el contenido esencial de un derecho constitucional.²²

3.- Inexistencia de recursos contra la sentencia que no concede beneficios de la Ley N° 18.216

En la actualidad en la mayoría de las regiones del país no existe la posibilidad real de impugnar la no concesión de beneficios cuando esta decisión se adopta en un juicio oral, ordinario o simplificado o en un procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad. Intentaré, a continuación, reseñar cómo se produce la clausura al recurso en esta materia.²³

El artículo 25 de la Ley N° 18.216 en su versión anterior a la Ley N° 19.806 de 2002 (Ley Adecuatoria) disponía lo siguiente: “Sin perjuicio de las reglas generales sobre apelación y consulta, el condenado también podrá apelar de la decisión denegatoria o revocatoria de los beneficios que establece esta ley, caso en el cual el tribunal de alzada sólo se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del beneficio.”

El actual artículo 25 de la Ley N° 18.216 señala que: “La decisión revocatoria de los beneficios que establece esta ley será apelable ante el tribunal de alzada respectivo”, con lo que veda, en términos generales, la apelación contra la sentencia que deniega el cumplimiento alternativo de la pena. A ello hay que agregar que por aplicación del art. 364 del CPP las resoluciones del tribunal oral

²² Para la aplicación de un criterio de interpretación finalista al caso concreto, ver: BARRIENTOS, “Prohibición”, cit. nota n. 20, pp. 202-205. Un argumento que debe apoyar una interpretación finalista es la regulación de la prohibición de la *reformatio in peius* en el Estatuto de Roma. Como se sabe la Corte Penal Internacional es la institución con competencia para ejercer jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. El artículo 83 del Estatuto señala en su numeral 2 lo siguiente: “La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá: a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia. [...] A estos efectos, la Sala de Apelaciones podrá devolver una cuestión de hecho a la Sala de Primera Instancia original para que la examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla. El fallo o la pena apelados únicamente por el condenado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo”. Esta norma dispone, pues no existe excepción expresada, que la prohibición rige incluso cuando la Sala de Apelaciones dispone la celebración de un nuevo juicio. Si esta es la solución respecto de los delitos de genocidio y lesa humanidad, ¿acaso no resulta racional pensar que debe ser la forma de abordar la extensión de la interdicción de reforma peyorativa en el plano interno en relación con ofensas menos graves? Agradezco a Pedro Casanueva haberme llamado la atención sobre este punto.

²³ El defensor penal juvenil de Puerto Montt Héctor Benavides Silva, me hizo llegar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que con fecha 21 de diciembre de 2009, Rol N° 521-2009, acogió un recurso de nulidad deducido por la causal del art. 373 letra b) del CPP. La corte estimó que se incurrió en una errónea aplicación del art. 4 letra c) de la Ley N° 18.216 y dictó acto seguido sentencia de reemplazo concediendo el beneficio de remisión condicional de la pena. Este fallo, junto a la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rompe la uniformidad jurisprudencial que se puede observar en este tema a nivel nacional y alienta a esperar más resoluciones en idéntico sentido.

son inapelables y que el que art. 372 contempla el recurso de nulidad como único medio para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o sólo esta.

Por su parte, el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, permite llegar a una sola conclusión: no es admisible el recurso de nulidad cuando lo que se pretende cuestionar es la no concesión de los beneficios de la Ley N° 18.216.²⁴ En términos muy resumidos la doctrina de la Corte Suprema²⁵ sobre la impugnabilidad de la sentencia definitiva en aquella parte que dice relación con las medidas o beneficios alternativos es la siguiente:

1. Lo concerniente al otorgamiento o no de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216 no forma parte de la sentencia definitiva del proceso penal, cuyo fin es determinar la inocencia o culpabilidad de un acusado.
2. Que no puede superar el examen de admisibilidad un recurso de nulidad que pretenda cuestionar la no concesión de beneficios, pues siendo dicho instituto de derecho estricto sólo procede por las causales expresamente señaladas en la ley y en contra de las resoluciones que por su naturaleza lo hacen procedente.
3. Que si bien las cuestiones relativas a beneficios alternativos se resuelven y se consignan materialmente en la sentencia condenatoria, no participan del carácter de sentencias definitivas, ya que no deciden el asunto que ha sido objeto del pleito, sino tan solo determinan un aspecto adjetivo del mismo.²⁶

En consecuencia, en la situación actual, respecto del no otorgamiento de beneficios de la Ley N° 18.216, el condenado por sentencia definitiva, dictada en juicio oral, ordinario o simplificado o en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, no puede recurrir de nulidad ni de apelación. Como se puede observar, la clausura a la vía recursiva es tanto legal como jurisdiccional.

3.1 Esfuerzos realizados para lograr la impugnabilidad de la sentencia que no concede beneficios

En esta sección haré una breve relación de los esfuerzos que ha desplegado la Defensoría Penal Pública para cuestionar la no concesión de beneficios de la Ley N° 18.216.

En noviembre del año 2006 la Defensoría Regional de Antofagasta emprendió, con el apoyo de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional, la tarea de requerir del Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del art. 11 de la Ley N° 19.806, que había modificado el art. 25 de la Ley N° 18.216.

La historia del requerimiento es a grandes rasgos la siguiente:

En causa RIT N° 77-2006 del Tribunal de Juicio Oral de Calama F. F.P.A., a quien favorecía, entre otras, la atenuante de irreprochable conducta anterior, fue condenado a la pena de tres años y un

²⁴ Los llamados “beneficios de la Ley N° 18.216” son medidas alternativas de cumplimiento de las penas privativas de libertad, a saber: la remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y la libertad vigilada. En este texto, por ceñirnos a la práctica forense, seguiremos empleando esa terminología.

²⁵ Ver sentencias de la Corte Suprema: Rol N° 5594, 06/10/87; Rol N° 27.085, 0/01/90 (en Gaceta Jurídica, 1990, N° 115, p.59); Rol N° 27.666, 12/03/90 (en Gaceta Jurídica, 1990, N° 118, p. 48); Rol N° 28.507, 13/09/91 (en Gaceta Jurídica, 1991, N° 136, p. 84); Rol N° 1960-98, 13/08/98; Rol N° 1985-04, 08/07/04; Rol N° 5097-04, 06/12/04; Rol N° 1782-05, 31/05/05; Rol N° 1317-06, 28/03/06 (texto completo de la sentencia que se confirma en Lexis Nexis, Número identificador 34028).

²⁶ Una excelente investigación acerca del origen de este criterio jurisprudencial y su carencia absoluta de logicidad y sustento legal se puede encontrar en MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “Algunos Aspectos Procesales de la Ley 18.216”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 10, 2008, pp. 63-103. Este artículo tuvo su origen en una solicitud de informe en Derecho realizada por el Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública, siendo respondida el 1 de septiembre de 2007.

día de presidio menor en su grado máximo, más las penas accesorias del caso, por el delito de apropiación indebida, no concediéndosele la libertad vigilada. El Tribunal Oral no le concedió la libertad vigilada por las siguientes razones (párrafo tercero y cuarto del considerando 19° de la sentencia):

“En relación con el acusado, [...], se incorporó informe presentencial que concluye que en virtud de la evaluación realizada el imputado requiere de acciones de tratamiento intensivas e individualizadas de índole terapéutica conducentes al logro de su reinserción social, concluyéndose que un tratamiento en el medio libre no resultaría eficaz, por lo que no se sugiere el ingreso del imputado a la medida alternativa de Libertad Vigilada.

La defensa, incorporó igualmente, informe social del imputado que señala que éste cuenta en la actualidad con ingresos económicos mínimos para su subsistencia, por lo que no está en condiciones de satisfacer la multa establecida para el delito. Se acompañaron, además ocho certificados de honorabilidad emitidos por particulares y diversas instituciones, que indican que el acusado es una persona responsable, comprometida, trabajadora y con valores éticos.” (Subrayado nuestro).

Como se puede apreciar del párrafo anterior, en la audiencia del art. 343 del CPP, conocida como de determinación de pena, se incorporaron materialmente, esto es, por escrito, el informe presentencial, informes sociales y certificados. No hubo rendición de prueba testimonial ni pericial.

El fundamento del requerimiento partía de la base que el art. 11 de la Ley N° 19.806 y el art. 25 de la Ley N° 18.216, no cumplían con el mandato constitucional y supranacional de revisión judicial, al impedir cuestionar la no concesión de beneficios.²⁷

El requerimiento presentado por la defensa, mientras estaba pendiente el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia del juicio oral, fue declarado admisible por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional. No obstante, con fecha 6 de abril de 2007 el Pleno del Tribunal Constitucional dictó sentencia negando lugar al requerimiento por razones formales. El Tribunal señaló que

“[...] no obstante haberse pronunciado la Segunda Sala de esta Magistratura a favor de la admisibilidad del requerimiento, un examen del mismo, a la luz de todos los antecedentes presentados y, particularmente, de los vertidos en la vista de la causa, permite colegir que la acción deducida no satisface uno de los requisitos de admisibilidad, cual es que la aplicación de la norma impugnada pueda resultar decisiva en la resolución del asunto pendiente

En efecto, siendo la cuestión pendiente la tramitación de un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria que afecta al requirente, la aplicación de la norma legal modificatoria que éste objeta en ningún caso podría tener lugar en la resolución de tal recurso, por no ser norma que incida en la decisión de la cuestión debatida.”

En el Considerando Sexto, agrega que

“[...] a mayor abundamiento, la pérdida de la eficacia normativa del primitivo texto del art. 25 de la ley 18.216 (que contemplaba, como se ha dicho la posibilidad de apelar contra la denegación de medidas alternativas) no sólo se produjo con la introducción del precepto modificatorio que el requirente tacha de inconstitucional (el art. 11 de la Ley N° 19.806), sino que, incluso antes, por aplicación del dispuesto en el art. 364 del Código Procesal penal, que no fue objetado en el

²⁷ El requerimiento de inaplicabilidad fue suscrito por los abogados de la Defensoría Penal Pública Loreto Flores Tapia, Cristián Arias Vicencio, Alvaro Rosas Lizama y el autor. El Tribunal Constitucional asignó al requerimiento el Rol N° 670-2006.

requerimiento materia de autos y que expresamente suprimió la apelación contra las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.^{28 29}

En agosto de 2007 en la ciudad de Castro un defensor penal público³⁰ recurrió de apelación contra una sentencia definitiva dictada en un procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad. El recurso tenía como única pretensión la concesión de la remisión condicional de la pena. La defensa argumentó que la decisión que se pronuncia respecto de la concesión de un beneficio de los establecidos en la Ley N° 18.216, es apelable, ya que no comparte la naturaleza jurídica de la sentencia definitiva ni interlocutoria, sino que se trata de una simple medida de carácter administrativo, desde el momento que admite la revocabilidad de sí misma, lo que contradice el efecto de cosa juzgada propio de las señaladas resoluciones para cuestionar la denegatoria de beneficios. Dicho recurso de apelación fue declarado inadmisibile por el tribunal de garantía. La defensa recurrió de hecho. En la causa Rol N° 202-2007 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por resolución de 24 de agosto de 2007, se rechazó el recurso de hecho intentado por la defensa y se declaró inadmisibile el recurso de apelación. La Corte sureña afirmó que:

“Que, en este orden de ideas el artículo 348 del Código Procesal Penal, es imperativo al señalar en su inciso primero que la sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley, por lo que no cabe sino concluir que la naturaleza jurídica del pronunciamiento sobre las medidas alternativas de la ley 18.216 es idéntica a la de la resolución que la contiene, es decir, la de una sentencia definitiva”.

En diciembre de 2007 la Defensoría entabló ante la Corte de Apelaciones de San Miguel una acción constitucional de amparo en contra de una sentencia definitiva del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto que denegó la libertad vigilada a una ciudadana peruana que fue condenada a 4 años de presidio menor en su grado máximo y respecto de la cual existía un informe presentencial favorable. Por sentencia de 30 de enero de 2008 en causa Rol N° 321-2007, la Corte de San Miguel rechazó el amparo, señalando como principal fundamento que la concesión de beneficios era una facultad privativa de los sentenciadores. A mayor abundamiento se dijo que el informe presentencial no era vinculante y los antecedentes proporcionados en la audiencia no satisficieron las exigencias de la letra c) del artículo 15 de la Ley N° 18.216.

Por último, una vía que también se ha empleado es la del recurso de nulidad por falta o insuficiente fundamentación. Esta vía, en general, ha generado algunos buenos resultados, pero también ha suscitado situaciones de agravamiento de la pena en el segundo juicio, lo que la

²⁸ El presente trabajo no pretende analizar la sentencia del Tribunal Constitucional, pues no hubo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Sin embargo, como puede resultar obvio, no comparto las razones del rechazo del requerimiento, especialmente porque nunca se discutió la existencia y significado del art. 364 del CPP. Al contrario se partía de la base de su vigencia. Además, no es sostenible la afirmación que la inaplicabilidad del art. 11 de la Ley N° 19.806 no tiene influencia en la decisión de la cuestión debatida, pues ello puede interpretarse en el sentido de que sólo las normas sustantivas tienen carácter decisorio, excluyendo las normas procesales del ámbito de acción del requerimiento de inaplicabilidad. Argumentación, por cierto, que va en contra de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

²⁹ Posteriormente, alzada la suspensión del procedimiento, la Corte de Apelaciones de Antofagasta mediante resolución de 23 de mayo de 2007, Rol N° 221-2006, rechazó el recurso de nulidad, señalando: “Que la jurisprudencia en forma reiterada ha resuelto que el recurso de nulidad se ha concedido como un recurso de derecho estricto al que se accede solamente en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley. Por lo tanto, no constituye una instancia en que se puedan revisar los hechos establecidos en el juicio, ni extenderse a otros aspectos criticables del fallo, que no han sido materia de su presentación.”

³⁰ Se trata del abogado Nelson Troncoso Gavilán, defensor penal de la Región de Los Lagos. Agradezco a Germán Echeverría la remisión del fallo.

transforma en un camino riesgoso, y por ello, no recomendable, mientras subsista una interpretación restringida de la prohibición de *reformatio in peius*.³¹ Además, resulta desde una perspectiva práctica altamente cuestionable anular un juicio para terminar obteniendo en otro sólo una respuesta sobre el cumplimiento alternativo de la pena.

Estos intentos defensivos demuestran, por un lado, que la defensa no ha desistido en su búsqueda de mecanismos para recurrir contra las sentencias que no conceden beneficios de la Ley N° 18.216 y, por otro, que los tribunales de justicia no han respondido adecuadamente a las peticiones fundadas en el derecho constitucional al recurso.

3.2 Jurisprudencia regional en relación con la no concesión de beneficios

Este trabajo parte de un supuesto básico que he desarrollado en otro texto.³² Una resolución que no concede algún beneficio de la Ley N° 18.216, solicitado por la defensa, causa al acusado o requerido un agravio que se traduce en la afectación de su libertad personal que, como decisión jurisdiccional, requiere del establecimiento de mecanismos de control, a fin de evitar el error judicial en la apreciación de los antecedentes que fundan la resolución.³³

Sobre la base del supuesto enunciado en el párrafo anterior, en la Región de Antofagasta se ha empleado con éxito el recurso de nulidad por la causal del art. 373 letra b) del CPP para impugnar la no concesión de beneficios. Los fundamentos de nuestra petición están relacionados con la aplicación de un concepto amplio de revisión jurisdiccional, en virtud del cual incluso las facultades privativas deben ser escrutadas. Asimismo, se ha discutido la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la naturaleza de la decisión sobre el cumplimiento alternativo de la pena, proporcionando argumentos de derecho interno e internacional para fundar la procedencia de la impugnación contra la sentencia definitiva que deniega beneficios.³⁴ Se ha sostenido, para lograr la aplicación de la causal indicada, que el tribunal *ad quo* incurre en error en la aplicación de los requisitos jurídicos establecidos por el legislador para conceder alguno de los tres beneficios. Como consecuencia de ello se ha pedido, haciendo una aplicación *in bonam partem* del art. 385 del CPP, la dictación de sentencia de reemplazo.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta en diversas resoluciones ha sido especialmente receptiva a la argumentación de la defensa, sentando precedentes que merecen ser conocidos. Por ejemplo en causa Rol N° 103-2008, de 11 de junio de 2008, acogió nuestro planteamiento, señalando

“...debe dejarse sentado la procedencia del recurso de nulidad frente al pronunciamiento sobre los beneficios de la Ley 18.216, respecto de la cual se deja constancia que, si bien en el recurso no fue planteado, en la audiencia se hicieron presente normas constitucionales, tratados internacionales y se

³¹ Me refiero al caso fallado por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 24 de marzo de 2006, Rol N° 19-2006. Ver: Sección 2.2. Casos de “*reformatio in peius*”.

³² Ver: BARRIENTOS PARDO, Ignacio “Recurso Efectivo Contra la Sentencia que No Concede Beneficios de la Ley N° 18.216”, *Revista de Estudios de la Justicia*. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 11, 2009, pp. 273-275.

³³ Uso la expresión “antecedentes” en el sentido empleado por el legislador en el art. 343 inciso final del CPP.

³⁴ Entre muchos de los argumentos se cuentan los siguientes: 1) Las medidas alternativas implican restricción de derechos individuales, lo que las aproxima a las penas en sentido material; 2) El proceso penal debe ser concebido como ámbito de protección de los intereses del imputado; 3) La posibilidad de error judicial en la decisión denegatoria de beneficios; 4) La noción de revisión integral impide una distinción entre materias que son propias de la sentencia definitiva y otras que no; 5) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 14 de diciembre de 1990) señalan que las “5. Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente.”; 8) El art. 5 de las Reglas de Tokio constituye interpretación auténtica del artículo 14.5 del PIDCP cuando se refiere “al fallo condenatorio y la pena”. Para mayor información, consultar: BARRIENTOS, “Recurso”. cit. nota n. 32, pp. 265-318

invocó las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad, conocidas como Reglas Tokio.[...] ... de manera que no es posible dejar en la indefensión al imputado frente a un pronunciamiento condenatorio perjudicial para éste, debiendo el órgano jurisdiccional respetar el debido proceso. Además, el ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de los tratados internacionales, a los que el derecho público y la doctrina en general le otorgan un rango constitucional en la obligatoriedad de su aplicación.”³⁵

Desde el año 2008 en diversas resoluciones la Corte mencionada ha acogido recursos de nulidad por la causal del art. 373 letra b) del CPP en casos en que se cuestionaba la no concesión de medidas alternativas al cumplimiento de la pena.³⁶

Incluso cuando la Corte ha rechazado algún recurso de nulidad por estimar que no se ha incurrido en error en la aplicación del derecho, ha pronunciado declaración expresa de procedencia del medio impugnatorio. Así en causa Rol N° 274-2008 expresó que:

“[...] de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 348 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley y, no siendo la resolución que se pronuncia sobre estas últimas susceptible de recurso de apelación, procede su impugnación a través del recurso de nulidad, en virtud de los Tratados Internacionales y el concepto del debido proceso consagrados en la Constitución Política de la República”.³⁷

Una reciente resolución en que también se rechaza el recurso de nulidad, pero se formula declaración de admisibilidad, es la dictada en causa Rol N° 21-11, de 18 de febrero de 2011 en que se señala

“Que, en el motivo sexto de la sentencia cuya nulidad se solicita, se analizó la procedencia de conceder al imputado el beneficio de la reclusión nocturna y ello fue resuelto en forma negativa en la parte resolutive del fallo, habiendo de concluirse que es uno solo y en él se emite pronunciamiento de todas las cuestiones que fueron objeto del proceso, de tal suerte que, a juicio de estos sentenciadores, nada impide que el recurso sea deducido y pueda ser conocido por este tribunal”.

3.3. Irracionalidad de la clausura recursiva en materia de medidas alternativas de la Ley N° 18.216.

Como sostuvimos más arriba, la racionalidad de un sistema procesal penal está vinculada a las finalidades que inspiraron su creación y que deben inspirar su funcionamiento. Si es así, corresponde que indagemos sobre la racionalidad teórica y práctica del sistema en el caso que nos ocupa. Sabemos que el sistema procesal chileno no contempla remedios para el control de las decisiones de los tribunales orales y de garantía respecto de las decisiones sobre beneficios de la Ley N° 18.216, con la salvedad de las que se pronuncian en un procedimiento abreviado. Queda, en consecuencia, por inquirir si la respuesta legal y jurisdiccional que proporciona el sistema es razonable y racional. A continuación paso a fundar una respuesta negativa a este interrogante.

³⁵ Sentencia dictada por la Segunda Sala, integrada por los ministros titulares Oscar Clavería Guzmán (redactor), Gabriela Soto Chandía y el Abogado Integrante Roberto Miranda Villalobos.

³⁶ Al efecto se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte de Apelaciones de Antofagasta: Rol N° 253-2007, 28 de noviembre de 2007; Rol N° 123-2008, 5 de julio de 2008; Rol N° 127-2009, 3 de junio de 2009; Rol N° 178-2009, 14 de julio de 2009; Rol N° 83-2010, 14 de abril de 2010; Rol N° 86-2010, 27 de abril de 2010; Rol 154-2010, 31 de mayo de 2010.

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 16 de diciembre de 2008.

En mi opinión hay al menos cuatro irracionalidades que dan sentido a la respuesta negativa que he enunciado. En primer lugar, es, no sólo sorprendente, sino que irracional negar el carácter de sentencia definitiva a una parte de ella que se refiere a la forma de cumplimiento de la pena. Segundo, la intermediación, como principio informador del juicio oral, no justifica el distinto tratamiento en la impugnación de las decisiones en juicios orales, procedimientos simplificados con admisión de responsabilidad y procedimientos abreviados. En tercer término, tampoco justifica la disímil regulación la pretendida distinción entre decisión denegatoria y revocatoria de beneficios. Por último, la formulación y funcionamiento del sistema recursivo chileno impide recurrir cuando la decisión denegatoria se emite en un procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad, sin detenerse en la semejanza entre este procedimiento y el procedimiento abreviado.

La primera irracionalidad denunciada fue ratificada recientemente por la Corte Suprema en fallo de febrero de 2011, en el que ha dicho que

“[...] la materia relativa al otorgamiento de medidas alternativas a la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, no goza de la naturaleza de decidir la cuestión sometida al conocimiento del tribunal, sino que corresponde a una cuestión administrativa cuyo pronunciamiento ha de hacerse en el fallo definitivo, pero no por ello comparte su calidad”.³⁸

Contra el aserto que la decisión sobre las medidas alternativas al cumplimiento de la pena no es un requisito propio del contenido de la sentencia definitiva condenatoria, concurre el texto del art. 348 del CPP. Esta norma permite sostener, sin vacilación, que lo que está en la sentencia definitiva por mandato legal no puede sino compartir dicho carácter. Si bien es cierto que la cuestión central del juicio penal está constituida por la determinación sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, eso no obsta a considerar que cuando ello ha ocurrido, el “asunto objeto del proceso” pasa a ser la pena aplicable y la modalidad que ésta puede adoptar.

Este argumento, sin perjuicio de la naturaleza restringida del recurso de nulidad, demuestra que no hay intención de encontrar una vía para canalizar las pretensiones recursivas y evidencia la *lógica del mínimo esfuerzo revisor*. Por otra parte, contrasta con lo resuelto por la misma Corte Suprema en relación con el procedimiento abreviado, a tal punto de constituirse en una grave inconsistencia argumental y falta de justificación racional de su jurisprudencia. En efecto, en causa Rol N° 3478-05, resolviendo el 9 de agosto de 2005 un recurso de queja en la causa contra Jorge Lavanderos, el máximo tribunal dijo:

“Que, sin perjuicio que lo anterior bastaría para desechar el recurso, en lo que a su primer capítulo se refiere, cabe dejar sentado que tratándose en la especie de un procedimiento abreviado, el otorgamiento de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena – por mandato del artículo 413 letra e) del Código Procesal Penal - forma parte de la sentencia definitiva y por ende es susceptible del recurso de apelación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 414 del Código Procesal Penal”.

No puede dudarse que la Corte Suprema lleva razón cuando hace la afirmación precedente. El art. 413 dice lo que la Corte refiere. Pero el art. 348 del CPP, sobre el contenido de la sentencia condenatoria del juicio oral, expresa en su inciso primero lo mismo que el art. 413. ¿Dónde está la diferencia? En un caso, según la Corte, la decisión sobre los beneficios integra la sentencia, mientras

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2011, Rol N° 843-11. La distinción que formula la Corte Suprema chilena carece absolutamente de sustento legal. Si la Corte señala que no es sentencia definitiva aquello que está resuelto en la sentencia definitiva lo esperable es que asumiese, en honor a la seguridad jurídica, la carga de explicar qué tipo de resolución es. Si cree que se trata de una sección meramente administrativa de la sentencia debería decir por qué sostiene eso. Tras los asertos de la Corte, lo que hay es la aplicación de una fórmula economicista, producto del “mero voluntarismo judicial”.

que en el otro, mediando solamente una distinta ubicación del precepto pero sin variación de contenido, esa misma decisión no forma parte de la sentencia definitiva. Por lo menos habría que exigir una explicación.

Me parece que la naturaleza penal de las normas sobre beneficios de la Ley N° 18.216, contribuye a reforzar nuestra posición y, de paso, desvirtúa la infundada distinción que formulan los tribunales entre cuestiones que son parte de la sentencia definitiva penal y otras que no. El primer respaldo a esta tesis es, sin duda, normativo, pues el art. 348 inciso 1° del CPP, corrobora que el “asunto objeto del proceso penal” está constituido *también* por la determinación de la pena y de la modalidad de ésta.

La mayoría de los manuales y tratados de Derecho Penal se ocupan, al tratar la Teoría de la Pena, de las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, lo que permite suponer que existe consenso en estimarlas una materia estrictamente penal.³⁹ Se distingue así entre medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y las penas alternativas a la prisión propiamente, incluyéndose, en las primeras, a la remisión condicional de la pena y a la libertad vigilada y, en las segundas, a la reclusión nocturna.⁴⁰ Las primeras constituyen una suspensión de la ejecución de la pena sujeta a determinadas condiciones, lo que permite al profesor Raúl Zaffaroni sostener que trata de condenas sometidas a condición resolutoria⁴¹, por lo que podríamos decir que se trata de una pena en potencia. Mientras que la segunda, en cuanto es una forma alternativa de cumplimiento de la pena consistente en una privación parcial de la libertad, sigue compartiendo el carácter de sanción, toda vez que supone, aunque con menor intensidad, un sacrificio de determinados intereses y derechos legítimos.

En Chile, salvo un breve trabajo de María Inés Horvitz Lennon, no conocemos un estudio que se refiera expresamente a la naturaleza jurídica de los beneficios. Horvitz, sin tratar específicamente esta cuestión, señala que en nuestro país las medidas alternativas no se contemplan como reacciones autónomas a determinados supuestos delictivos sino solamente como posibilidad alternativa a determinadas penas privativas o restrictivas de libertad. Sin embargo, en su opinión, sería deseable desde una perspectiva político-criminal que las medidas alternativas fuesen autónomas dentro de un sistema sancionatorio diferenciado, con lo que se inclina, me parece, por la naturaleza penal de los beneficios. Más adelante, Horvitz expresamente asume esta posición al aseverar que las medidas alternativas conllevan restricciones a los derechos individuales y, en este sentido, se aproximan a las penas en sentido material.⁴²

³⁹ Por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Tomo I Derecho penal Parte General*, Ara Editores, Perú, 2004, pp. 735-741; POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, Santiago de Chile, 2004, pp.539-551; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp.339-352; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 949-970. Ratifica lo dicho, el actual estado de tramitación del Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N° 18.216, después del Oficio Presidencial que formula indicaciones al texto original del Proyecto de 31 de agosto de 2008. El Oficio N° 151.358 de 18 de agosto de 2010, introduce la denominación de penas sustitutivas, en lugar de medidas o beneficios alternativos. (Boletín N° 3858-07) Consultar: www.bcn.cl

⁴⁰ POLITOFF L.; MATUS A.; RAMÍREZ G., *Lecciones*, cit. nota n.39, p. 539.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho*, cit. nota n.39, p. 965. HORVITZ L., María Inés, “Las Medidas Alternativas a la Prisión (Algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216)”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 21, sostiene que, en los sistemas de suspensión de pena, hay una “renuncia condicionada al castigo”.

⁴² HORVITZ, “Las Medidas”, cit. nota n. 41, pp. 140, 151. Para fundar la naturaleza penal de las medidas alternativas, conviene recordar a Ernst Beling, según el cual la ley penal responde a las preguntas de si debe imponerse pena, cuál sea ésta y con qué requisitos, mientras que la ley procesal penal responde a si hay lugar a proceder, cómo debe ser el proceso y cuáles sus requisitos. La naturaleza penal o procesal de una norma, debe ser decidida considerando si, por un lado, las circunstancias que condicionan la consecuencia jurídica están situadas dentro del ámbito del Derecho donde se estatuye acerca de la pertinencia de la inflicción del mal de la pena o si tales circunstancias son de tal suerte que no se adaptan al círculo de las ideas penales y sí en cambio al de las que determinan el “si” y el “cómo” de la actividad procesal.

Una segunda irracionalidad deriva de la insuficiencia de la inmediación para justificar el distinto tratamiento en la impugnación de las decisiones en juicios orales, procedimientos simplificados con admisión de responsabilidad y procedimientos abreviados.

Como hemos sostenido la lógica del sistema de recursos del CPP se asienta en la centralidad del juicio oral, evitando entregar la decisión final sobre la valoración de la prueba a jueces que no están en condiciones de apreciar en forma directa la prueba rendida en la audiencia de juicio oral. La apelación fue eliminada precisamente por esa razón.

Según consta en el Primer Informe recaído sobre el proyecto de Ley Adecuatoria, la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal y de otros textos normativos tendría, por el carácter sistémico de todo ordenamiento jurídico y la necesidad de correspondencia y armonía interna, importantes repercusiones en el resto del ordenamiento. Ello obligaba a realizar, como lo sostuvo la Comisión de Justicia y Legislación de la Cámara de Diputados, las modificaciones o abrogaciones que dicho cuerpo legal produciría en el ordenamiento, especialmente en las leyes cuya aplicación depende del juicio penal o que contienen remisiones al Código que lo reglamenta.⁴³

Fue así, como se modificó el art. 25 de la Ley N° 18.216. La intención original en relación a éste precepto era su derogación, esto es, eliminar el recurso de apelación tanto respecto de las decisiones denegatorias y revocatorias de beneficios. La respectiva Comisión del Senado advirtió que, si se aprobaba la derogación, no se podría apelar de la resolución que deniegue un beneficio ni de la que lo revoque. La Comisión señaló que le parecía que “*podría justificarse*” en el caso de la negativa, pero, tratándose de la revocación de un beneficio ya concedido y del cual puede haberse encontrado gozando largo tiempo una persona, es razonable permitir que tal medida pueda ser revisada por el tribunal superior. Se prefirió, por tanto, sustituir el artículo, y redactarlo tal cual lo conocemos hoy.⁴⁴

No existe en la tramitación de la Ley Adecuatoria ninguna referencia más a esta modificación ni la expresión de razones que justifiquen la eliminación de la apelación respecto de la decisión denegatoria de beneficios. No hubo tampoco un análisis de proporcionalidad acerca de la entidad del sacrificio del derecho al recurso, de forma de establecer si la supresión de la apelación era realmente la medida más idónea para velar por la vigencia del principio de inmediación, si existía otra medida o alternativa menos restrictiva e igualmente eficaz, o si, en un juicio de estricta proporcionalidad, lo que se ganaba era en realidad más valioso que lo que se perdía.⁴⁵

Veamos, entonces, usando el lenguaje de la Comisión del Senado, si “*podría justificarse*” la eliminación del recurso de apelación respecto de la resolución denegatoria de beneficios. Como lo sostuvimos, la principal razón justificante de la supresión de la apelación es el principio de inmediación. ¿Es esta justificación/explicación aplicable a la sentencia penal en cuanto no concede el cumplimiento alternativo de la pena? Me parece que la inmediación no es, por la forma y momento de la decisión, un obstáculo para la revisión de la decisión denegatoria. En nuestra opinión no se

Claramente las normas sobre medidas alternativas al cumplimiento de las penas están incluidas en la disciplina jurídica en que se estatuye acerca de “la pertinencia de la inflicción del mal de la pena”. BELING, Ernst von. *Derecho Procesal Penal*, Traducción del alemán y notas por Miguel Fenech, Edit. Labor S.A, Barcelona, 1943. Para la distinción, según Beling, no influye ni lo más mínimo el lugar donde el precepto legal se encuentre (en el Código penal o en el procesal) ni el tenor de la Ley (lo mismo que ésta hable de la “pena” que de “persecución del delito”).

⁴³ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, 20 de octubre de 1998, Boletín N° 2217-07.

⁴⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 16 de octubre de 2001, Boletín N° 2217-07.

⁴⁵ En voto disidente de los ministros del Tribunal Constitucional chileno, don Hernán Vodanovic Schnake, don Mario Fernández Baeza y don Jorge Correa Sutil en sentencia dictada en causa Rol N° 986-2007, de 30 enero de 2008, sobre requerimiento de inaplicabilidad del art. 387 inciso 2° del CPP, se puede encontrar un buen análisis de la razonabilidad de las leyes, especialmente sobre la falta de justificación de la incorporación de un precepto legal durante la tramitación legislativa. Al respecto se puede consultar el considerando 16 del voto de minoría.

justifica, porque la decisión en esta materia, independientemente de la clase de procedimiento de que se trate, se adopta en realidad considerando antecedentes escritos.⁴⁶ Podríamos, creo, formular la misma afirmación, incluso, si un perito declarase en la audiencia de determinación de pena sobre las características personales del condenado pues al tratarse de una opinión técnica, reproducida íntegramente a través del audio respectivo, podría absolutamente ser revisada en sede de nulidad.⁴⁷ ¿Podría un tribunal superior estar en las mismas condiciones, *par conditio*, que el o los jueces de mérito para acceder, analizar y resolver sobre una petición de la defensa que se funda en extractos de filiación, informes presentenciales o informes sociales, absolutamente reproducibles en otro grado jurisdiccional? La respuesta es positiva.⁴⁸ Esta respuesta se reforzó especialmente después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.074 del 2005, que reemplazó el art. 343 original del CPP introduciendo lo que se denomina la cesura entre la determinación de culpabilidad y la determinación de la pena.⁴⁹ Desde este momento es aún más claro que la existencia de un recurso respecto de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216 no afectaría al principio de inmediación en la decisión del asunto central del juicio oral, pues la decisión sobre el otorgamiento de medidas alternativas se hace sobre la base de antecedentes escritos que son leídos por el tribunal oral, y que, por lo mismo, pueden ser también leídos por el tribunal de alzada. Lo anterior hace que los jueces del tribunal superior se encuentren, en este aspecto, en una *par conditio* con los jueces de la instancia.

Por ello, si la razón para eliminar el recurso de apelación fue privilegiar la inmediación, se puede afirmar categóricamente que no existía (antes de la Ley N° 20.074) ni existe ahora justificación racional, en los términos del art. 19 N° 3 inciso 5 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR).

Una decisión legislativa fundada solamente en “un podría justificarse” y que no encuentra sustento en la principal razón hecha valer, incorpora en el proceso penal unas condiciones que, al no

⁴⁶ Existe mucha confusión sobre el sentido de la expresión “antecedentes” empleada por el art. 343 del C.P.P. En sentencia de 2 de agosto de 2006 la Corte de Apelaciones de La Serena, en causa Rol N° 194-2006, señaló, aludiendo al art. 343 inciso final del Código Procesal Penal, que: “El sustantivo antecedentes utilizado en esta disposición, por mucha amplitud que quiera dársele, no se compadece con la prueba pericial que quiso incorporar la defensa para rebatir las conclusiones del informe presentencial que presentó el Ministerio Público,…” En esta causa la defensa dedujo recurso de nulidad fundado en la causal del art. 374 letra c), toda vez que se impidió al defensor incorporar, en la audiencia del art. 343 del C.P.P., como antecedentes los informes periciales psicológicos y sociales realizados al imputado. Por el contrario, en sentencia de 26 de enero de 2006, en causa RIT N° 95-2005, RUC 0510009415-2, del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, durante el debate de determinación de pena en que se discutía la concurrencia de la atenuante de imputabilidad disminuida, se recibió prueba pericial no contemplada en el auto de apertura. Esta última sentencia aparece citada en el trabajo de BRICEÑO DOMÍNGUEZ, Sebastián, “Observaciones al art. 343 inc. 4° CPP”, *La Semana Jurídica* N° 303, edición del 28 de agosto al 3 de septiembre de 2006.

⁴⁷ Empleando el lenguaje de Gabriel Pérez Barberá y Hernán Bouvier, la decisión judicial que se basa en la opinión oral (o escrita) del perito constituye un enunciado inferencial. Según estos autores se puede distinguir entre enunciados inferenciales y enunciados de inmediación. Los primeros son aquellos que derivan de otros enunciados y, por tanto, conforman argumentos o razonamientos. Como tales, pueden ser revisados por un tribunal que no esté en igualdad de condiciones epistémicas con el que los emitió, pues la tarea de revisión, en estos casos, se limita a un control de inferencias, que en tanto tal puede ser llevado a cabo por cualquiera. Los segundos, en cambio, son los que derivan de una relación sujeto-mundo. Un enunciado de inmediación no se apoya en otros enunciados, sino en percepciones sensoriales respecto del entorno empírico. Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables. Ver: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/B*.

⁴⁸ En mi opinión no se puede plantear como objeción el que los jueces del tribunal que conozca el recurso no vean al acusado. Me parece que no tiene importancia la sola apreciación visual del imputado. No se puede fundar racionalmente la decisión de no otorgar beneficios en lo que los jueces puedan pensar del imputado con solo verlo. De lo contrario se exagerarían los efectos y ventajas de la inmediación.

⁴⁹ El art. 343 del Código Procesal Penal señala, en lo pertinente, que para la determinación de la pena y la modalidad de cumplimiento “[...] el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.”

permitir el uso efectivo de los mecanismos de defensa, entre ellos, los recursos procesales, transforman a ese proceso en ilegítimo.

Asimismo, es irracional que quien enfrente un juicio oral, sea que haya tenido o no la oportunidad de la tramitación de un procedimiento abreviado, debe considerar que, en caso de condena a una pena que no exceda de presidio menor en su grado máximo, no podrá recurrir por el no otorgamiento de beneficios, solo por una diferencia procedimental que no es tal.

Recordemos que el recurso de nulidad procede sólo respecto de sentencias en juicios orales, ordinarios o simplificados y procedimientos simplificados con aceptación de responsabilidad, y que la apelación procede respecto de los procedimientos abreviados. La justificación de esta diferencia se muestra como evidente. En el procedimiento abreviado no hay intermediación, esto es, la resolución del juez se basa en los antecedentes de la carpeta de investigación, a los que los jueces del tribunal de alzada también pueden acceder. Esta justificación parece racional y razonable. Pero si se escudriña en la normativa y en su aplicación, nos percatamos que lo que está prohibido respecto de delitos graves, o respecto de delitos cuya tramitación concluye en un juicio oral, no está prohibido en el procedimiento abreviado. En este procedimiento se puede apelar incluso de los beneficios, y los tribunales así lo han admitido y acogido.⁵⁰ En cambio, en causas que recaen sobre delitos con pena de crimen, en que no es aplicable el procedimiento abreviado o no se logra una negociación que lo permita, el acusado no tiene esa posibilidad. El juicio oral, concebido como la mayor de las garantías, donde la pretensión punitiva suele ser más intensa y, que por ello, debiera estar compensado con más y mejores derechos, se transforma en una pequeña trampa. Se accede a la mayor de las garantías, pero bajo el precio de que se pierde una de ellas y, lo peor, nadie proporciona una buena razón.

Los ejemplos demuestran mejor que una breve explicación la dimensión de este punto crítico. En la causa que dio origen al requerimiento de inaplicabilidad que comentamos el imputado fue formalizado y acusado por varios delitos económicos que perjudicaron a un número importante de personas, pero que no obstante bien pudo acceder a un procedimiento abreviado, después de la sentencia definitiva tenía clausurada la vía impugnativa, para cuestionar el único aspecto de la sentencia con el que se mostraba disconforme: la no concesión de beneficios. En cambio, en otra causa tramitada ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago un imputado contra quien se había formulado acusación por delitos que también afectaron patrimonialmente, de manera considerable, a muchas personas, ante la denegatoria de beneficios, en virtud de sentencia dictada en un procedimiento abreviado, pudo impugnar la sentencia y revertir su situación.⁵¹

Se podrá insistir en que la diferencia es que en uno existió intermediación, mientras que en el otro se falló con el mérito de la carpeta fiscal. Lo incuestionable, es que una misma situación tiene una solución distinta, sin que la intermediación sea la verdadera razón para negar el acceso al recurso.

La pregunta que persiste, entonces, es si esa diferencia (la intermediación) realmente existe. Creo que la respuesta es negativa. La diferencia, en este aspecto, no existe y no puede justificar la privación del recurso en un caso y la mantención en el otro. El Tribunal de Juicio Oral y el Juez de Garantía estuvieron, en los ejemplos recién referidos, en la misma condición, pues la decisión acerca de la concesión o no de algún beneficio se funda en antecedentes escritos (llámese extracto de filiación, informes sociales, informe presentencial). Si esto es así, la supresión del recurso de apelación, como la declaración de improcedencia del recurso de nulidad, para cuestionar solamente la decisión de un tribunal oral referida al no otorgamiento de beneficios, constituye un tratamiento discriminatorio, que al no tener una justificación racional resulta abiertamente inconstitucional, de acuerdo a las cláusulas del art. 19 N° 2 y 3 de la CPR. Tampoco tiene justificación racional la

⁵⁰ Corte Suprema, 9 de agosto de 2005, Rol N° 3478-05; Cortes de Apelaciones: Santiago, 24 de enero de 2008, Rol N° 53-08; San Miguel, 28 de abril de 2006, Rol N° 377-06; Valdivia, 28 de marzo de 2007, Rol N° 71-07; Antofagasta, 13 de febrero de 2007, N°24/2007.

⁵¹ Se trata de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 24 de enero de 2008, en causa Rol N° 53-2208 (RUC 0600289809-6, RIT N° 7503-2006 del 7° Tribunal de Garantía de Santiago).

autolimitación que se observa, en sede de nulidad, en los tribunales superiores chilenos, pues si lo relativo a la discusión de los beneficios de la Ley N° 18.216 no está afectado por la inmediatez, se puede, siguiendo la tesis del agotamiento de la capacidad de revisión (revisión integral), examinar su corrección jurídica.⁵²

Existe, en mi opinión, una tercera irracionalidad del sistema de recursos en lo referente a los beneficios de la Ley N° 18.216. Se trata de la pretendida distinción entre decisión denegatoria y revocatoria de beneficios.

Parto de la base que una resolución que causa agravio en cuanto afecta un bien jurídico relevante debiera admitir la posibilidad de reprobación por parte del justiciable. A mi juicio una resolución que niega una modalidad de cumplimiento alternativo (cumplimiento en libertad de una pena), evidentemente causa agravio, lo que la hace absolutamente recurrible. Pretender discriminar entre una resolución que revoca un beneficio alternativo de otra resolución que niega el acceso a él, carece de justificación racional suficiente. En el caso de la resolución denegatoria de beneficios de la Ley N° 18.216, al igual que en el de la revocatoria, se dan los supuestos básicos que justifican la existencia de los medios de impugnación ante el superior jerárquico: causación de agravio, eventualidad de error en la labor judicial y afectación de un bien jurídico relevante –libertad personal–. ¿Dónde está la diferencia que “podría justificar” un tratamiento legislativo distinto? Aplicando el ABC de las técnicas de interpretación jurídica, podríamos decir que donde hay la misma razón debe existir la misma disposición, siempre que no concurra ningún otro aspecto que lo impida o lo haga incompatible con otras garantías constitucionales. Y no los hay.

Una última demostración de la carencia de racionalidad del sistema recursivo en la materia que se comenta está en la imposibilidad de recurrir cuando la decisión denegatoria se emite en un procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad. Hay una cosa clara: en el procedimiento simplificado indicado no opera la inmediatez. Esta clase de procedimiento se parece más a un abreviado que a un juicio oral, y no obstante alguien que es condenado a 61, 100 o 540 días de privación de libertad no puede recurrir (porque no es apelable y el recurso de nulidad ha sido declarado inadmisibles) si el tribunal le niega el acceso al cumplimiento alternativo. El juez de garantía falla con los antecedentes aportados por el fiscal y con la aceptación del imputado. Si existe discusión sobre los beneficios el juez generalmente resuelve en base a los antecedentes de la carpeta y de los documentos que se presentan al tribunal. ¿Alguien podría decir que la Corte de Apelaciones no estaría *par conditio* con el juez para revisar su decisión en este rubro?

Un aspecto de la irracionalidad radica, en este caso, que delitos que en abstracto tienen una reprochabilidad menor no dan lugar al ejercicio de una garantía tan importante como la impugnación procesal, mientras que otros que suscitan un mayor reproche sí habilitan para recurrir, fundado en una diferencia procedimental – la inmediatez- que en el caso no existe.⁵³

Existe, entonces, no sólo una clausura legal para recurrir, sino que también una clausura judicial para hacerlo. Es el sistema procesal penal el que, en su normatividad legal y en su operatividad judicial, obstruye al condenado el recurso para cuestionar la no concesión de beneficios. Frente a una clausura tan absoluta, sería esperable también una justificación racional. Esa justificación no existe. Por el contrario, hay, además una restricción indebida del derecho al recurso, no congruente con la idea de la revisión integral.

⁵² Sobre el concepto de revisión integral y sus implicancias, consultar: BARRIENTOS, “Recurso”. cit. nota n.32, pp. 284-298.

⁵³ Debemos hacer constar que el Comité de Derechos Humanos en el caso Cesáreo Gómez Vásquez vs España, caso 701/1996, dictamen de 20/06/00, expresó que: “11.2 Con respecto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto porque el sistema español prevé distintos tipos de recurso según la gravedad del delito, el Comité considera que un tratamiento diferenciado respecto de diferentes delitos no constituye necesariamente una discriminación. El Comité considera que el autor no ha sustanciado una violación el artículo 26 del Pacto en este respecto”.

Con la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, no hay que decir mucho más respecto del carácter meramente formal de la posibilidad de impugnar la no concesión de beneficios. La ley procesal (y el artículo 25 de la Ley N° 18.216 lo es)⁵⁴ puede ser irracional desde un punto de vista funcional o instrumental, si no se expresan razonablemente y se justifican los factores que motivan una reglamentación diferente del derecho al recurso, contraria a los fines declarados por el sistema. Uno de estos, conviene no olvidarlo, es que el procedimiento y la investigación sean racionales y justos, y esto incluye la facultad de impugnar las sentencias que son dictadas por tribunales inferiores.

3.5. Propuesta de solución. Reconocimiento del derecho al recurso y modificación legal.

Hasta el momento, salvo la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y de Valdivia, las resoluciones de la Corte Suprema y de las otras cortes de apelaciones han negado sistemáticamente el acceso al recurso para cuestionar la no concesión de beneficios. Resulta difícil esperar, en este escenario, que sean los tribunales, en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), los que adopten un camino que allane la impugnación.

Modestamente pienso que los jueces integrantes de los tribunales superiores debieran replantear su porfiada tesis acerca de la naturaleza de la decisión sobre medidas alternativas. La inconsistencia del planteamiento jurisdiccional es tan evidente que amerita una nueva formulación que implique el reconocimiento judicial del derecho al recurso en esta materia en el mismo sentido que lo ha efectuado la Corte de Antofagasta.

La adopción de este camino exigiría que la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones asuman el mandato del art. 5 de la CPR y del art. 1 y 2 de la CADH y adecuen el sistema de recursos en lo concerniente a la impugnación de la sentencia denegatoria de beneficios, hasta que el legislador proceda a una nueva regulación del recurso de nulidad, haciéndose eco de la noción de revisión integral o amplia, sin que se destruyan con ello los fundamentos del juicio oral y público. Al resolver en este sentido los tribunales superiores no harán sino cumplir rigurosamente con el mandato de la convención, adoptando todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos.

No obstante, de persistir la tesis restrictiva, uno de los caminos es intentar un nuevo requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. No es en ningún caso una vía fácil ni mucho menos que asegure el éxito.

Sin duda, en honor a la seguridad jurídica, la modificación del art. 25 de la Ley N° 18.216 o la agregación de una causal de nulidad especial que contemple la impugnación de la sentencia en lo referido a la no concesión de beneficios, es la mejor solución para restablecer la racionalidad del sistema de recursos.

Si se adopta la decisión de modificar el art. 25, se debería restablecer, en lo que corresponda según el estado actual del sistema procesal, el texto anterior al año 2002, aclarando, en todo caso, que el recurso de apelación procede para cuestionar la no concesión de beneficios también respecto de las sentencias en aquellos procedimientos en que hoy está vedado. Sería, además, necesaria una enmienda del art. 364 y 372 del CPP.

Si la solución que se adopta es crear una causal de nulidad, debiera tenerse en cuenta que el efecto normal del acogimiento del recurso cuando sólo se impugne la sentencia por la denegación de beneficios, debe ser la nulidad de la sentencia y no del juicio oral, esto es, no debe existir el reenvío al tribunal oral o de garantía, según corresponda.

⁵⁴ Para una distinción entre ley procesal penal y ley penal, se puede consultar: BELING, cit. nota n. 42.

Finalmente, una cuestión a elucidar con pretensión de *lege ferenda* es el carácter unilateral o bilateral del recurso contra la sentencia que se pronuncia sobre beneficios de la Ley N° 18.216. Mi posición en esto es que el recurso debe proceder solamente contra la sentencia que deniega el cumplimiento alternativo de la pena, porque, como es obvio, es el imputado quien sufre la afectación de la libertad personal. En el caso del Ministerio Público y la parte querellante lo que está principalmente en juego es la aplicación efectiva de la ley penal, que en cuanto bien colectivo está supeditado *prima facie* al derecho individual, sin que la unilateralidad del recurso pueda verse como un quiebre injustificado del principio de igualdad de armas.

Advierto, en todo caso, que en la actualidad está en tramitación en la Cámara de Diputados, con urgencia simple, un Proyecto de Ley que introduce modificaciones a la Ley N° 18.216. Este proyecto fue presentado el 31 de agosto de 2008, mediante Mensaje Presidencial N° 66-356, a la Cámara de Diputados. En lo concerniente a la cuestión que analizamos mantenía la apelación solo de la decisión revocatoria (art 35 del Proyecto). Sin embargo, el 18 de agosto de 2010 el nuevo gobierno remitió a la Cámara de Diputados el Oficio N° 151-358 que formula indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendientes a modificar la Ley N° 18.216. En esta indicación se introduce el siguiente texto en el art. 37: “La decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, reemplazo y prórroga de penas sustitutivas que establece esta ley será apelable ante el tribunal de alzada respectivo”.

4.- Abandono del recurso como sanción al imputado.

En el diseño del Código Procesal Penal, como parece evidenciarse de su historia legislativa, se trató de conciliar, por un lado, los derechos y facultades de los intervinientes y, por otro, razones de economía procesal, esto es, el funcionamiento eficiente del sistema procesal evitando dilaciones y costos innecesarios.⁵⁵

En este sentido, me parece, hay que interpretar el art. 358 del CPP en cuanto señala que “La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia [vista del recurso] dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes”. Esta norma sanciona, por la incomparecencia del abogado defensor, persecutor, querellante o de la víctima, con la pérdida del recurso, a fin de evitar extender más allá de lo necesario el término de la causa.

En la medida que con su actuación se pretende principalmente la realización del Derecho Penal, esto es, de un interés público, esta sanción puede ser entendible frente a la omisión en que incurren representantes del Ministerio Público, del querellante o de la víctima. No resulta igualmente comprensible en el caso del imputado en que se afecta, no sólo su derecho de acceso al recurso, sino la más de las veces directamente su derecho a la libertad personal.⁵⁶

⁵⁵ En el voto disidente mencionado en la nota 32, se discurre, también en el considerando 16, sobre la conveniencia de determinar, ante la endeblez intrínseca de un razonamiento que no se desarrolla conceptualmente y tampoco se ha explicitado oficialmente, en la verificación de su razonabilidad, si la limitación al ejercicio del derecho que importa es proporcional a la finalidad de la norma. Así se dice que “... si se coloca de un lado el derecho de un imputado criminal a recurrir en contra de la sentencia que lo condena, se comprueba el carácter esencial de la norma que protege el derecho fundamental, garantizado por la Constitución y los tratados internacionales, de resguardar su libertad. La simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales. El medio escogido no es congruente con su supuesta finalidad y representa la exclusión de derechos subjetivos trascendentales;...” Similar razonamiento se puede encontrar en el considerando 18 del voto disidente. En este sentido también se puede ver: MAIER, Julio Bernardo, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2° edición, 2° Reimpresión, Buenos Aires, 2002, p. 733.

⁵⁶ Con todo, no opondría objeciones en que la abrogación de la sanción alcance a todos los intervinientes, si con ello se evita que los imputados se vean privados de respuesta jurisdiccional por la inasistencia de sus defensores.

La aplicación de la sanción de abandono del recurso también es una realidad. Como muestra, sólo aportaré por el momento datos de la Región de Antofagasta. En 2008 hubo 16 abandonos de recursos, de los cuales 9 corresponden a defensores y el resto a querellantes; en 2009 se produjeron 20, entre los que se cuentan 13 relacionados con la defensa, los 7 restantes afectan a querellantes, y; en 2010 se produjeron 15 abandonos, de los que 14 corresponden a la defensa y uno a un querellante.⁵⁷ Todos estos casos demuestran que un número importante de personas no pudieron contar con una respuesta jurisdiccional a sus pretensiones por la incomparecencia de sus abogados a la audiencia de vista del recurso.

En nuestro país no existen cuestionamientos a la existencia y aplicación de esta norma. Por ello, a continuación, pretendo ofrecer una serie de argumentos sobre la desproporcionalidad de la medida legal en relación con el imputado, explicando de qué forma se produce una vulneración del derecho al recurso.

Para comprender la norma antes enunciada, hay que partir de ciertos supuestos básicos: 1) La defensa técnica es la regla general en el proceso penal chileno. Lo anterior, equivale a decir que la autodefensa es prácticamente anecdótica. Por lo tanto, las personas que enfrentan un proceso penal son en la gran mayoría de los casos, sino en todos, asistidas técnicamente por un letrado; 2) Sin perjuicio de la asistencia técnica, los imputados tienen derecho a la defensa material; 3) El deber de realizar las actuaciones que estimen más convenientes a los intereses de sus clientes recae sobre los abogados; 4) Uno de los principales deberes del abogado es representar a sus clientes ante los tribunales unipersonales o colegiados, concurriendo personalmente o por delegación a las audiencias a las que es citado; 5) Los abogados son responsables de las deficiencias observadas durante la prestación de los servicios profesionales; 6) Los tribunales deben velar, por mandato constitucional y legal, para que la defensa técnica se preste adecuadamente, sin impedimentos, restricciones o perturbaciones, pudiendo arbitrar los mecanismos correctivos para asegurar el derecho de defensa.

Partiendo de los supuestos someramente enunciados, el art. 358 inciso 2° es, desde la más básica noción de responsabilidad, incomprensible e injusto para el cliente, pues los efectos del incumplimiento de un deber y de la sanción contemplada recaen en una persona no responsable de la omisión o negligencia. Desde ya quiero dejar planteada la premisa sobre la que se construye la crítica al art. 358 inciso 2°: la asistencia técnica deficiente, evidentemente errada, u omisiva, no puede ser sancionada en cabeza del imputado.⁵⁸

Sobre la premisa precedente se formulan las normas sobre abandono de la defensa establecidas en los artículos 50, 106, 286 y 287 del CPP. Estas normas corroboran que cuando el abogado incurre en infracciones a sus deberes el único sancionado es él mismo y no su cliente. En estricto rigor, el supuesto de no comparecencia a la vista del recurso es uno de abandono de la defensa. La única diferencia es el momento en que se produce. Esto demuestra aún más la falta de explicación racional, en el trámite legislativo, sobre la alteración de la premisa descrita y la distinta solución a la que se arriba, con evidente perjuicio al cliente.

Por otra parte, es necesario recalcar que debe descartarse totalmente una sanción al imputado por una acción u omisión de su abogado, si existen otras formas de respuesta normativa o

⁵⁷ Esta información me fue proporcionada por Alejandro Ázocar Zubicueta, abogado asesor de la Fiscalía Regional de Antofagasta, a quien agradezco su generosidad.

⁵⁸ CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4°, edición actualizada y ampliada, 2° reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2003, pp. 428-431. El autor cita el fallo “Moyano” en que la Corte Suprema argentina conociendo un recurso extraordinario señaló que “la garantía constitucional de la defensa en juicio resultaba violada al haberse sancionado la falta del defensor en cabeza del imputado”, p. 428. De ahí en adelante, son muchas las sentencias de diversos tribunales provinciales y de la Cámara Nacional de Casación Penal que vienen reiterando este precedente.

institucional que puedan ser implementadas para evitar los efectos de una actuación profesional de mala calidad, negligente o extemporánea o para contrarrestar los producidos por la desidia u omisión del letrado. De lo contrario, implicaría aceptar que el mismo sistema que debe asegurar y proteger el ejercicio legítimo, adecuado y oportuno de los derechos, consiente y ampara su lesión. En esta situación se encuentra el imputado que producto de la omisión o negligencia de su defensor se ve privado del derecho al recurso, sin que el ente jurisdiccional, por un mero mandato legal, se considere obligado a ejercer el deber que surge del art. 19 N° 3 y arts. 8 de la CADH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP). Huelga decir que en caso de colisión entre normas internas e internacionales, nuestro sistema contiene un mandato constitucional claro en las Bases de la Institucionalidad.

4.1 ¿El abandono del recurso produce indefensión?

Un intento de respuesta a este interrogante no puede pasar por alto que el recurso es también ejercicio del derecho a la acción ante entes jurisdiccionales y, consecuentemente, en el caso del imputado, expresión inequívoca del derecho de defensa.

El Tribunal Constitucional español en sentencia N° 62/2009, de 9 de marzo de 2009, señaló que

"la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales."

A su vez, la Corte Suprema argentina en el fallo "Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja y casación y extraordinario", de 16 de noviembre de 2004 también se ha expedido sobre el particular sosteniendo que

"[...] en materia criminal en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502)."

Nuestro máximo tribunal tuvo oportunidad de referirse al derecho de defensa en sentencia de 8 de julio de 2009, Rol N° 2041-09, a raíz de un recurso de queja contra una resolución que simultáneamente declaró admisible el recurso de nulidad y, mediando una certificación del relator, lo declaró abandonado.⁵⁹ Es importante notar que la Corte Suprema se refirió al derecho a interponer recursos procesales como integrante de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa. Asimismo, citando doctrina procesal comparada y nacional, señaló que una de las garantías defensivas más evidentes está constituida por el derecho a interponer recursos contra las decisiones judiciales desfavorables para el imputado y que la satisfacción de la exigencia de *doble conformidad* se cumple mediante el establecimiento del recurso de nulidad, concebido en forma amplia, como vía de impugnación de la sentencia dictada en un juicio oral, y que permite en términos generales la invalidación del juicio oral y la sentencia. Finalmente, destaca que

⁵⁹ Se trata de la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco de 16 de marzo de 2009, Rol N° 197-2009.

“En tal virtud, resulta indiscutible que el derecho al recurso y a la consecuente revisión de lo fallado por una instancia superior, no puede ser menoscabado, so pena de contravenirse no sólo principios fundamentales del enjuiciamiento criminal, sino también los tratados internacionales ratificados y vigentes, cuyas normas- artículo 8º, Nro 2, letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14, párrafo 5 º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - consagran el derecho de toda persona a recurrir del fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior.”

La Corte Suprema construye un discurso fundado normativa y doctrinariamente para afirmar que “la aplicación de dicho precepto [art. 358 inciso 2º] y la sanción que contempla, aparece efectuada prematuramente, confundiendo el tribunal dos actuaciones procesales claramente diferenciadas en la ley, realizándolas en una misma oportunidad, lo que llevó a afectar el derecho fundamental del imputado a que la sentencia condenatoria fuera revisada por el tribunal superior, ocasionándole un perjuicio evidente”. Esto puede considerarse como un gran logro.

No obstante, creo, que la Corte no advierte que el mismo razonamiento que se emplea para cuestionar la aplicación prematura de la sanción, se puede usar para cuestionar la existencia y aplicación, en cualquier momento, del inciso 2º del art. 358 al imputado. No se trata sólo de un error en la oportunidad de la aplicación, sino que, por sobre todo, estamos frente a una “mala” solución normativa, cuyos efectos son abiertamente inconstitucionales.

Con todo lo dicho, me parece, que debiéramos preguntarnos: ¿Por qué un sistema que le reconoce derechos y garantías al imputado debería tolerar que los pierda por una actuación u omisión en la que no ha podido incidir directamente, en especial si se encuentra privado de libertad?

En mi opinión, no resulta racional ni proporcionado privar a los encausados de garantías cuando, estando o no privados de libertad, no tienen forma de fiscalizar el cumplimiento de los deberes profesionales por parte de sus representantes judiciales ni, menos aún, lograr el cumplimiento forzado del encargo. Como es obvio, la relación entre abogado y cliente, fundada en la confianza mutua, deja entregada a la responsabilidad del profesional el cumplimiento del mandato en los extremos acordados. A esa confianza debe responder el abogado. Frente a la negligencia del abogado que abandona a su cliente durante la tramitación del recurso, no se puede agregar la actitud de la corte de denegarle al imputado el acceso a la revisión, por una conducta que no le es imputable. De lo que se trata es que no se sume al incumplimiento profesional un incumplimiento jurisdiccional. El justiciable también debe tener buenas razones para confiar en el sistema procesal que no debe ser visto sólo en su faceta de persecución y juzgamiento, sino que también de protector y garante del libre y adecuado ejercicio de sus derechos y facultades.

4.2 Necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* de la sanción

Mi punto de partida, en relación con la sanción del abandono del recurso, es que se trata de una solución normativa desproporcionada, en dos sentidos. En primer lugar, porque a diferencia de lo que ocurre con la regulación general del abandono de defensa, no se buscan ni implementan otras soluciones menos graves e igualmente eficaces. En segundo lugar, porque se sacrifica el derecho al recurso – derecho fundamental- por una razón exclusivamente de economía procesal y *eficientista*: la conclusión no dilatada de la causa penal.

Como se sabe el principio de proporcionalidad, aplicado al razonamiento jurídico, asume el carácter de un test que tiene el mismo número de etapas que número de criterios se señalan para el principio que le da origen. Sostengo concretamente que el precepto que se critica en esta parte de la

ponencia no superaría el test de proporcionalidad en sus dos últimas etapas: el test de necesidad de la intervención y el test de la proporcionalidad *stricto sensu*.⁶⁰

En el caso que nos ocupa frente a la pregunta de si ¿el abandono del recurso es la única, más idónea y menos gravosa de las medidas que se pueden adoptar frente a la no comparecencia del defensor, para lograr un correcto funcionamiento del sistema procesal penal?, la respuesta no puede ser sino negativa. Debe tenerse en cuenta que el Estado, a través de cualquier órgano, sólo está facultado para privar o restringir las libertades o derechos individuales cuando no puede alcanzar un determinado objetivo de otra forma.⁶¹ En este caso, sí hay una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz para lograr el fin propuesto: el funcionamiento del sistema con respeto a los derechos y garantías. La alternativa no es otra que la aplicación de la reglamentación general sobre abandono de la defensa, lo que supondrá que la responsabilidad se hará recaer sobre el letrado y que el imputado no se verá perjudicado en el acceso al recurso, pues la impugnación se mantendrá vigente, pudiendo contar siempre con defensor penal público.⁶² Esta solución compatibiliza, por un lado, el derecho del interviniente y, por otro, la necesidad del sistema de funcionar sobre bases racionales desde un punto de vista económico, pues la audiencia podrá suspenderse por un plazo prudencial para que el nuevo abogado pueda informarse de los detalles del caso, estudiar la sentencia y el medio impugnatorio.

La proporcionalidad en *sentido estricto* implica inquirir si ¿es correcto sacrificar el derecho de defensa sólo por razones de buen funcionamiento del sistema judicial? Esto equivale a preguntar si las ventajas derivadas a favor de la protección del bien público -funcionamiento del sistema procesal penal- compensan los perjuicios causados en el derecho que se priva. En este sentido, creo que los beneficios o ventajas que genera, para el funcionamiento del sistema penal, la declaración de abandono del recurso no son muy altos. Por el contrario, de adoptarse el régimen general sobre abandono de la defensa, la vista de la causa podría realizarse en los días próximos, sin afectarse la eficiencia del sistema procesal y asegurando de paso la legitimidad de la respuesta jurisdiccional. Además, los perjuicios que produce –la aplicación de la sanción- al recurrente son excesivos, con la agravante que se trata de una sanción que hace recaer en sus hombros la omisión de su representante. En términos muy simples, la ganancia que experimenta el sistema es menor, la pérdida de legitimidad es sensible y el sacrificio es no sólo injusto, sino también innecesario.

En el mismo contexto de la proporcionalidad *strictu sensu*, que no es otro que el de las ventajas y perjuicios que conlleva, no se puede operar con *miopía juridico-funcional*. Sería miope, por ejemplo, no considerar los perjuicios que puede derivarse para el conjunto del sistema jurídico que el Estado chileno sea condenado internacionalmente por vulnerar el derecho al debido proceso al declarar un tribunal el abandono de un recurso oportunamente presentado que contiene una clara manifestación de voluntad del imputado.⁶³ Ese perjuicio sería, en mi parecer, mucho mayor, si la declaración de abandono implica la no comparecencia de un defensor penal público.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sostuvo en la Observación General N° 32, de 2007, que

⁶⁰ Para verificar la aplicación del test de proporcionalidad en el ámbito interamericano, ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kimel vs. Argentina, 02/05/08, párrafos 56-95.

⁶¹ BASTRESS, Robert, “El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano”, en INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, INAP (1997): *Cuadernos de Derecho Público* (N° 5, septiembre-diciembre 1997). *El Principio de Proporcionalidad* (Madrid) 1998, pp.239-254.

⁶² Es necesario tener en cuenta que la defensa penal pública está siempre disponible para el recurrente, incluso si quien no ha concurrido a la vista del recurso es un defensor penal público.

⁶³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 32, 23/08/2007. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. Según el Comité: “El derecho a la revisión del fallo condenatorio se infringe también si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de apoyo de su recurso, privándolo así de la oportunidad de buscar a otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación”.

“Los abogados nombrados por las autoridades competentes sobre la base de esta disposición deberán representar efectivamente a los acusados. A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos, pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia.”

A la luz de la interpretación del Comité resulta evidente que el Estado puede ser estimado responsable por la mala conducta profesional, incompetencia o no presentación a una audiencia de un defensor penal público por violación del derecho al recurso, de la que se derive perjuicio para un imputado. Este aserto tiene su refrendación en los arts. 38 de la CPR, 4 y 42 de la Ley N°18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que contempla la responsabilidad de los órganos de la Administración por los daños que causen por falta de servicio.

La conclusión anterior, pone a los tribunales superiores en una situación curiosa, y yo diría poco razonable, en cuanto órganos del Estado. Las cortes con una aplicación rigurosa del art. 358 inciso 2° pueden comprometer seriamente la responsabilidad internacional y patrimonial del Estado, si declaran el abandono del recurso por la incomparecencia de un defensor penal público. ¿Alguien puede creer que es eso lo que quiso el legislador? ¿No es la declaración de abandono una invitación a demandar al Estado, con prueba generada por los propios órganos estatales? ¿Se puede estimar racional un sistema procesal que prohíba una situación como la descrita? Creo que un legislador racional no puede nunca querer comprometer la responsabilidad del Estado cuya soberanía representa.

4.3 Propuesta de solución. Aplicación de reglas generales

A partir de las ideas formuladas más arriba de que la asistencia técnica deficiente, evidentemente errada u omisiva, no puede perjudicar al imputado y que el supuesto de no comparecencia a la vista del recurso es uno de abandono de la defensa, la propuesta es la modificación del art. 358 inciso 2°, en el siguiente sentido: la aplicación de las reglas generales sobre abandono de la defensa, estableciendo una sanción específica y directa al letrado que no ha comparecido, la designación de otro defensor y la fijación de una nueva audiencia.

En todo caso, la fijación de una nueva audiencia debe considerar el otorgamiento de un tiempo prudencial, que permita real y efectivamente el ejercicio del derecho a la defensa, sin espacio para la improvisación que pueda transformar la solución más en rito procesal que en verdadera sustancia.⁶⁴

⁶⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional de España 105/1999, de 14 de junio de 1999, se resiste al cumplimiento meramente formulario del derecho de defensa y aboga por la sustancialidad del mismo.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

- BELING, Ernst von. *Derecho Procesal Penal*, Traducción del alemán y notas por Miguel Fenech, Edit. Labor S.A, Barcelona, 1943.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Tomo I Derecho penal Parte General*, Ara Editores, Perú, 2004, pp. 735-741; CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4º edición actualizada y ampliada, 2º reimpresión, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2003.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1º Reimpresión, Santiago de Chile, 2005.
- MAIER, Julio Bernardo, *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2º edición, 2º Reimpresión, Buenos Aires, 2002.
- POLITOFF L., Sergio, MATUS A. Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1º edición, Santiago de Chile, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

Artículos de revistas o capítulos de obras colectivas:

- BARRIENTOS PARDO, Ignacio. “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio -ir por lana y salir trasquilado-. *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 9, 2007.
“Recurso Efectivo Contra la Sentencia que No Concede Beneficios de la Ley N° 18.216”, *Revista de Estudios de la Justicia*. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 11, 2009.
- BASTRESS, Robert, “El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano”, en INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, INAP (1997): *Cuadernos de Derecho Público (N° 5, septiembre-diciembre 1997). El Principio de Proporcionalidad* (Madrid) 1998.
- BRICEÑO DOMÍNGUEZ, Sebastián, “Observaciones al art. 343 inc. 4º CPP”, *La Semana Jurídica* N° 303, edición del 28 de agosto al 3 de septiembre de 2006. TARUFFO, Michele. “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”, *Doxa* N° 22, 1999.
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, Primer Informe, 20 de octubre de 1998, Boletín N° 2217-07.
- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, Primer Informe, 16 de octubre de 2001, Boletín N° 2217-07.
- CAFFERATA NORES, José, “La prohibición de la *reformatio in peius* en el juicio de reenvío”, *Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales (¿Contradicción o Equilibrio?)*, Editorial Mediterránea, Buenos Aires, 2002.
- HORVITZ L., María Inés, “Las Medidas Alternativas a la Prisión (Algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216)”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 21.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “Algunos Aspectos Procesales de la Ley 18.216”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 10, 2008.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/B*.
- TARUFFO, Michele. “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”, *Doxa* N° 22, 1999.

Jurisprudencia nacional:

Corte Suprema

- Sentencias: Causa Rol N° 5594, 06/10/87; Causa Rol N° 27.085, 0/01/90 (en Gaceta Jurídica, 1990, N° 115, p.59); Causa Rol N° 27.666, 12/03/90 (en Gaceta Jurídica, 1990, N° 118, p. 48); Causa Rol N° 28.507, 13/09/91 (en Gaceta Jurídica, 1991, N° 136, p. 84); Causa Rol N° 1960-98, 13/08/98; Causa Rol N° 1985-04, 08/07/04; Causa Rol N° 5097-04, 06/12/04; Causa Rol N° 3478-05, 09/05/05; Causa Rol N° 1782-05, 31/05/05; Causa Rol N° 1317-06, 28/03/06 (texto completo de la sentencia que se confirma en Lexis Nexis, Número identificador 34028); Causa Rol N° 6112-06, 17/01/2007; Causa Rol N° 4012-10, 02/09/2010; Causa Rol N° 843-11, 14/02/11.

Cortes de Apelaciones, Tribunales Orales y de Garantía.

Cortes de Apelaciones

- Corte de Apelaciones de Antofagasta: Causa Rol N° 221-06, 23/05/07; Causa Rol N°24-07, 13/02/07; Causa Rol N° 253-07, 28/11/07; Causa Rol N° 103-08, 11/06/08; Causa Rol N° 123-08, 05/07/08; Causa Rol N° 274-

2008,16/12/08; Causa Rol N° 127-09, 03/06/09; Causa Rol N° 178-09, 14/07/09; Causa Rol N° 83-10, 14/04/10; Causa Rol N° 86-10, 27/04/10; Causa Rol N° 134-10, sentencias de 25/05/10 y 22/11/10; Causa Rol N° 154-10, 31/05/10; Causa Rol N° 21-11, 18/02/11.

- Corte de Apelaciones de Coyhaique, Causa Rol N° 48-05, 24/08/05.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Causa Rol N° 194-06, 02/08/06.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Causa Rol N° 202-07, 24/08/07.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, Causa Rol N° 233-07, 10/07/07.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa Rol N° 377-06,28/04/06; Causa Rol N° 338-2006, 05/05/06.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 24-06, 18/05/2006; Causa Rol N°1480-2006, 06/09/06; Causa Rol N° 53-08, 24/01/2008.
- Corte de Apelaciones de Temuco, Causa Rol N° 197-09,16/03/09; Causa Rol N° 251-10, 11/05/10.
- Corte de Apelaciones de Valdivia: Causa Rol N° 71-07, 28/03/07; Causa Rol N° 521-2009, 21/12/09.

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, Causa RIT N° 26-2010, RUC 0900387823-3, 30/03/10
- Tribunal de Juicio oral en lo Penal de Coyhaique, Causa RIT N° 17-2005, RUC 0400047000-2, sentencias de 8/07/05 y 10/10/05.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Causa RIT N°56-2007, RUC 0500655952-4, sentencias de 17/04/07 y 25/08/07.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, Causa RIT N° 71-2008, RUC 0700985863-0, sentencias de 02/05/09 y 16/12/09.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Causa RIT N°21-2010, sentencias de 30/03/2010 y 23/06/10.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, Causa RIT N° 221-2009, sentencias de 15/04/10 y 11/10/10.
- Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Causa RIT N° 73-2005, RUC 0500250108-4, 24/12/05; Causa RIT N° 162-2006, RUC 0500250108-4, 02/08/06; Causa RIT N° 273-2006, RUC 00600170079-9, sentencias de 13/09/2006 y 09/04/07.
- Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Causa RIT N° 19-2006, RUC 0500234830-8, sentencias de 24/03/06 y 19/06/2006; Causa RIT N° 95-2005, RUC 0510009415-2, 26/01/06.

Tribunales de Garantía

- Séptimo Tribunal de Garantía de Santiago, Causa RIT N° 7503-2006, RUC 0600289809-6, 28/12/07.

Tribunal Constitucional.

- Sentencia:
Causa Rol N° 670-06, 06/04/07, sobre requerimiento de inaplicabilidad del art. 11 de la Ley N° 19.806, en relación con el art. 25 de la Ley N° 18.216.
Causa Rol N° 986-07, 30/01/08, sobre requerimiento de inaplicabilidad del art. 387 inciso 2° del CPP. Voto disidente ministros don Hernán Vodanovic Schnake, don Mario Fernández Baeza y don Jorge Correa Sutil.

Jurisprudencia comparada.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-252, 28/02/01.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 105/1999, de 14/06/99.
- Tribunal Supremo de España, Sentencia N° 153-2001, 9/02/2001

Jurisprudencia e Informes de Organismos y Tribunales Internacionales

- Comité de Derechos Humanos, Cesáreo Gómez Vásquez vs. España, caso 701/1996, dictamen de 20/06/00.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, 23/08/2007. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, 02/05/08. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.doc. [fecha de consulta: 20 de enero de 2011]