

**TRES APUNTES SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD
Y EL ENJUICIAMIENTO FÁCTICO A PROPÓSITO DE
TRES FALLOS DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES
DE LA SERENA***

CARLOS DEL RÍO FERRETTI**

RESUMEN: La regulación del sistema de recursos tiene diversas deficiencias más o menos acusadas, que a nuestro juicio están relacionadas con dos cuestiones fundamentales. Por una parte, con una marcada característica lagunar de su normativa, registrándose aspectos completos que no reciben regulación o reciben un tratamiento incompleto o inacabado, y, de otra, con un carácter extremadamente restrictivo y débil (ineficaz) del mismo sistema recursivo en su conjunto y en particular del recurso de nulidad. El presente ensayo se centrará en esta última característica, la que se examinará a través de tres sentencias dictadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena.

PALABRAS CLAVE: Proceso – debido proceso – derecho al recurso – recurso de nulidad.

**THREE NOTES REGARDING THE APPEAL FOR
ANNULMENT AND THE FACTUAL PROCEDURE AFTER
ANALYZING THREE JUDGEMENTS PASSED BY THE APPEALS
COURT OF LA SERENA**

Abstract: The regulation of the appeals' system has several deficiencies more or less noticeable, that in our belief are related to two fundamental issues. On one hand, marked by characteristic gaps in its regulations, registering complete aspects that are not covered by any

* Esta publicación es resultado del Proyecto FONDECYT Regular Nº 1100865, titulado *El derecho al recurso en el proceso penal: su contenido, eficacia y condicionamientos normativos y jurisprudenciales*, del cual el autor es investigador principal.

** Profesor de Derecho procesal de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (ESPAÑA). Correo electrónico: cdrio@ucn.cl
Fecha de recepción: 29 de julio de 2010.
Fecha de aprobación: 16 de agosto de 2010.

regulation or receive an incomplete treatment; and on the other, having an extremely restrictive and weak (ineffective) character of the same appealing system as a whole and particularly regarding the appeal for annulment. This essay deals with this last characteristic which will be examined through three judgments passed by the Appeals Court of La Serena.

Key Words: Process – Due process – Right of Appeal – Appeal for Annulment.

1) CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1) UN SISTEMA CON PROBLEMAS IMPORTANTES

La regulación del sistema de recursos tiene diversas deficiencias más o menos acusadas, que a nuestro juicio están relacionadas con dos cuestiones fundamentales. Por una parte, con una marcada característica lagunar de su normativa, registrándose aspectos completos que no reciben regulación o reciben un tratamiento incompleto o inacabado, y, de otra, con un carácter extremadamente restrictivo y débil (ineficaz) del mismo sistema recursivo en su conjunto y en particular del recurso de nulidad.

Nuestro análisis se concentrará en esta última característica. En lo fundamental nos interesa poner de relieve que esta –la ineficacia o debilidad recursiva– se presenta en contradicción insuperable con un sistema procesal que en sus aspectos esenciales pretende y declara (art. 1 CPP paradigmáticamente) basarse en la idea y tradición cognoscitivista (racionalista) de jurisdicción y proceso. En efecto, en dicha tradición la aplicación del Derecho penal al caso concreto ha de ser una aplicación correcta (o aspirar a ello), para lo cual el proceso debe contemplar todos los medios técnicos adecuados a la función, esto es, destinados a maximizar lo más posible el cometido funcional del proceso. En esta línea es sugerente lo defendido por Taruffo¹, cuando con agudeza sostiene que la orientación del proceso a la obtención de decisiones justas se convierte en una exigencia del debido proceso². Para el autor la clave está en la

¹ TARUFFO, Michele (2008). “¿Verdad negociada?”, en él mismo: *La prueba*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 229-249.

² Aquí seguramente haya una diferencia sustancial con las posiciones de Damaška o Fletcher. DAMAŠKA, Mirjan (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, traducción de Vidal Morales, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, especialmente pp. 154 y ss; 212-213; 233-234; 330-332 y 381-388; y DAMAŠKA, Mirjan (2003). *Il diritto delle prove alla deriva*, traducción de Cuomo Ulloa, Bologna: *Il Mulino*, pp. 174-178. Bien es verdad que el autor, sobre todo en la primera obra, expone dos formas generales de concebir la justicia: orientada a la resolución de conflictos (típica del *laissez faire*) o dirigida

necesidad no excluyente de garantías procesales y de decisión correcta en la noción de “justo proceso”, al punto de que este (el proceso) no se satisface con la pura dimensión “*procedural justice*” con renuncia a la decisión correcta. Por ese motivo se afirma la necesidad de que el proceso se encuentre orientado a la consecución de la misma, y que dicha sistemática orientación sea una consecuencia o exigencia del proceso justo o debido proceso. De esa manera también se explica que la forma jurisdiccional de aplicación del Derecho y especialmente del Derecho penal³ sea en sí misma una garantía. Es decir, se explica su condición de tal fundamentalmente porque asegura un grado de legalidad y racionalidad en la decisión

a la aplicación de políticas (típica del activismo del Estado de Bienestar). Con todo, estas concepciones se combinan con formas y estructuras de los órganos o autoridades judiciales existentes en cada sistema de justicia (formas de ejercicio del “Poder Judicial”), en las que se distinguirían el poder jerárquico y el paritario. Los modelos procesales concretos surgirían de la combinación de las dos orientaciones generales de los procesos con las dos formas de ejercicio de poder. Es decir, de las combinaciones de procesos como resolución de litigios o aplicación de políticas con las formas de poder jerárquicas o paritarias. En la exposición se realiza un amplio conjunto de matices y precisiones, sin embargo, detrás del discurso construido subyace una lógica de tensión excluyente donde cada variable procesal o forma de poder se mira como opuesta e inversamente proporcional a la otra, lo cual resulta discutible, especialmente por la elección de los modelos opuestos y sus configuraciones. También véase a FLETCHER, George (2004). *Grammatica del diritto penale*, traducción al italiano de Papa, Michele, Bologna: Il Mulino, pp. 323-335.

³ MONTERO AROCA, Juan (1997). *Principios del proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-21; FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, *passim* y más precisamente, pp. 33-116 y 537-603, aunque a lo largo de toda la obra subyace la idea de que el garantismo penal descansa en la garantía jurisdiccional. Sin ella se diluyen las demás garantías procesales y sustanciales o de Derecho material. En la misma línea, DE CARO, Agostino (2004). “Le linee politiche della legge n. 134 del 2003, principi fondamentali e nuovo ‘patteggiamento’”, en él mismo (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 5 y ss; RUGGIERO, Andrea (2004). “Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 77 y ss; DE ROSA, Damiano (2004). “La diferente tipologia delle sentenze ‘di patteggiamento e i nuovi effetti premiali connessi alle specifiche forme procedurali’”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 87 y ss; CECANESE, Gianfederico (2004). “Natura della sentenza che applica la pena e procedimento disciplinare”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 146-147; CAPPÀ, Alessandra (2004). “Profili problematici della revisione della sentenza ‘patteggiata’”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè, pp. 153-173; MARCOLINI, Stefano (2005). *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano: Giuffrè, pp. 160-176 y 183-187. Cabe poner de relieve la crítica que se ha hecho en este sentido a sistemas de negociación penal como el estadounidense. ILLUMINATI, Giulio (1988). “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, en VV. AA: *Enciclopedia Giuridica, Istituto della enciclopedia italiana*, tomo I, Roma:..., p. 4, no duda en calificar al sistema de negociación penal estadounidense (que es la forma general de aplicación de la Ley penal en ese país) como un sistema de aplicación de la Ley penal de carácter burocrático-administrativo, el cual en definitiva toma el lugar del sistema jurisdiccional y acusatorio teóricamente consagrado.

(adjudicación) que no es alcanzable por ninguna otra forma de aplicación del Derecho o medio de resolución de conflictos⁴⁻⁵.

1.2) DERECHO AL RECURSO Y DEBIDO PROCESO

Cuando el análisis arranca desde la exigencia del derecho al recurso incardinado en el debido proceso, y dentro de él en la tutela judicial efectiva, resulta fundamental la consideración precedente, porque se convierte en un excelente argumento en orden a que la existencia de un derecho al recurso aparecería naturalmente exigido por el justo proceso en cuanto medio procesal-epistémico dispuesto en el proceso para la obtención de decisiones correctas o justas, tal como las ha conceptualizado Taruffo⁶. En la misma línea, Nuzzo⁷ pone de relieve la relación íntima de la función procesal y los medios de impugnación. Entonces, de aquí resulta que el recurso es garantía procesal y, al tiempo, regla o garantía epistemológica, vale decir, un mecanismo a disposición de las partes para impugnar las resoluciones que les perjudican (garantía procesal) y, además, un medio procesal para maximizar el acierto judicial y las decisiones justas (regla epistemológica).

Pero todavía, con mayor grado de especificidad, se habrá de constatar que un sistema procesal con vocación cognoscitivista, con un sistema de valoración racional del mérito probatorio, tenderá a prever en su diseño, a su vez, un sistema de recursos eficientes. No es coherente consagrar el carácter racional cognoscitivo del modelo procesal y luego no garantizar adecuadamente dicha orientación. Por el contrario, en los modelos de carácter no cognoscitivista, que enfatizan la perspectiva intimista o subjetiva del enjuiciamiento fáctico, como aquel resultado que surge del contacto inmediato del juzgador con la práctica de la prueba, como “fogonazo” de

⁴ FERRAJOLI, Luigi (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol I, Roma-Bari: Laterza, *passim*, y especialmente pp. 333 y ss., 695 y ss., y del volumen II, pp. 71 y ss., 90 y ss., 212 y ss. Previamente pero solo limitado al Derecho penal, FERRAJOLI (1995) *passim*.

⁵ Ello se traduce sin duda en su carácter esencialmente cognoscitivista (o antidecisionista), que implica que la decisión no pueda ser tomada sino en función de la comprobación o refutación de hipótesis por las pruebas practicadas, condición que se convierte en necesaria (aunque no suficiente) para la correcta aplicación del Derecho. Decisión que en cuanto resultado contrastable, racional y legal queda sometida a control jurisdiccional, que opera como una garantía secundaria de naturaleza epistemológica sobre la misma garantía jurisdiccional. Aplicación del Derecho que además, cabe decirlo, está asegurada por un conjunto de garantías orgánicas como la independencia y única sumisión a la ley, la imparcialidad, la predeterminación legal del órgano judicial, entre otras. Por ello, en el Derecho moderno la forma más perfecta de asegurar la interdicción de la arbitrariedad es la aplicación jurisdiccional del Derecho y es por la misma razón que el Derecho penal *ab initio* solo admite esta forma de aplicación.

⁶ TARUFFO (2008) 229-249.

⁷ NUZZO, Francesco (2008). *L'appello nel processo penale*, Milano: Giuffrè, p. 3 y pp. 38-39.

convicción holístico, inverificable e insustituible, dispondrá normalmente de un débil sistema de recursos, que prácticamente impida cualquier control sobre el enjuiciamiento. Nótese como, por ejemplo, Ferrer Beltrán⁸ aparece apuntando la relación existente entre un sistema de valoración racional de la prueba y la existencia de controles por vía recursiva eficientes, en contraste con las concepciones irracionales de la prueba o eminentemente persuasivas que en general propician sistemas recursivos muy débiles que en la práctica impiden cualquier control eficaz sobre la racionalidad del juicio fáctico y la forma de valoración de la prueba. En consecuencia podría decirse que existe en los sistemas probatorios la siguiente relación: mientras más racional sea la motivación-valoración, más posibilidades de articular controles eficaces sobre la corrección del juicio fáctico y jurídico, y, al contrario, mientras más orientada por la persuasión (subjetiva) y con valoración intimista e irracional, menos posibilidades de control, favoreciendo –en la práctica– modelos recursivos débiles o incluso ineficaces.

Desde la perspectiva cognoscitivista anotada, el recurso no es el medio para sustituir una valoración íntima y subjetiva por otra de la misma naturaleza, sino la vía para verificar la racionalidad del juicio mismo como resultado de la valoración de la prueba o, en el caso del segundo grado (apelación), la forma de sustituir una valoración comprobadamente incorrecta.

El CPP chileno (y su concreta aplicación jurisprudencial imperante) viene a padecer de una grave incoherencia, pues de una parte el legislador ha previsto una rigurosísima regla de motivación fáctica y jurídica, incluso en algunos aspectos exagerada, en el art. 297 CPP, y ha proclamado unas reglas de valoración explícitas, aunque inconvenientemente genéricas, y no obstante toda esa pretendida rigurosidad del legislador se ha visto frustrada por la escasísima apertura recursiva, como controles adecuados tanto respecto de la calidad de la motivación como de la corrección del juicio de valoración de los medios de prueba para la fijación del juicio fáctico. Con lo anterior se deriva a un sistema que solo proclama pero no asegura o garantiza la motivación y la correcta valoración de la prueba, y que de alguna manera acaba dejando en la ineficacia una de las finalidades mismas de la motivación tan bien puesta de relieve por Calamandrei⁹,

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 62-66; GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons, p. 8; y antes TARUFFO, Michele (2005). *Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, traducción de Monroy Palacios y Monroy Gálvez, Lima: Palestra Editores, pp. 167-219.

⁹ CALAMANDREI, Piero (2006). *Proceso y democracia*, traducción de Fix Zamudio, Lima: Ara, pp. 101-109.

cuando señalaba que uno de sus propósitos es la de hacer posible la impugnación de las mismas¹⁰.

En fin, no se debe olvidar que el sistema de recursos tiene una influencia modeladora sobre las fases anteriores del proceso (retroactúa sobre estas). Así, en lo que nos interesa, un sistema de recursos sano, es decir, normativamente eficaz y coherente con el diseño procesal cognoscitivo, retroactuará sobre las fases procesales anteriores, reforzando el carácter racional de las mismas: el juez de instancia tendrá un estímulo virtuoso para el cumplimiento más cuidadoso de sus deberes jurídicos en la adopción de las decisiones de fondo si sabe que deberá enfrentar el escrutinio de las partes y, a través de ellas, eventualmente, el examen vía recursos jurisdiccionales efectivos. Un mal sistema de recursos, en cambio, retroactúa nocivamente haciendo evanescente lo que el proceso se esmeró en prometer: motivación y valoración de la prueba racionales¹¹.

2) CASOS EN LA JURISPRUDENCIA Y COMENTARIOS SOBRE ESTOS

Las reflexiones que siguen vienen provocadas por tres fallos de la Corte de Apelaciones de La Serena respecto de cuestiones referidas al enjuiciamiento fáctico. El enfoque general demostrará que las soluciones jurisprudenciales manifiestan un síntoma de “patología normativa” importante que actualmente padece el proceso penal en lo tocante a recursos. Y para ello hemos centrado nuestra atención en decisiones de la Corte que son a nuestro juicio correctas, pero que siendo correctas, anulan sentencias de instancias de una bajísima calidad. Lo anterior sin duda es preocupante, pero también lo es el tipo de argumento que utiliza la Corte para entrar en cada caso a hacer el control recursivo, sin distinguir situaciones distintas y grados de control que se pueden verificar: aquí puede estribar una de las razones fundamentales de la debilidad del recurso de nulidad en lo que va de reforma. En suma, su escasa precisión técnica no ha sido suplida tampoco por la jurisprudencia. Bien es verdad –y justo es decirlo–, el defecto es sobre todo imputable al legislador.

Con una mirada especulativa se podría intentar encontrar algunas razones concomitantes en los procesos mal preparados en su primera fase, investigaciones inacabadas o incompletas que al pasar a juicio se traducen en procesos con escasez de pruebas, y que los tribunales –en una posi-

¹⁰ Nótese que Nuzzo (2008) 24, cree que este fin endoprocésal de la motivación, constitucionalmente consagrado (art. 111.6 Constitución italiana) puede ser un argumento a favor del respaldo constitucional del recurso de apelación.

¹¹ Incluso para quienes sustentan opiniones distintas respecto de los recursos acaban reconociendo que estos retroactúan sobre las fases procesales anteriores. TWINING, William (2006). “What is the Law Evidence?”, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª edición, Cambridge: University Press, pp. 220-222.

ción de sentido común y pragmatismo— consienten con sus sentencias estimatorias de las pretensiones procesales del MP, con la contrapartida de autopermitirse decisiones judiciales pobremente formuladas, apenas motivadas, y con una valoración de la prueba débil que a ratos se acerca a lo intuitivo o al fogonazo de convicción, más vinculada a las experiencias previas de los jueces en casos parecidos que con el mérito del proceso. Es decir, en un contexto procesal y probatorio paupérrimo, con un grado también bajísimo de confirmación de la imputación, con el consiguiente relajo del estándar probatorio —muy útil para las necesidades del MP— el Tribunal se permite dictar “fallos rápidos” y funcionales a las necesidades operativas del sistema (*quid pro quo*). Lamentablemente con esa visión “gerencial” más o menos consciente de la justicia se nos escapa —a través de los resquicios del sistema— la tutela jurisdiccional y su profundo sentido de legitimidad. La Corte en ese desalentador panorama y con un recurso extraordinario tiene que corregir los errores judiciales, las decisiones incorrectas en la instancia. Lo cierto es que a veces el alto tribunal aparece “atajando” errores mayúsculos, considerándose legitimado para ello más por el sentido jurídico fundamental de su función que por precisas consideraciones técnicas.

Es verdad que a veces en ello se observan inexactitudes y rodeos argumentales que quieren mantener incólume el principio difundido por la doctrina nacional de la intangibilidad del juicio fáctico y la supuesta soberanía del juez de instancia (esta idea tan dañina es una responsabilidad de la doctrina que alentó de diversas formas esta concepción, incurriendo en graves imprecisiones técnicas). En casos extremos de enjuiciamiento viciado o errado el sentido común de la Corte, sin embargo, se revela y reacciona. No siempre fundamenta adecuadamente sus resoluciones; en ocasiones esgrime argumentos jurídicos que nos parecen equivocados, otras veces hace declaraciones o utiliza conceptos imprecisos en nuestra opinión, pero al menos se corrigen decisiones de instancia manifiestamente erradas. Desde luego, con lo que decimos no queremos hacer de la necesidad virtud. La Corte muchas veces resuelve por necesidad de esa manera, pero ello no significa que esa realidad aplicativa sea satisfactoria o que baste para responder a los gruesos problemas que aquejan al sistema recursivo penal, y que hace rato vienen demandando una reforma legal seria.

Los casos escogidos en la jurisprudencia de la CA de La Serena se han resuelto en los dos últimos años y reflejan tres problemas distintos del enjuiciamiento fáctico y que manifiestan distintos grados de control sobre el mismo y que nos permitirá apuntar tres ideas sobre una proposición sistemática de control vía recurso de nulidad. Analizaremos los fallos por orden ascendente de tipo de control.

2.1) PRIMER GRADO DE CONTROL: PRUEBA DE CARGO COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD PREVIO AL ENJUICIAMIENTO FÁCTICO EN SÍ MISMO

El asunto se presenta en la sentencia, de 30 de marzo de 2010, Rol 47-2010, que se refiere a unas condenas por robos con intimidación y violencia basadas únicamente en la declaración como testigo de oídas de un policía. La situación procesal es la siguiente: una de las víctimas inmediatamente después de la perpetración del hecho refiere a un policía que reconoció a los autores, lo cual, sin embargo, queda contradicho por la misma en el juicio oral, cuando dijo que aquello no era efectivo, que los autores iban con el rostro cubierto, razón por la cual no pudo identificarlos y que su primera declaración al policía estuvo motivada por rencillas y desavenencias por asuntos de deudas y de convivencia previa. Tal fue la explicación dada al ser contrastada su declaración de juicio con la dada ante la policía el día mismo de la perpetración del hecho. En el juicio declaró también el policía como testigo de oídas respecto de lo que sabía de la identidad de los responsables por las referencias iniciales de la víctima. La sentencia condena porque considera que se probaba la participación culpable con (la sola) declaración del policía. El problema jurídico-procesal tiene dos aristas. Primero, ¿se les puede conceder algún valor incriminatorio a las primeras declaraciones de la víctima ante la policía cuando no las mantiene en el juicio oral, sino que justamente las modifica en sentido exculpatario? La respuesta es negativa, y para respaldar esta solución existe un conjunto de normas claro: arts. 296, 331 y 332 CPP, que excluyen la posibilidad de dotar de valor probatorio a las declaraciones previas por sobre las prestadas en el juicio mismo, que son las que poseen eficacia. Las anteriores podrían afectar la fiabilidad de las prestadas en juicio, pero no pueden sustituirlas. Una cosa es no creer o no dar por probado un hecho (en sentido negativo) y otro bien distinto es dar por probado el hecho positivo contenido en la declaración previa dada antes del juicio. De este modo, las declaraciones previas solo pueden tener eficacia probatoria negativa, estos es, pueden restar credibilidad a la declaración del juicio oral, cuando el contraste de estas no quede racional y circunstancialmente explicado por el deponente en el juicio. Pero lo anterior no puede ser confundido con la eficacia probatoria positiva, lo cual se traduce en preferir la declaración anterior al juicio por la que se presta en él, dando por probadas las afirmaciones contenidas en la primera.

La segunda arista del problema es si llegado a este punto con la primera respuesta negativa, puede defenderse o no el valor incriminatorio de la declaración del policía como testigo de oídas, prestada en juicio oral. La respuesta también ha de ser negativa. Dicho testimonio de oídas deviene ineficaz como prueba de incriminación positiva, cuestión que en nuestra opinión es consecuencia ineludible de haber perdido el carácter

de fuente de información incriminatoria positiva la declaración que sirve de fuente de conocimiento al testigo de oídas.

En efecto, la declaración previa de la víctima pierde la calidad de fuente de información incriminatoria en el momento que esta declara en el juicio oral en un sentido completamente distinto: de otro modo se estaría consintiendo que de forma indirecta, a través del testigo de oídas, ingresara al proceso información que procesalmente no es aprovechable y no puede ser dotada de eficacia probatoria, burlándose de este modo lo dispuesto en el conjunto normativo de los arts. 296, 331 y 332 CPP, cuando dispone expresamente que ha de preferirse la prueba del juicio oral y restársele eficacia a cualquier actividad indagatoria previa. Si se le cree al policía y no a la víctima, quiere decir que el juez prefirió fundar su fallo en la información dada por la víctima antes del juicio, privando de eficacia probatoria a la misma declaración del juicio oral de esta, cuestión que en nuestro Derecho no tiene respaldo normativo, sino que aparece en oposición a las normas indicadas.

Consecuentemente, lo que acontece –en el caso– es que la condena se queda sin prueba válida y objetivamente incriminatoria. En otras palabras, no se puede conceder eficacia incriminatoria a la primera declaración ni tampoco –con mayor razón– al testigo de oídas que adquiere el conocimiento de una fuente de información que deja de poseer el carácter de tal desde el mismo momento que la víctima no mantiene su declaración en juicio.

La condena sin prueba de cargo válida y objetivamente incriminatoria, en contra de lo que sostiene el fallo y el recurrente, no es exactamente un asunto de infracción de la correcta valoración de la prueba, sino más bien lesiona la presunción de inocencia. En efecto, aquí no hay una incorrecta aplicación de una máxima de experiencia, de una regla lógica o de un conocimiento científico, o en otros términos, no se ha escogido una premisa errada o falsa para hacer una inferencia probatoria. Aquí el equívoco es anterior a esto, comprometiendo en verdad la presunción de inocencia como regla jurídica que exige como mínimo (entre otras cosas) que una eventual condena se base ante todo en una actividad probatoria de cargo, es decir, que existan elementos de cargo, que sean introducidos válidamente y que porten información incriminatoria. Como decimos, en el caso analizado simplemente no se le puede reconocer validez incriminatoria ni a la declaración previa de la víctima ni a ninguna fuente probatoria derivada, con lo cual debemos concluir que la acusación se queda sin prueba.

Más de alguno podría pensar que este tipo de disquisiciones son inconducentes a efectos de estimación del recurso: en último término de todas formas ha prosperado el recurso de nulidad. Pero en nuestra opinión en este caso hay un interés práctico envuelto que se advierte en la misma decisión del juzgador *ad quem*. La estimación en el caso concreto se hace

sobre la base de la infracción de las reglas de valoración de la prueba, por la causal del art. 374 letra e), en cuyo caso se debe proceder a la anulación de la sentencia y del juicio con el debido reenvío al juez competente para la celebración de nuevo juicio, que es justamente lo que hace la Corte. Si se hubiese dictado en este último supuesto sentencia de reemplazo absolutoria se estaría sustituyendo la valoración probatoria, y no solamente haciendo un control de legitimidad propio del recurso de nulidad. Pero nótese que si la calificación recursiva hubiese sido otra, precisamente la defendida aquí, esto es, la infracción de la presunción de inocencia por falta de actividad probatoria válida y objetivamente incriminatoria, se abriría la posibilidad técnica de dictar sentencia de reemplazo por parte del tribunal *ad quem* sin necesidad de un nuevo enjuiciamiento. En este supuesto no se puede esgrimir ninguna intromisión vía recurso de nulidad en la valoración probatoria reemplazando el enjuiciamiento, ya que realmente opera una causa jurídica para la absolución, cual es la garantía de la inocencia, anterior a la valoración y que exige como presupuesto la existencia de prueba de cargo, que en caso de no concurrir impone la absolución.

2.2) SEGUNDO GRADO DE CONTROL: LA EXISTENCIA DE MOTIVACIÓN COMO CONDICIÓN FORMAL DE LEGITIMIDAD DE LA VALORACIÓN

El segundo fallo del último tiempo es la sentencia de 24 de junio de 2009, Rol 143-2009, en el cual se estima un recurso de nulidad contra una sentencia de condena por violación reiterada contra una menor¹².

El juzgador *ad quem* observa un conjunto de situaciones que parecen producir un efecto cumulativo en la convicción del mismo y que en último término lo llevan a estimar el recurso contra la sentencia de condena por violación. La Corte observa detalles en la construcción del razonamiento del tribunal que no le satisfacen y que le mueven a la duda. Apunta que el tribunal de instancia concede credibilidad a la víctima y al mismo tiempo descarta las declaraciones de las hermanas (que declaran a favor del padre acusado) sin precisar una motivación que justifique la opción por una en detrimento de la otra. La Corte considera en segundo

¹² Hay que advertir que lo que rescatamos aquí es la situación procesal de falta de motivación en sí misma, más que el acierto de la decisión de la Corte de Apelaciones, que en realidad resulta en el caso bien discutible, lo cual se puede observar en la misma decisión del *ad quem*, que padece de defectos análogos a los que censura. Nótese además que posteriormente en el segundo juicio oral se vuelve a dictar sentencia de condena por delito de violación. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, sentencia de 16 de diciembre de 2009, Rol N° 71-2008.

término una falta de análisis precisamente respecto de algunas alegaciones de la defensa destinadas a cuestionar la credibilidad de la víctima y, por último, repara también en la práctica omisión de motivación específica (escasa) respecto de un dato fáctico que podía llegar a tener relevancia, tal como alegaba la defensa, como era la enfermedad de diabetes *mellitus* que padecía el acusado por más de 10 años. El dato estaba acreditado, como se desprende de la sentencia de la Corte, pero el fallo recurrido no realizó una motivación suficiente que justificara la desestimación del dato o de su importancia para realizar inferencias exculpatorias, que según parecía sugerir la defensa podía ser la “alta probabilidad” de que el imputado padeciera de disfunción eréctil y por consiguiente la dificultad, sino la imposibilidad de consumar un acceso carnal, con lo cual la defensa aunque no probaba la impotencia sexual sí parecía –en opinión de la Corte, según hay que interpretar– introducir un grado de duda sobre el hecho de la consumación durante todo el tiempo de los accesos carnales afirmados por la sentencia recurrida.

La Corte –interpretación nuestra– objeta la falta de motivación, que se traduce en pasar por alto las alegaciones de la defensa y concederle valor sin más a las del MP: descarta las declaraciones de las hermanas de la víctima (favorables al acusado), descarta las alegaciones de la defensa que se refieren a la credibilidad de la víctima y, en fin, hace un análisis mínimo de la alegación derivada de la diabetes *mellitus* padecida por el acusado.

Cada una de estas cuestiones revela un mismo déficit en el enjuiciamiento de instancia como es la baja calidad del enjuiciamiento y del deber de motivación del juicio fáctico a pesar de lo dispuesto en el art. 297 CPP. En el caso es el deber de motivación mismo el que se ve privado de eficacia y que acaba siendo infringido, pues el fallo adolece de falta de justificación. Este vicio de la falta de motivación es anterior también a los vicios de valoración racional de la prueba. En este último supuesto el vicio se produce cuando se rompe un criterio de valoración racional, pero para ello antes se requiere que exista motivación, la cual justamente está viciada o es incorrecta. En la especie, sin embargo, simplemente hay un vacío motivacional relevante. Si se leen los considerandos octavo y noveno se advertirá que la Corte no hace distinción alguna, separando grados o tipos de controles.

2.3) TERCER GRADO DE CONTROL: LA RACIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE LEGITIMIDAD MATERIAL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El tercer asunto que se analiza es la sentencia de 2 de junio de 2009, Rol 113-2009 REF, en la cual se estima el recurso de nulidad en contra de una sentencia de condena por homicidio con base en las declaraciones

de tres policías de Investigaciones en juicio oral, como testigos de oídas¹³. Sus fuentes de información son las declaraciones de dos testigos presenciales que fallecen después de los hechos y antes del juicio oral. Los tres funcionarios policiales toman conocimiento de los hechos por lo referido por dos personas indigentes en el marco de las pesquisas policiales, tal como consta en el considerando tercero y noveno.

La Corte dice estimar el recurso porque en el fallo habría una infracción a las reglas de la lógica y máximas de experiencia al condenar con tres testigos de oídas, según considerandos noveno y décimo. La Corte –en nuestra interpretación del fallo– hace dos reflexiones principales que le llevan a considerar que el otorgamiento de credibilidad a los tres policías como única prueba de cargo es una equivocación.

Primero, de orden procesal, la condena no pudo basarse únicamente en la incriminación que hacen los policías, cuya fuente fue la declaración de dos personas indigentes y adictas al alcohol, muertas antes del juicio y que no pudieron ser examinadas como testigos ni contrastadas sus declaraciones con las de los policías.

Segundo, la crítica de máxima de experiencia, ya que para la Corte concurren circunstancias que afectan la fiabilidad de la fuente de información original: la condena no fue correctamente sancionada con el respaldo de la prueba de testigos de oídas, si la fuente de información carecía de credibilidad. En el caso, la fuente de información provino de dos testigos presenciales poco fiables, circunstancias que en concepto de la Corte afectaba la fiabilidad de los hechos declarados por los testigos de oídas (los policías).

Como se ve, este sí que es un caso típico de valoración de la prueba en que concretamente se cuestiona la máxima de experiencia aplicada para inferir que era fiable la declaración de los policías como testigos expertos y funcionarios públicos, aun con las circunstancias que afectaban a la fuente de información original. Se cuestiona que los policías –considerados testigos expertos, especialistas y funcionarios públicos– gozaran de una credibilidad ajena al contexto de adquisición de conocimiento, que fue en último término la máxima aplicada por el tribunal de instancia, aunque no lo explicitase. El fallo recurrido no expresó cuál fue el criterio utilizado como máxima a partir de la cual hizo la inferencia de credibilidad, pero se puede vislumbrar que tal vez las mismas calidades de expertos y de funcionarios públicos revistieron de un mayor grado de credibilidad inicial a los testimonios.

¹³ Debe advertirse que con fecha de 25 de noviembre de 2009, en el nuevo juicio oral se dicta sentencia definitiva absolutoria por el delito de homicidio en cuestión, justamente por falta de prueba. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, sentencia de 25 de noviembre de 2009, Rol N° 3-2009.

La Corte considera, sin embargo, que la circunstancia procesal de no haber sido examinados los testigos directos ni contrastados en juicio con la declaración de los policías, sumadas las circunstancias que afectaban a la misma fuente de información, de ser dos sujetos indigentes y alcohólicos, incidía o condicionaba la atribución de fiabilidad al conocimiento adquirido por los testigos de oídas y de fidelidad de su deposición en juicio. Esta se ve condicionada por la capacidad cognitiva y fiabilidad de la fuente de información, es decir, por la potencialidad de conocimiento certero y su correcta comunicación por parte de dos sujetos indigentes y adictos al alcohol. De hecho, la Corte hace presente que uno de los policías no pudo requerirles información a estos –en una primera oportunidad– por estar ebrios y ser incapaces de declarar coherentemente. Tales circunstancias y características de la fuente de información impedían la declaración como probado del hecho de la participación del acusado condenado en instancia.

Este fallo es muy importante porque, incluso sin advertirlo, la Corte rompe con el nocivo mito de la intermediación como principio insustituible en la valoración de credibilidad de la prueba personal y la intangibilidad del juicio de hecho, y es un buen ejemplo de lo que debería empezar a discutirse en serio para una reforma del sistema de recursos con el propósito de adecuarlo a los requerimientos de una urgente mejora de nuestra justicia penal.

CONCLUSIONES

Nuestro comentario tiene por objeto poner de relieve que incluso con la insatisfactoria regulación del recurso de nulidad (recurso extraordinario que no satisface las exigencias del derecho al recurso) es posible distinguir tipos (grados) de controles respecto del enjuiciamiento fáctico, lo cual presta mucha utilidad, entre otras cosas, porque mitiga –al menos en parte– los problemas de diseño del sistema de recursos penales.

Los fallos analizados aun cuando no escapan de las manidas fórmulas combinatorias del art. 374 letra e) con relación a una mecánica referencia al art. 297 y al uso recurrente de las cláusulas de estilo sobre las máximas de experiencia, las regla de la lógica y conocimientos afianzados, que igual sirve para adornar un fallo estimatorio o desestimatorio y de conjuro ante cualquier riesgo de crítica jurídica, aportan –justo es decirlo– ante todo tres decisiones acertadas y permite iniciar una búsqueda de posibilidades de control más precisos desde el punto de vista técnico. A nuestro juicio los fallos son ejemplos claros de tres controles distintos respecto del enjuiciamiento fáctico. Primero, las condiciones previas de legitimidad del enjuiciamiento, como es la existencia de prueba de cargo, válida y objetivamente incriminatorio: esto exige que exista prueba que se haya aporta-

do al proceso, que sea legítima en su origen y en la forma de aportación, y que su contenido cognitivo aporte información directa o indirecta sobre el hecho o la participación culpable. Si falla alguno de estos elementos no hay prueba de cargo en un sentido jurídico y una condena en dicha situación lesiona la presunción de inocencia. En segundo lugar, el enjuiciamiento fáctico en nuestro modelo procesal exige la existencia de motivación, la cual según el art. 297 debe ser exhaustiva. De ese modo, lagunas motivacionales relevantes deben dar lugar a la censura vía recurso de nulidad, que es justamente lo que acontece en el caso del recurso contra el fallo por violación reiterada. En tercer lugar, el último grado de control recursivo sobre el enjuiciamiento fáctico es aquel constituido por lo que hemos denominado condición de legitimidad material del mismo, configurada en la racionalidad del conjunto inferencial probatorio que soporta la declaración de hechos probados. Es aquí donde cabe examinar las premisas escogidas para hacer las inferencias sobre la fiabilidad y credibilidad de la prueba y las premisas para realizar las inferencias de hechos directamente relevantes en el caso. Desde luego nos referimos a las premisas que nos permiten pasar desde la práctica de la prueba al establecimiento del hecho, y que exige al menos dos tipos de inferencias, la de credibilidad o fiabilidad, y además la inferencia del hecho directamente relevante cuando se practica una prueba indirecta (en el sentido convencional del término).

Pues bien, el valor del último fallo de la Corte comentado radica justamente en que se anima a cuestionar la inferencia de fiabilidad o credibilidad de la prueba de los testigos de oídas (los tres policías), con lo cual se atreve a cuestionar la premisa a partir de la cual el juzgador de instancia llega a conferirle credibilidad al relato de los policías y con ello a dar por probados los hechos contenidos en sus testimonios.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAMANDREI, Piero (2006). *Proceso y democracia*, traducción de Fix Zamudio, Lima: Ara.
- CAPPÀ, Alessandra (2004). “Profili problematici della revisione della sentenza ‘patteggiata’”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè.
- CECANESE, Gianfederico (2004). “Natura della sentenza che applica la pena e procedimento disciplinare”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè.
- DAMAŠKA, Mirjan (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, traducción de Vidal Morales, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- _____ (2003). *Il diritto delle prove alla deriva*, traducción de Cuomo Ulloa, Bologna: *Il Mulino*.

- DE CARO, Agostino (2004). “Le linee politiche della legge n. 134 del 2003, principi fondamentali e nuovo ‘patteggiamento’”, en él mismo (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè.
- DE ROSA, Damiano (2004). “La diferente tipologia delle sentenze ‘di patteggiamento e i nuovi effetti premiali connessi alle specifiche forme procedurali’”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco, Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta.
- _____ (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, vol I, Roma-Bari: Laterza.
- _____ (2007). *Principia iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, vol II, Roma-Bari: Laterza.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons.
- FLETCHER, George (2004). *Grammatica del diritto penale*, traducción al italiano de Papa, Michele, Bologna: Il Mulino, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons.
- ILLUMINATI, Giulio (1988). “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”, en VV. AA: *Enciclopedia Giuridica, Istituto della enciclopedia italiana*, tomo I, Roma.
- MARCOLINI, Stefano (2005). *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano: Giuffrè.
- MONTERO AROCA, Juan (1997). *Principios del proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NUZZO, Francesco (2008). *L'appello nel processo penale*, Milano: Giuffrè.
- RUGGIERO, Andrea (2004). “Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato”, en De Caro, Agostino (*a cura*): *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano: Giuffrè.
- TARUFFO, Michele (2005). *Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, traducción de Monroy Palacios y Monroy Gálvez, Lima: Palestra Editores.
- _____ (2008). “¿Verdad negociada?”, en él mismo: *La prueba*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons.
- TWINING, William (2006). “What is the Law Evidence?”, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª edición, Cambridge: University Press, 2006.

JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 30 de marzo de 2010, Rol 47-2010.
- Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 2 de junio de 2009, Rol 113-2009 REF.
- Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 24 de junio de 2009, Rol 143-2009.