

III. CORTE SUPREMA - PROCESO PENAL

NULIDAD POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA - TERCERO QUE EJERCE ILEGÍTIMAMENTE LA PROFESIÓN DE ABOGADO NO ES DEFENSOR

DOCTRINA

Por el recurso se denuncia infracción al derecho a la defensa que garantiza a todas las personas el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, donde se obliga al Estado a arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Consagra en ese mismo artículo, la obligación que toda sentencia se base en un procedimiento previo legalmente tramitado, debiendo el legislador establecer las garantías del procedimiento y de una investigación racionales y justas, exigencias propias del debido proceso, que corresponde también al derecho que se ha estimado conculcado en este proceso. (Considerando 5° de la sentencia de Nulidad)

Como se resolvió con anterioridad sobre los alcances al derecho a defensa, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el asunto fue debatido en la sesión N° 399, en la que intervino el Sr. Ovalle quien, al referirse al inciso segundo del precepto en estudio, precisó que no existía la intención de deformar la profesión o dignificar la carrera universitaria de abogado, “sino de reforzar la protección de los derechos, para que esta protección sea defendida adecuada y eficazmente por quien debe prepararse para ello, porque no considera posible esa debida protección si el desarrollo de la defensa no es llevado por quien sea apto para esa labor, por lo cual dicho precepto cuenta con su aceptación”. (Considerando 6° de la sentencia de Nulidad)

Si bien es cierto en el inciso final del mismo artículo 102 del Código Procesal Penal, se contempla la posibilidad de autorizar la defensa personal del imputado, si éste lo pide al juez, aquél sólo puede permitirla “cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa”, de modo que en caso contrario, le designará un defensor letrado.

De esta última disposición y las citadas más arriba puede extraerse que si el acusado ha elegido dentro de la esfera de sus atribuciones personales, representarse a sí mismo, ello está limitado por la “eficacia” de su intervención, tal como lo exige la norma y si el Juez advierte que no se satisface tal eficacia, debe impedirle seguir su propia opción, en aras de su protección. En el otro extremo, si el imputado elige ser representado por un abogado, es preciso que el sujeto elegido –sea del sistema privado o del público– sea efectivamente un letrado (considerando 8° de la sentencia de Nulidad).

En el caso de autos, los imputados no escogieron defenderse personalmente, sino que confiaron su defensa en una supuesta abogada, quien ejercía labores lícitas para la Defensoría Penal Pública, sin contar con título habilitante para dicha función, lo que dio lugar a la instrucción de la acción penal por el ejercicio ilegal de la profesión de abogado, previsto en el artículo 3° de la Ley N° 18.120.

De este modo, la situación que se produjo fue que el Estado no pudo dar cumplimiento a su obligación de arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no podían procurárselos, desde que en la base de la situación en estudio se produjo una irregularidad que condujo a error a todos los intervinientes y de aquél derivó que los acusados simplemente no contaron con defensor letrado que representara sus intereses, vulnerándose sus derechos constitucionales. (Considerando 9° de la sentencia de Nulidad).

FALTA DE DEFENSA TÉCNICA COMO CAUSAL DE NULIDAD

POR HUMBERTO ALARCÓN CORSI*

En el sistema procesal actualmente en vigor en nuestro país, la defensa de los imputados sólo puede ser prestada por abogados habilitados para el ejercicio profesional. Ello, en palabras de la Excelentísima Corte Suprema, aseguraría una defensa “eficaz”, es decir, capaz no sólo de intervenir en un proceso que por sus características se presenta muy complejo, sino que también se encuentre preparada para controvertir todas las actuaciones y argumentaciones formuladas por la acusación, es decir, una defensa que materialice la “contradicción” (*audiatur et altera pars*), entendida como la posibilidad de contradecir y cuestionar todo aquello que pueda influir en la decisión final¹.

Si bien la sentencia en comento, no analiza en detalle esta materia, y solamente tiene como fundamento para la nulidad, el hecho de que la prestación de defensa, no fue realizada por una persona que tuviera la investidura de abogado, por cierto ello nunca asegurará una efectividad total en la prestación, pero sí asegura un mínimo cumplimiento de la garantía del acceso a una defensa técnica para quien enfrenta una imputación penal. Se debe

* Abogado, Defensor Penal Público Jefe de Concepción.

¹ GUZMÁN, Nicolás, La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, (Buenos Aires 2011) p. 153.

señalar, por lo demás, que la exigencia de que la defensa técnica esté a cargo de un abogado, fue uno de los pilares que justificó la creación de la Defensoría Penal Pública, bastaría ver el mensaje del ejecutivo del proyecto de ley que crea dicha institución, para entender cómo los requerimientos de un sistema adversarial y contradictorio hacían necesario cambiar el viejo sistema de prestación de los servicios de defensa que utilizaba a egresados de la carrera de derecho, los cuales no estarían capacitados para ejercer una defensa *efectiva* en el nuevo sistema penal.

Finalmente, debemos recalcar que la contradictoriedad del sistema no es algo ajeno para la Corte Suprema, así en la sentencia de nulidad rol N° 3795-2006 (26/09/2006), consagra dicho principio. De este modo, un proceso justo requerirá de que las partes (esencialmente la defensa) puedan *introducir* los medios de prueba favorables a su pretensión (*full answer and defence*²); y que, además, puedan *contradecir* aquella evidencia que no le es favorable. Por otra parte, la Excelentísima Corte Suprema desde su sentencia rol N° 6631-2007 (30/01/2008), entiende que la regulación que el Código Procesal Penal (en adelante CPP) realiza de la nulidad es una sola, y que, por lo mismo, el recurso de nulidad no viene a ser más que un corolario de la nulidad procesal que regula el artículo 159 y siguientes del CPP. Aquello trae como consecuencia, que los principios que la rigen, sean extensivos a la nulidad regulada en los artículos 372 y siguientes del CPP (como recurso). Esto explica que, habiéndose realizado el juicio oral en el mes de octubre del año 2008, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal (en adelante TJOP) de Arica, recién en abril de 2012, declare la nulidad de la notificación de la sentencia definitiva, pues el vicio conforme lo señala el artículo 164 del CPP en su parte final, no se sana por no haber ejercido la acción correspondiente dentro del plazo legal. Ahora bien, el TJOP, seguramente declaró la nulidad al tomar conocimiento del vicio, posibilitando a la defensa de los imputados, recurrir del fallo como ocurrió en la especie. Pero se debe tener presente, que igualmente podría declararse la nulidad de aquellos procesos en que esta supuesto abogado tuvo participación, pues, en estos casos, al existir una infracción de garantía consagrada constitucionalmente, origina que dicho vicio no pueda sanearse, según dispone el ya citado artículo 164 del CPP. Esto, por cierto, puede tener repercusiones en los restantes casos

² VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel, El testigo de referencia en el proceso penal, (Valencia, 1998), página 70.

en los que esta persona prestó defensa pública, y los imputados soliciten recurrir sus sentencias.

Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema, retrotrae el caso a la audiencia de preparación de juicio (hay voto disidente al respecto). La pregunta que surge es: ¿Pudo haber un efecto más amplio, y retrotraer a una etapa aun más preliminar, como la audiencia de formalización de la investigación? La respuesta, en mi concepto, es afirmativa, dado lo que dispone el artículo 165 inciso 2° del CPP; como, también, por cuanto, con ello se fortalece y realiza la garantía a una defensa técnica “*eficaz*”, como la que tiene derecho todo imputado, desde las primeras etapas del procedimiento (artículos 7° y 8° del CPP), más aún cuando conforme a los artículos 132 y 231, la presencia del defensor es una condición de validez para la misma, y en este caso concurrió una persona que no tenía esta calidad.

CORTE SUPREMA
SENTENCIA DE NULIDAD

Santiago, trece de julio de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, por sentencia de 4 de noviembre de 2008, condenó por su responsabilidad como autores del delito de tráfico de sustancias estupefacientes a Leonardo Enrique Orrego Cayo a la pena de 15 años y 1 día de presidio mayor en su grado máximo; a Pedro Juan Tapia Henríquez, a Miguel Armando Gutiérrez Vallejos y a Enrique Alfredo Sánchez Latorre a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio; a Pamela Pozo White a la pena de 6 años de presidio mayor en su grado mínimo; y, a Irma Del Carmen Pardo Puga, Alexis Eduardo Alfaro Rivera y Mauricio Antonio Gómez Cohalla a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, todos ellos más

una multa de 40 unidades tributarias mensuales y las accesorias correspondientes.

La mencionada sentencia fue impugnada por la defensa de Miguel Armando Gutiérrez Vallejos y de Leonardo Enrique Orrego Cayo, que dedujo recursos de nulidad cuyas copias están agregadas a fs. 26 y 35, los que se admitieron a tramitación por resolución de fs. 59, fijándose audiencia pública para la vista el día 28 de junio del año en curso, incorporándose a fs. 63 el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

Primero: Que por ambos recursos se ha invocado como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose como garantía vulnerada el derecho de todo imputado a contar con defensa letrada y el derecho al debido proceso, reconocidos en los artículos 19 N° 3 incisos 2° y 5° de la Constitución Política; 14.3

letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.2 letras d) y e) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, se reclama infracción a los artículos 520, 521, 523, 526 y 527 del Código Orgánico de Tribunales, 8° inciso 1°, 12, 93 b), 269, 286 inciso 1° del Código Procesal Penal y 35 de la Ley N° 19.718.

Explica el recurrente que el día 3 de octubre de 2008 se realizó la audiencia de preparación de juicio oral a la que concurrió Paula Soledad Orellana Vega, en calidad de defensor penal público y abogado, en representación de los imputados Gutiérrez Vallejos y Orrego Calle, llevándose a efecto el juicio oral los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008.

A propósito de una investigación posterior, se tomó conocimiento que la referida Orellana Vega no tenía la calidad de abogado, de modo que el 26 de abril de 2012, con el mérito de un certificado extendido por la Sra. Prosecretaria de la Corte Suprema el Tribunal Oral en lo Penal de Arica declaró la nulidad de la notificación de la sentencia definitiva por haberse practicado en una persona que formalmente no podía representar a los acusados, existiendo en la actualidad una investigación contra la mencionada Orellana, por los delitos de ejercicio ilegal de la profesión de abogado, falsificación de instrumento público y estafa.

Aduce el recurrente que la intervención de la falsa abogada ha irrogado perjuicio a sus representados, porque la ley asigna a la defensa letrada tal trascendencia, tanto en la audiencia de preparación de juicio como en la de

juicio oral, que objetiviza el perjuicio, presumiendo la limitación de las posibilidades de actuación del imputado en el procedimiento, si falta esa defensa, lo que encuentra natural correlato en la presunción del artículo 160 del Código Procesal Penal.

Al respecto, sostiene que la audiencia de preparación del juicio oral es una audiencia eminentemente técnica, porque autoriza al imputado para ejercer las facultades del artículo 263 del Código Procesal, que exigen conocimientos jurídicos específicos; y es además, una audiencia trascendente, porque sirve de base a la dictación del auto de apertura del juicio oral. Por su parte, el juicio oral presenta también gran complejidad técnica y es de suyo trascendente, puesto que de él se siguen consecuencias para el imputado, como efecto de la decisión de los jueces de ese tribunal.

Finalmente, la infracción cometida ha sido sustancial, porque sólo quienes tienen la calidad de abogados investidos por la Corte Suprema como tales, poseen un determinado conocimiento jurídico y experiencia, afectándose el núcleo esencial del derecho de los imputados a contar con defensa técnica, porque no la tuvieron en la audiencia de preparación ni en el juicio oral, de modo que se atentó gravemente contra su derecho a intervenir en igualdad de condiciones, de controlar los medios probatorios fundantes de la pretensión punitiva y de ofrecer pruebas idóneas para refutar la imputación así como de ejercer los derechos que les señala el artículo 263.

El compareciente concluye sus libelos requiriendo la declaración de nulidad de la sentencia y del juicio oral y que se retrotraiga el proceso al estado de celebrar nueva audiencia de preparación de juicio oral.

Segundo: Que, en forma subsidiaria, la defensa esgrimió –también por ambos recurrentes– la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, basada en los mismos fundamentos de hecho de la causal principal, pero restringiendo las infracciones legales denunciadas en este caso a los artículos 520, 521 y 527 del Código Orgánico de Tribunales y al artículos 51 y siguientes de la Ley N° 19.718, además de los artículos 103 y 286 del Código Procesal Penal.

A través de este motivo se solicitó la declaración de nulidad del fallo y del juicio oral y la remisión a tribunal no inhabilitado para la realización de nuevo juicio oral.

Tercero: Que para acreditar las circunstancias de las causales invocadas, la defensa ofreció y reprodujo en la audiencia de juicio, los siguientes elementos probatorios: 1) Copia de la resolución de 26 de abril de 2012 que declaró la nulidad de la notificación de la sentencia impugnada. 2) Copia del certificado de 30 de marzo de 2012 de la Prosecretaría de esta Corte Suprema, donde se explica que doña Paula Soledad Orellana Vega abrió expediente de habilitación para ejercer en Chile la profesión de abogada, lo que le fue denegado por resolución de 20 de octubre de 2004, vigente a esa fecha. 3) Copia simple del auto de apertura de 3 de octubre de 2008, donde consta que

ambos imputados recurrentes fueron representados por doña Paula Orellana Vega. 4) Copia del acta de formalización de Paula Orellana Vega de 21 de diciembre de 2010. 5) Copia del acta de la audiencia de juicio oral de 28, 29 y 30 de octubre de 2008 ante el Tribunal Oral en lo Penal de Arica.

Cuarto: Que con la prueba producida en la audiencia se encuentra suficientemente demostrado que el vicio denunciado fue conocido con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia y, por ende, que no fue posible dar cumplimiento a la preparación del recurso, encontrándose exceptuado de ello el recurrente en la forma prevenida en la última parte del inciso segundo del artículo 377 del Código Procesal Penal.

Asimismo, y con los mismos antecedentes, está comprobado que doña Paula Orellana Vega no tenía a la fecha en que asumió la representación de los acusados Gutiérrez y Orrego la calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, ni la tiene en la actualidad, encontrándose contrariamente, formalizada por el Ministerio Público y acusada, según se evidenció en estrados, por los delitos de falsificación de documento público, ejercicio ilegal de la profesión de abogado y estafa.

Quinto: Que por el recurso se denuncia infracción al derecho a la defensa que garantiza a todas las personas el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, donde se obliga al Estado a arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Consagra en ese mismo artículo, la obligación que toda sentencia se base en un procedimiento previo legalmente tramitado, debiendo el legislador establecer las garantías del procedimiento y de una investigación racionales y justas, exigencias propias del debido proceso, que corresponde también al derecho que se ha estimado conculcado en este proceso.

Sexto: Que como se resolvió con anterioridad sobre los alcances al derecho a defensa, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el asunto fue debatido en la sesión N° 399, en la que intervino el Sr. Ovalle quien, al referirse al inciso segundo del precepto en estudio, precisó que no existía la intención de deformar la profesión o dignificar la carrera universitaria de abogado, “sino de reforzar la protección de los derechos, para que esta protección sea defendida adecuada y eficazmente por quien debe prepararse para ello, porque no considera posible esa debida protección si el desarrollo de la defensa no es llevado por quien sea apto para esa labor, por lo cual dicho precepto cuenta con su aceptación”. (Los Derechos Constitucionales, Enrique Evans de la Cuadra, Tomo II, p. 168). (SCS 13.08.2008 Rol N° 3198-08).

Séptimo: Que este principio ha sido recogido también por el actual Código Procesal Penal en sus artículos 8°, 93 b) y 102, entre otros, donde se establece el derecho del imputado a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, o desde los actos iniciales de la investigación —como reza el artículo

93 b) citado—; en tanto el artículo 102, prescribe que la defensa del imputado es obligatoria desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia. Al acusado le asiste el derecho de nombrar uno o más defensores de su confianza y a su falta, se le asignará un defensor público, designación que en todo caso deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuera citado el imputado.

Por su parte, la Ley N° 18.120, sobre Comparecencia en Juicio, señala las calidades que han de tener las personas que comparecen por otras ante un Tribunal o autoridad, precisándose que sólo pueden hacerlo quienes tengan la calidad de abogados y se encuentren habilitados para el ejercicio profesional, los procuradores del número, los estudiantes inscritos actualmente en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas o los egresados de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. También pueden serlo, los postulantes de las Corporaciones de Asistencia Judicial, que corresponden a quienes se encuentran haciendo su práctica profesional, con miras a la obtención de su título.

Sin embargo, para la representación en los Juzgados de Garantía y en los Tribunales Orales en lo Penal, la ley ordena que si la parte no puede proveerse de un abogado de su confianza, éste le será procurado por el Estado, a través de la Defensoría Penal Pública, de modo

que en el nuevo sistema de reforma procesal penal, sólo puede actuar en representación de los intereses de un acusado, quien ya tiene la calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Al respecto, la Ley N° 19.718, que Creó la Defensoría Penal Pública, estableció como requisitos para los defensores públicos, el tener título de abogado; y en el artículo 527 del Código Orgánico de Tribunales, se indica de modo expreso que “Las defensas orales ante cualquier tribunal de la República, sólo podrán hacerse por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”.

En consecuencia, la obligación que la Constitución Política impone al Estado de arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, le impone un alto estándar cuando está referido a los procesos penales como el de autos, puesto que en el caso, no se trata de una defensa que pueda asumir un estudiante o un egresado, sino única y exclusivamente un abogado habilitado.

Octavo: Que si bien es cierto en el inciso final del mismo artículo 102 del Código Procesal Penal, se contempla la posibilidad de autorizar la defensa personal del imputado, si éste lo pide al juez, aquél sólo puede permitirla “cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa”, de modo que en caso contrario, le designará un defensor letrado.

De esta última disposición y las citadas más arriba puede extraerse que

si el acusado ha elegido dentro de la esfera de sus atribuciones personales, representarse a sí mismo, ello está limitado por la “eficacia” de su intervención, tal como lo exige la norma y si el Juez advierte que no se satisface tal eficacia, debe impedirle seguir su propia opción, en aras de su protección. En el otro extremo, si el imputado elige ser representado por un abogado, es preciso que el sujeto elegido –sea del sistema privado o del público– sea efectivamente un letrado.

Noveno: Que en el caso de autos, los imputados no escogieron defenderse personalmente, sino que confiaron su defensa en una supuesta abogada, quien ejercía labores lícitas para la Defensoría Penal Pública, sin contar con título habilitante para dicha función, lo que dio lugar a la instrucción de la acción penal por el ejercicio ilegal de la profesión de abogado, previsto en el artículo 3° de la Ley N° 18.120.

De este modo, la situación que se produjo fue que el Estado no pudo dar cumplimiento a su obligación de arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no podían procurárselos, desde que en la base de la situación en estudio se produjo una irregularidad que condujo a error a todos los intervinientes y de aquél derivó que los acusados simplemente no contaron con defensor letrado que representara sus intereses, vulnerándose sus derechos constitucionales.

Décimo: Que al igual que el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política prohíbe la afectación en su esencia de las garantías establecidas a favor de los

ciudadanos, el artículo 103 del Código Procesal Penal sanciona con nulidad aquellas actuaciones en las que la ley exigiere expresamente la participación del defensor si éste estuviera ausente, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 286, que instituye, asimismo, la presencia del abogado defensor durante toda la audiencia del juicio oral, como un requisito de validez de la misma. En idéntica forma, el artículo 269 del Código Procesal Penal señala que la presencia del fiscal y del defensor del imputado, durante la audiencia de preparación del juicio oral, constituyen requisitos de validez de la misma; previendo la declaración de abandono del defensor que no comparece y la obligación de designar uno de oficio, oportunidad en la que, además, deberá suspenderse la audiencia a objeto de permitir al defensor designado interiorizarse del caso.

En la situación en estudio, los recurrentes han alegado de manera expresa que se vieron impedidos de ejercer las facultades que les otorga el artículo 263 del Código Procesal Penal, de modo que ha evidenciado que se vieron afectados en sus derechos desde la víspera de la audiencia preparatoria del juicio oral, que es justamente hasta donde se solicita la invalidación.

Sobre el punto, el concepto de abogado que proporciona la ley, es el de “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes” (artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales). Es decir, de las múltiples funciones

que en la sociedad moderna cumple la profesión jurídica, la ley enfatiza la del abogado ante la Administración de Justicia en representación de las partes en conflicto, sean estos individuales o colectivos. Asimismo, el otorgamiento del título de abogado y con ello la admisión al ejercicio de la profesión en la modalidad antes referida, por el pleno de la Corte Suprema en audiencia pública previa comprobación que ésta hace del cumplimiento de los requisitos legales –artículos 521, 522, 523 y 526 del Código Orgánico de Tribunales–, es garantía ciudadana y presunción del mínimo de competencia profesional, es decir, conocimiento legal y destrezas necesarias para la representación de intereses ante los Tribunales de Justicia. De modo que quien aparenta la condición de abogado sin serlo ante los órganos jurisdiccionales profundiza el carácter sustancial y trascendente de la infracción que sustenta la nulidad planteada. A lo que se agregan infracciones a normas sobre garantías al debido proceso y al derecho a defensa letrada contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 14.3.d–, y la Convención Americana de Derechos Humanos –artículo 8.2 d) y e)–, las que revisten carácter interno de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, reflexión que se formula sin perjuicio de las causas penales que se sustancian actualmente por los posibles ilícitos de ese orden cometidos con ocasión de estos hechos.

Undécimo: Que el efecto propio de toda nulidad es la invalidación del acto

que ha provocado el perjuicio y de todos aquéllos que sean consecuencia necesaria de aquél.

En este sentido, la sola anulación de la sentencia y del juicio oral, no son suficientes para sanear el grave defecto que se aprecia en autos, razón por la cual ha de extenderse el efecto requerido hasta aquel momento en que efectivamente se da inicio a la afectación esencial de los derechos de los inculpados.

Al respecto valga tener presente que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código Procesal Penal, “Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”, presumiéndose de derecho la existencia del perjuicio, cuando la infracción ha impedido el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes.

Por su parte, el artículo 165 del mismo cuerpo legal antes citado recoge el principio general en materia de efecto de la nulidad al establecer que “La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanen o dependieren”. Y aun cuando esa norma señala, en su inciso tercero, el impedimento de retrotraer la causa a etapas anteriores, tal limitación está señalada sólo para los Jueces de Garantía o de Tribunal Oral a quienes impide –declarada una nulidad– retrotraer el proceso a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación o a la investigación en su caso, señalándose expresamente –como excepción– que

la posibilidad de retrotraer a etapas previas sí procede en los casos en que ello correspondiera de acuerdo a las normas del recurso de nulidad. Refuerza lo anterior, su inciso final al explicar que la solicitud de nulidad constituye preparación suficiente de ese recurso, para el caso que el tribunal no resolviera la cuestión de conformidad a lo solicitado.

Lo señalado resulta coherente además, con la restricción que se hace del recurso de apelación contra el auto de apertura de juicio oral, que se concede sólo al Ministerio Público –aun cuando en este caso se refiere exclusivamente a la cuestión de exclusión de pruebas–, que establece de modo expreso, que ello es “sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”. Tal afirmación corrobora el hecho que, acogido un recurso de nulidad resultaría posible modificar el auto de apertura del juicio oral.

El hecho que el artículo 373 del Código Procesal Penal indique que “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia”, en los casos que señala, y por su parte, que el artículo 374, precise que “El juicio y la sentencia serán siempre anulados” en los otros casos que esa disposición deletrea, no significa que por el recurso de nulidad la extensión del efecto invalidante pueda llegar temporalmente sólo hasta el juicio oral, porque ello no resulta coherente con las denuncias que hacen procedente la nulidad (en el caso del artículo 373 letra a), las infracciones cometidas en

cualquier etapa del procedimiento), así como con las demás normas del mismo Código antes mencionadas y con los principios que orientan los recursos de nulidad o casación.

Sobre este punto, valga recordar algunos pasajes de la discusión parlamentaria y de las motivaciones de quienes intervinieron como colaboradores en la discusión de la Ley N° 20.074 que modificó, entre otros, los artículos 277 y 373 del Código Procesal Penal.

En lo que atañe al artículo 277, se debatió sobre la posibilidad de incorporar el recurso de apelación por exclusión de prueba para la defensoría ya que se había apreciado que la defensa estaba impugnando fallos por tal motivo a través del recurso de nulidad, por infracción a la garantía del debido proceso, tal como lo expresaba la norma, lo que no había prosperado, sin embargo, por la interpretación que esta Corte había dado a la expresión “tramitación del juicio” contenida en el artículo 373 del Código Procesal Penal.

En definitiva, el artículo 277 del cuerpo legal citado sólo fue modificado introduciendo un inciso final para evitar al Ministerio Público la obligación de ir a juicio oral cuando había quedado despojado de prueba de cargo suficiente por la exclusión de prueba realizada por el juez de garantía.

Sin embargo, sí se optó por modificar el artículo 373 del Código de la materia, reemplazando la expresión “tramitación del juicio” por “cualquier etapa del procedimiento”, con lo cual la facultad de esta Corte Suprema de declarar la nulidad, procede también,

cuando en cualquier etapa del procedimiento se han infringido sustancialmente los derechos o garantías que esa disposición señala, entendiéndose por procedimiento el concepto que señala el mismo Código en el inciso segundo de su artículo 7°, esto es, desde que media cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal o el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

Asimismo, si bien la Ley N° 20.074 no modificó el encabezado del artículo 373 citado, que reza “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia”, claramente de la discusión que se promovió para su promulgación, se advierte que al igual que no es preciso invalidar ambos (como ocurre si se acoge la letra b) de ese precepto, donde sólo se anula el fallo), es posible extender la sanción más allá del solo juicio oral, de acuerdo con el momento en que se ha verificado la infracción del procedimiento. Relacionada esa norma con la del artículo 277 antes mencionado y lo que se discutió en torno a ella, se advierte que los parlamentarios tuvieron presente que en un sistema contradictorio como el procesal penal actual, la evidencia de cargo que el Ministerio Público no logró producir durante la investigación, ya no podrá producirla, porque no será posible reabrir la investigación para tal efecto. Ello condujo a la introducción del inciso final del artículo 277 del

Código Procesal, a objeto de permitir al persecutor –por aplicación del principio de única persecución y de economía procesal– que si ha quedado sin pruebas de cargo suficientes, producto de la exclusión del juez de garantía, pueda solicitar el sobreseimiento definitivo. Como contrapartida de ello y del hecho que tampoco se otorgó a la defensa recurso de apelación para impugnar la exclusión de pruebas, procede el recurso de nulidad, con el efecto propio de invalidar el vicio precisamente hasta la etapa en que se comete, que pudo ser el de la audiencia de preparación del juicio oral, tal como refería desde siempre esa norma: “sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva...”. Así fue incluso comprendido por quienes participaron en esa discusión, como fue el caso del actual Fiscal Nacional del Ministerio Público y entonces Fiscal Regional Metropolitano, Sr. Sabas Chahuán, quien expuso: “...este mismo artículo amplía a la defensa la posibilidad de apelar del auto de apertura del juicio oral y, en la letra a) del artículo 373, que se modifica en este mismo proyecto, se amplía el recurso de nulidad a todos los actos previos al juicio oral, incluyendo, por cierto, el auto de apertura”. Del mismo modo, el abogado Sr. Bofill expresó, al explicar que la modificación obedecía al imperativo de rectificar la interpretación restringida que se había dado al precepto, que “...la expresión ‘tramitación del juicio’ se refiere única y exclusivamente al juicio oral, en circunstancias que en las etapas previas

pueden ocurrir vicios o situaciones graves que redunden en la forma en que se desarrollará el juicio oral”.

Duodécimo: Que, por lo argumentado, se acogerá el recurso interpuesto por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, siendo entonces innecesario el análisis de la causal esgrimida en forma subsidiaria, y se ordenará retrotraer los autos hasta el momento en que la infracción se extiende, esto es, hasta la audiencia de preparación del juicio oral.

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, a lo dispuesto en los artículos 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acogen los recursos de nulidad interpuestos a fs. 26 y 35 de este legajo, por la Defensoría Penal Pública en representación de los condenados Miguel Armando Gutiérrez Vallejos y Leonardo Enrique Orrego Cayo y se invalidan tanto la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, como el juicio oral que le sirvió de antecedente en el proceso RUC 0600888480-1 y RIT 210-2008, sólo respecto de los recurrentes mencionados, quedando por tanto subsistentes el fallo y el juicio oral en lo que atañe a los demás condenados en ese proceso.

Se invalida, asimismo, la audiencia preparatoria del referido juicio oral, celebrada el tres de octubre de dos mil ocho, del mismo RUC, RIT 7272-2006 del Juzgado de Garantía de Arica, también sólo respecto de los imputados Leonardo Enrique Orrego Cayo y Miguel Armando Gutiérrez Vallejos,

restableciéndose el procedimiento al estado de citar a los intervinientes para la realización de una nueva audiencia preparatoria de juicio oral, por juez no inhabilitado, y cumplir las etapas procesales posteriores conforme a derecho, en todas las cuales los referidos imputados deberán ser debidamente representados por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

Se previene que el Ministro Sr. Juica estuvo por declarar sólo la invalidación de la sentencia impugnada y del juicio oral que le sirvió de antecedente, sin retrotraer tal efecto hasta la audiencia de preparación del juicio oral, de modo que no comparte los argumentos vertidos en los motivos decimoprimer y decimosegundo, puesto que en su opinión, el Título IV del Libro III del Código Procesal Penal que regula el recurso de nulidad es imperativo en fijar el ámbito de aplicación de dicho arbitrio, cual es el que sólo admite la nulidad del juicio y la sentencia definitiva, como lo indica el artículo 372 que lo define y repiten luego los artículos 373 y 374 que regulan las causales de invalidación, pero el efecto mayor lo indica de manera imperativa el artículo 386 de dicho cuerpo de leyes, al disponer que acogido el recurso se anulará la sentencia y el juicio oral y ordenará –la Corte– la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral. La modificación a la letra a) del artículo 373, para el previniente en cuanto amplió el campo de producción de vicios que constituyan causales del recurso de nulidad no tuvo

más sentido que el indicado y con ello permitir a las partes agraviadas a través de este arbitrio reclamar de irregularidades acaecidas en etapas anteriores al juicio oral para obtener la nulidad de éste, pero ello no importó extender los efectos anulatorios a fases anteriores al juicio mismo.

En cuanto a lo que dispone el artículo 165 del Código citado, la excepción que aparentemente contempla no tiene ningún sentido, puesto que la regla del inciso tercero que determina que la declaración de nulidad no podría retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad, sólo es posible entenderla como regla general y sin considerar la excepción puesto que de la regulación del recurso de nulidad no corresponde retrotraer el procedimiento a etapas anteriores al juicio oral y por ello resulta la excepción incompatible con lo que dice la ley, con respecto a los efectos del recurso de nulidad, pero además dicha excepción tiene un defecto histórico, porque existió en el proyecto del ejecutivo cuando éste contemplaba el recurso de casación el que en sus normas originales preveía la posibilidad de nulidades abarcando etapas invalidatorias anteriores al juicio oral.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch y de la prevención, su autor.

Rol N° 4060-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates. No firma el Ministro Sr. Brito y el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de

la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios el primero y ausente el segundo.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a trece de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.