

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS PENALES ABSOLUTORIAS FIRMES EN CHILE: UN OBJETIVO POSIBLE DE ALCANZAR

Eduardo Meins Olivares*

RESUMEN: El presente artículo corresponde a un extracto de la tesis presentada por el autor con ocasión de su Máster en la Universidad de Rosario, Argentina. Dejando al margen el contenido teórico del que se hace cargo en el trabajo original, se presentan dos capítulos de este, que contienen un análisis a las posiciones en favor y en contra de la revisión de sentencias penales absolutorias, dejando abierta la discusión en la posibilidad jurídica de modificación del recurso.

I. Introducción

El tema del presente trabajo reviste especial importancia, en especial si en nuestro país a partir de la reforma a la justicia penal del año 2000, en forma gradual se implementó un sistema acusatorio, en cuya aplicación debiera recibir plena aplicación la garantía de igualdad de armas al interior del proceso penal, que no es otra cosa que la igualdad jurídica que genera el proceso en cuanto método pacífico de resolución de los conflictos jurídicos de tal naturaleza, en que si bien el ente estatal detenta el gran poder con que cuenta el Estado a través del Ministerio Público, respecto del imputado, además del principio de inocencia que, en verdad, es un estado de inocencia que atraviesa todo el proceso y el derecho a guardar silencio, además de existir toda una institucionalización traducida en la creación de la Defensoría Penal Pública, que es posible que precise de mayores recursos, pero ello ya

* Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Máster en Derecho Procesal por la Universidad de Rosario, Argentina, Director y Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás sede Talca.

forma parte de una política criminal estatal, no obstante contar con profesionales de excelencia absolutamente dedicados a hacer realidad el ejercicio del derecho a la defensa, circunstancias que contribuyen a un equilibrio entre ambos intervinientes.

Así, el tema de la referencia cobra destacada relevancia social, esto es, socio-institucional, pues no merece dudas, a mi entender, que la investigación debiera crear en la comunidad en general y en la comunidad jurídica, en especial, un grado de satisfacción importante en lo que dice relación con las personas que, en su carácter de intervinientes del proceso penal, cumplen el rol de víctimas de un hecho punible –de las que el Estado también debe preocuparse– impactando más allá de la dialéctica implícita en aquel, en términos de tomar conciencia de la problemática en cuestión y contribuir a generar la promoción de mecanismos normativos, como reformas legales y/o constitucionales que permitan su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno y su consecuencial aplicación por el tribunal competente.

Y ello, pues como sabemos, el Derecho es una ciencia social que plasma en instrumentos normativos la vida real y cotidiana de las personas y su entorno, y como ciencia de tal naturaleza está sujeta al cambio social, si bien a la zaga de este, pero para que tal cambio fructifique es preciso coadyuvar a nivel ciudadano para que quienes deban decidir acerca de las modificaciones legislativas se abran a escuchar y comprometan su reflexión y análisis sobre inquietudes como las que proponemos en esta investigación.

De este modo, creemos que principios consagrados en nuestra Constitución Política deben reflejarse en el quehacer de los usuarios del sistema judicial, al que acuden para la composición de un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica.

Por el contrario, al no hacerlos partícipes de tales principios, como la igualdad de armas con que deben actuar en el proceso penal, así como su buena fe procesal, además de la mencionada independencia, imparcialidad y probidad que debe guardar el juez en el ejercicio de la

función jurisdiccional que le encomienda nuestra Carta Fundamental –y que él jura respetar–, la sociedad continuará desconfiado no solo de la eficacia de la labor judicial sino, además, de la legitimidad de sus decisiones, imputaciones que siempre van dirigidas a él, independientemente de sus causas próximas o remotas, pues las desconoce, resultando más fácil apuntar en su contra en función de ser quien emite la decisión sobre un litigio, cuyo fallo no se corresponde con dichos principios constitucionales, que algunas personas ven tan lejanos o aplicables solo a algunas, pero no a todas ellas.

En tales condiciones, el proclamado acceso a la justicia resulta más bien una declaración formal, sin que puedan vivenciarlo, en cuanto a su fondo, todas las personas.

En lo que respecta a la relevancia cognitiva, como lo afirmamos, creo que la proposición contenida en esta investigación será de utilidad para los distintos operadores jurídicos, pues sintetizando, la conclusión a que se arribe, debidamente fundamentada, permitirá poner fin al paradigma de que solo son objeto de la acción de revisión las sentencias penales firmes de carácter condenatorio, rigiendo también la inmutabilidad emanada de la cosa juzgada derivada de las sentencias firmes absolutorias, incluyendo en ellas, por la similitud de sus efectos, a los sobreseimientos definitivos. Y ello, también expresado de un modo sintético –anticipándonos al desarrollo del tema enunciado–, por cuanto nos asiste la convicción que la cosa juzgada, fundada en indiscutibles razones de seguridad jurídica, presupone, para que opere efectivamente, de un proceso y de una sentencia que heterocomponga el respectivo litigio, en que uno y otra respondan a la realidad de la información aportada por las partes, procesada y sentenciada por el órgano jurisdiccional sin apartarse de los principios esbozados. Solo si así ocurre, tendremos una sentencia real, que dé origen a una cosa juzgada real. A la inversa, de haberse transgredido tales principios, no vamos a contar con una verdadera sentencia, sino con una apariencia de tal en razón de no cumplir con los principios constitucionales y legales que deben servirle de sustento de regularidad en toda la serie proce-

dimental y en el pronunciamiento de la sentencia. En otras palabras, dicho de una manera vehemente, no estaremos en presencia de una sentencia y, lógicamente, no se producirá a su respecto el instituto de la cosa juzgada, por lo que malamente puede sostenerse, sin contrariar la lógica más elemental, que la nada pueda o no ser atacada –en el caso en estudio–, impugnada e incluso, de entenderse que en las condiciones de irregularidad procesal y constitucional reseñadas, la sentencia definitiva y el sobreseimiento del mismo carácter correspondientes, estimo son impugnables a través de la acción/recurso de revisión, pues no se vislumbra razón valedera –como lo desarrollaremos–, desde una mirada garantista de primacía de la Constitución respecto del proceso penal, como ocurre, por ejemplo en Alemania, en virtud de similares causales impugnativas contempladas para las sentencias definitivas firmes condenatorias.

II. Posición contraria a la acción de revisión en el caso de sentencias absolutorias

Este acápite da cuenta de la posición doctrinaria que no comparte la procedencia de la acción de revisión comenzando por la situación de Chile, país que regula el recurso de revisión en el Párrafo 3, Título VIII, Libro IV del Código Procesal Penal chileno, sobre Procedimientos Especiales y Ejecución.

La revisión ha sido entendida como el “recurso de revisión es un medio de impugnación extraordinario que la ley concede por las causales y en contra de las resoluciones judiciales firmes que ella misma señala, ganadas injustamente, con el objeto de anularlas en todo o en parte”.¹

¹ CASARINO VITERBO, Mario: *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, s/l, 2009, Tomo IV, pp. 217-224.

Al discutir sobre su posición sistemática, el legislador decidió que no se debía incorporar en el título relativo a los recursos, en tanto, su naturaleza jurídica es distinta al resto.

“El Senado acordó que la solicitud que se hace a la Corte Suprema para que revea una sentencia firme condenatoria y la anule, no es propiamente un recurso, entendiendo por tal la impugnación que se hace de alguna resolución judicial antes de que quede ejecutoriada sino que es, con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia y, en ese sentido, prefirió cambiar de ubicación las disposiciones que la regulan, trasladándolas al Título VIII del Libro IV, que trata precisamente sobre la ejecución de las sentencias firmes”.²

La diferencia fundamental de esta acción, en relación con las otras formas de impugnación de resoluciones judiciales previstas en el Código Procesal Penal, reside en la particular finalidad que persigue. Esta consiste en hacer primar la justicia en detrimento de la seguridad jurídica, lo que en nuestro sistema procesal se garantiza a través de la posibilidad prevista por ley de anular la sentencia condenatoria firme, en ciertos casos que exhiben claramente la injusticia de la decisión.

Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad de la acción de revisión es evitar que se adopten decisiones injustas. Maturana afirma que “[...]lo que se persigue es que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica configurada por la cosa juzgada. El legislador ha entendido que la justicia debe primar cuando el asunto hubiera sido fallado injustamente sobre la certeza que otorga la cosa juzgada”,³ sin embargo, como el mismo autor advierte, no todo caso de manifiesta injusticia da lugar a anulación de la sentencia; primero, porque la acción de revisión en el sistema procesal penal solo reconoce algunos casos de injusticia

² PFEFFER URQUIAGA, Emilio: *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado*, Editorial Jurídica de Chile, s/l, Santiago de Chile, 2001, p. 447.

³ MATURANA MIQUEL, Cristián: *Los Recursos*, Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 438.

como causales que permiten anular una sentencia condenatoria firme; se trata en consecuencia de una acción de carácter estricto. Segundo, porque debe tratarse de casos de manifiesta injusticia.

En Chile la acción de revisión debe explicarse en referencia a la evitación de un cierto tipo de resultados injustos, a saber, aquellos casos en que una persona es condenada por un delito en el cual no le cabe responsabilidad penal. Esto da lugar a una restricción de hecho, la acción de revisión no puede interponerse cuando se trata de sentencias absolutorias. Así a propósito de la doble conformidad, también conocida de una manera menos elegante, fonéticamente, como “regla del doble conforme”.

Los autores Horvitz y López Masle nos dicen que la condena debe ser capaz de subsistir el reexamen en un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión. Debe tenerse presente, sin embargo, que la exigencia de la doble conformidad supone la doble conformidad con la sentencia condenatoria, lo que podría dar lugar hasta a tres juicios.⁴

Ahora bien, la revisión como institución jurídica de impugnación toca directamente dos puntos de extensa confrontación como son la justicia y la certeza. Así, para Carnelutti el drama del proceso es precisamente “*el irreductible contraste entre la justicia y la certeza*”.⁵ La ley proporciona certeza (equivalente a nuestra seguridad jurídica) porque permite al sujeto prever las consecuencias de sus actos. La justicia exigiría que la consecuencia prevista por la ley para un caso fuera la adecuada y, en caso de no serlo, que el Juez tuviera un cierto margen de actuación para adecuarla.

⁴ HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 347.

⁵ CARNELUTTI, Francisco. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, p. 286.

Para el maestro italiano la consecuencia adecuada es la prevista por una ley, pero no por cualquier ley, sino por una que cumpliera un requisito: ajustarse al modelo, a ciertos principios éticos. La justa medida entre la certeza y la justicia consiste en ni concederlo todo a la justicia, cayendo en la incógnita del derecho libre, ni concederlo todo a la certeza, clavando la ética sobre la cruz de la ley. Se opone a quienes consideran que la certeza es justicia en sí misma, y, en concreto a Calamandrei. Reprocha haber resuelto la justicia en la certeza, resolución a la que se llega identificando la verdad con la realidad, el modelo con la propia ley positiva. Conducir lo justo a lo que es cierto, lo verdadero a lo que es real, tiene un coste que, en palabras de Carnelutti, autores como Calamandrei parecen desconocer: supone la aceptación de la infalibilidad del legislador.⁶

En otro punto, ya en el acceso mismo a una impugnación en el caso de una sentencia absolutoria como explica Ferrajoli, el derecho al recurso reconocido por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conlleva “*el derecho del imputado a tener no sólo un doble juicio concordante en caso de condena*”,⁷ sino que en hipótesis debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolucón y el segundo de condena.

No obstante, la clara situación normativa de este tema en la ley chilena, debe decirse que la posibilidad de impugnar sentencias absolutórias está lejos de ser generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia de otros países.

Atendiendo un poco a la historia, parece claro hoy que la irrevocabilidad de la cosa juzgada solo era sostenible en el derecho romano

⁶ CALAMANDREI, Piero. “Crisis de la Justicia” en *Crisis del Derecho*, Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 315.

⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Democracia y Garantismo*, 2ª edición, Trotta Editorial, Madrid, agosto 2010, p. 39.

en aquellos supuestos de decisión absolutoria pronunciada por los comicios y en las sentencias del jurado.

Según Florián

*“prescindiendo de algunos casos de violación formal (nulidad por falta de un título legal de acusación, nulidad por infracción de preceptos fundamentales sobre la jurisdicción penal y la defensa), que se podían hacer valer incluso contra la sentencia firme, es cierto que la cosa juzgada cedía si podía demostrarse que la sentencia había sido obtenida con prevaricato, tergiversatio, o ambos, o aun como consecuencia de calumnia, en cuyos casos había lugar a la rescisión de la sentencia y a la restitutio in integrum por ley especial. La exigencia de que la sentencia sea conforme a la realidad lo más posible, es tan fuerte que se alza contra la sentencia donde no se verifique esto por muy perfecta que sea formalmente. Al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés individual y social al mismo tiempo, de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmollada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente. Y ésta es la razón de la revisión...”*⁸

La cuestión se complica a partir de este primer nivel de discusión cuando advertimos que las cuestiones principales a debatir no se agotan en la necesidad de obtener un punto final del proceso y el resguardo de la justicia material como reflejo lo más justo posible de la verdad histórica o material, sino que a ello se suma la necesidad de establecer una regulación de los recursos en clave garantista. Clave garantista que hoy se ha transformado en una vertiente autónoma del grado de justicia absolutamente independiente, metodológicamente hablando, del logro de una reconstrucción histórica del caso.

En principio es posible afirmar que la labor del Tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa que invalide la sentencia sino solo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta.

⁸ FLORIÁN, Eugenio: *Elementos de derecho procesal penal*, Ed. Bosch s/f, Madrid, p. 460.

De un modo u otro, parece que, tal cual hoy se la conoce, la revisión encuentra sus fuentes en la querella *nullitatis insanabilis* vigente en el proceso germánico y en la misma *restitutio in integrum* que menciona Florian, como se comentó, y que luego constituyó fuente principal del sistema francés.

Por lo tanto, es indudable que existe cierta tensión entre el objetivo procesal de dotar de un carácter inconvencible a alguna decisión del sistema jurisdiccional y el objetivo netamente político-criminal de garantizar cierto grado de justicia material en toda decisión que emane del sistema de justicia. Esta tensión, casi antagonismo, se manifiesta en un buen número de frases rimbombantes que se refieren al objeto del recurso de revisión.

La primera cuestión a debatir es la que se refiere a la posibilidad de revisar una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Beling señalaba que la sentencia firme tiene un efecto preclusivo que excluye toda posible continuación del proceso sobre el mismo objeto procesal, aun en el caso de que la base fáctica de la sentencia aparezca como desacertada o sustentada en una infracción de la ley. Y como respecto a las sentencias sobre el fondo, a la firmeza se une el efecto de cosa juzgada, las sentencias firmes sobre el fondo no pueden atacarse tampoco por un nuevo proceso. Sin embargo, cuando esta exclusión es escandalosa, excepcionalmente cabe sacrificar el principio de la firmeza reconociendo ciertas y determinadas razones para la reapertura del proceso que, de esta manera, puede ser revisado con la consecuencia de que se pone en peligro la sentencia firme y su efecto de cosa juzgada: *“El condenado injustamente, queda condenado; el absuelto injustamente, queda absuelto”*.⁹

⁹ BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, trad. del original alemán de Miguel Fenech, Ed. Labor, Barcelona, 1943, p. 325.

La función de reconstruir la seguridad jurídica –confirmación de valores ético-sociales y de la confianza en las normas– que cumple la decisión definitiva, en algunos casos debe ceder en aras de valores superiores; por ello se permite la revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada mediante el recurso de revisión a favor del condenado, en supuestos excepcionales en los cuales, en verdad, el mantenimiento de la decisión no contribuiría a esos objetivos. La finalidad de este recurso es no someter a una persona inocente a una pena o medida de seguridad que no merece, o a un condenado a una pena o medida de seguridad mayor a la que merece.

Las regulaciones de este recurso o vía impugnativa que tiene por objeto atacable una sentencia que ya ha adquirido el carácter de cosa juzgada, no se encuentran al margen de este antagonismo. Así, cada regulación del recurso de revisión demuestra un punto posible de inflexión entre los dos objetivos mencionados. Es por ello por lo que se afirma que la revisión constituye la excepción a la eficacia de la cosa juzgada.

En consecuencia, la revisión va más allá de un proceso, rompe la imparcialidad del Tribunal al tener estas facultades para producir pruebas de oficio, superando el principio garantista del debido proceso de la actuación judicial que caracteriza en los procesos como mero principio dispositivo de las partes, primando en la revisión por encima del principio garantista el deber del Tribunal de hacer justicia con la verdad a cualquier costa. Se refuerza la tutela judicial de la revisión con el método utilizado por el Tribunal y aunque la Ley no lo establezca, resolver la revisión en una sola vista y sin recurso ulterior.

En definitiva, la revisión penal no responde a etapas procesales jurisdiccionales y sobre todo, el sacrificio del principio garantista de la legalidad que caracteriza al Tribunal en el proceso jurisdiccional por la obligación de justicia del Tribunal revisor en procura de subsanar la injusta sentencia contra el condenado.¹⁰

¹⁰ GORANSKY D., Mirna. 2004. *El recurso de revisión en el Derecho Procesal Penal*.

Ahora bien, en la revisión la controversia gira entre la verdad formal o verdad jurídica y la verdad real, que es el acontecimiento histórico realmente dado. La verdad formal es la verdad procesal, es la que se obtiene de la prueba practicada en el juicio, que es la finalidad del proceso en el sistema acusatorio. La búsqueda de la verdad histórica resulta una tarea inalcanzable en sus aspectos más sustanciales. La verdad histórica o material se puede equiparar a la antes referida verdad absoluta. La verdad a la que se aspira en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio. La verdad histórica es la verdad absoluta sustancial o material, plasmada en un espacio y en un tiempo determinado, y a que el derecho en general aspira llegar.

La verdad procesal o formal es la que justifican las partes ante un tribunal mediante el sistema de prueba legal y formalmente obtenida e introducida al juicio. La verdad procesal en materia penal desde el punto de vista del Fiscal se reduce a acreditar mediante la prueba idónea y lícita, formalmente obtenida y válidamente introducida, para justificar un hecho punible y la responsabilidad o participación del imputado en el delito. La verdad procesal en la sentencia debidamente ejecutoriada se convertirá en una verdad legal particular (autoridad de cosa juzgada). Para llegar a la verdad procesal, el juez tiene que valorar pruebas lícitas, a partir de la regla de exclusión de la prueba ilegal o ilícita.¹¹

La revisión es una acción que no tiene plazo de interposición, se encuentra dentro de un proceso penal, no es contencioso ni contradictorio, no reconoce partes contrarias y solo pueden ser objeto de esta acción las sentencias condenatorias en forma excluyente; pretende la anulación o modificación por injusta de una sentencia firme e

¹¹ GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el Proceso Penal. Una Contribución a la Epistemología Jurídica*. Editorial Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 93 y ss.

inamovible que se encuentra pasada en autoridad de cosa juzgada en base a hechos y pruebas nuevas que demuestren la injusta condena.¹²

Es interesante el análisis que realiza Martín al preguntarse si la víctima de un delito posee un derecho constitucional al recurso contra la sentencia penal absolutoria. Nos comenta que, en la actualidad, la mayoría de los códigos procesales de Argentina que regulan la figura del querellante, le confieren la facultad para recurrir la sentencia bajo ciertas limitaciones. En ese sentido, el anteproyecto de Código Procesal Penal, presentado en 2007, establece una limitación similar a la del código procesal federal vigente en Argentina. Se plantea la incógnita en el caso de desistir el fiscal como persecutor estatal, si el actor particular pudiese recurrir de revisión ante sentencia absolutoria, acápite de mucho interés para lo nuestro. Así, de la lectura de las decisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) respecto del art. 8.2.h no puede interpretarse en el sentido de que el derecho al recurso en forma amplia e incondicionada sea un derecho del acusador privado en un proceso penal. Así Martín nos dice: *“El art. 25 de la CADH, a la luz de las decisiones de la CtIDH no puede entenderse como abarcativo del derecho a obtener una revisión de otro tribunal ante una sentencia absolutoria”*.¹³

Como constata, no existe una jurisprudencia conteste y consolidada en lo que hace a la tutela judicial efectiva en los términos de la CADH entendida en el sentido de que no existiría la obligación estatal de asegurarle a los acusadores privados el derecho de revisión de la sentencia absolutoria en los términos en que sí le son asegurados a los inculcados (arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDC y P).

¹² GUARIGLIA, Fabricio. *Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México, D. F., México, 2005, pp. 4 y ss.

¹³ MARTÍN, Adrián Norberto: 2009 ¿Posee la víctima de un delito un derecho constitucional al recurso contra la sentencia penal absolutoria?. *Revista Pensamiento Penal*, cuadernos, en <www.pensamientopenal.com.ar/rode/23318>, 22 de diciembre de 2015.

A partir de allí es posible afirmar que no existe imposibilidad en el nivel constitucional, según la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), de limitar al acusador privado el derecho al recurso contra la sentencia absolutoria en un proceso penal.

Sin embargo, el grado de solidez con que han sido verificadas estas conclusiones no es tal que permita aseverar que esa será la interpretación que regirá en el futuro por parte de la CtIDH, máxime en casos de violaciones de derechos humanos básicos, ocurridos en el marco del terrorismo de Estado.

Para Walker algunas legislaciones, entre ellas la ecuatoriana, la casación y en especial la revisión figuran como recursos extraordinarios porque los dos son conocidos y decididos por la actual Corte Nacional, también por el objeto del juicio y porque versan sobre sentencias definitivas. Concluye que

“La revisión se ocupa de errores in iudicando de carácter histórico. En Ecuador, no hay revisión contra las sentencias absolutorias, es una manifestación de los dogmas liberales que están al servicio del injustamente condenado. La revisión busca que la seguridad jurídica no conduzca a la negación de la justicia material”¹⁴

Sin embargo, es determinante la postura de algunos autores respecto al carácter de cosa juzgada de un delito y la revisión, como es el caso de Vergara, para quien la cosa juzgada está íntimamente ligada con el principio *non bis in idem* concluyendo que

“Una vez que la sentencia se ha ejecutoriado, ha quedado firme, no se la puede modificar por ningún concepto, esa es su esencia, excepto en los casos que se ha concedido el indulto, o en los casos que se ha aceptado la “revisión”; por lo tanto, una vez que el condenado ha pagado su pena, deberá obtener la libertad sin

¹⁴ WALKER, Ralph C. S. *The Coherence Theory of Truth, Realism, Anti-Realism*. Routledge and Kegan Paul, London, 1989, pp. 25-40, “La teoría de la verdad”, Cfr. STERN, Robert. 2004. “Coherence as a Test for Truth”, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXIX, N° 2, September 2004, pp. 296-326.

*dilaciones ni demoras; por otro lado, en cuanto el auto o sentencia ha pasado en “autoridad de cosa juzgada”, no se podrá volver sobre el mismo caso o asunto ni revisar la pena que hubiera sido impuesta, cumplida o no”.*¹⁵

Finalmente, conteste con lo que expresa el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, quien señala que la cosa juzgada es una excepción procesal perentoria porque impide o extingue la relación jurídica que se pretende establecer o se ha establecido ya entre el juez y los sujetos activo y pasivo y estos entre sí. Y nos dice:

*“La cosa juzgada como efecto del proceso –enseña nuestro profesor Zavala Baquerizo–, cubre tanto el aspecto objetivo como el aspecto subjetivo del proceso, esto es, se refiere tanto al objeto del mismo: el delito; como al sujeto pasivo del proceso: el acusado. Cuando en un auto de sobreseimiento definitivo del sindicado que se encuentra ejecutoriado se desestima la pretensión punitiva, el efecto inmediato de dicho auto es el de clausurar definitivamente el proceso penal con relación a la persona sobreseída e impedir la iniciación de otro proceso que tenga por objeto el mismo hecho. Así lo establece el art. 246 CPP. De la misma manera, cuando se dicta la sentencia penal, sea condenatoria, sea absolutoria, y pasa en autoridad de cosa juzgada, no se puede volver a iniciar otro proceso penal por el mismo hecho y contra las mismas personas que fueron consideradas en el juzgamiento contenido en la sentencia (art. 5 CPP)”.*¹⁶

Ahora bien, es relevante en todo proceso determinar quiénes son partes y terceros, ya que solo quienes tienen la calidad jurídica de partes, tienen derechos y cargas que plasman el principio de igualdad o bilateralidad de la audiencia. Sin embargo, se reconoce la existencia de una multivocidad conceptual, no obstante, se acepta como norma general que la sentencia pronunciada tenga un efecto relativo solo a quienes fueron partes del proceso adversarial.

¹⁵ VERGARA, Acosta “Los Recursos”. Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pp. 438 y ss.

¹⁶ ZABALA, Jorge: *El debido proceso penal, Manuales de Derecho* <<http://revistas.un.en/manualesderecho/article/view/130701>>, 21 de diciembre de 2015.

Sin perjuicio de lo anterior, hay evidencia de sentencias que inciden en la esfera jurídica de los terceros interesados en el resultado del pleito, y en tal caso es necesario que el ordenamiento admita su intervención con el fin de evitarles perjuicios en sus derechos, especialmente el de defensa; uno de esos casos corresponde al tercero civilmente responsable, persona que conforme a la ley civil debe responder del daño causado por la conducta del imputado condenado.

La regulación del tercero civilmente responsable en el derecho procesal chileno es particular, por una parte, se lo excluyó expresamente del proceso penal, de tal manera que solo podría ejercer su derecho de defensa en sede civil. No obstante, conforme a una antigua reglamentación en el Código de Procedimiento Civil –a propósito de la influencia recíproca de la sentencia condenatoria penal en sede civil en los artículos 178 y 180– en la práctica se le impediría el ejercicio del derecho de defensa en sede civil, dado que nadie –incluyendo al tercero– pueden contradecir las pruebas o alegaciones resueltas en la sentencia condenatoria penal pronunciada contra el imputado como los hechos que le sirvieren de fundamento.

Para analizar el fenómeno particular generado, se verificó que la sentencia puede ser analizada desde el punto de vista de los efectos como acto y como hecho. Si el objeto del conflicto ha sido querido y buscado por las partes y el juez, puede hablarse de la sentencia como acto; en cambio para aquellos que ni han buscado ni querido el objeto del conflicto, la sentencia existe como hecho. La sentencia como acto da origen al fenómeno de la cosa juzgada y como hecho da origen a los llamados efectos reflejos de la sentencia.

Para un tercero civilmente responsable en Chile, la sentencia existe como hecho, dado que a la luz del ordenamiento vigente no interviene en las sedes penal y civil. En ese entendido, y poseyendo interés en el resultado, el ordenamiento debe garantizarle el derecho a la defensa que está seriamente limitado a su respecto. La teoría de los efectos reflejos así lo reconoce inequívocamente. La única justificación

posible de esta omisión legislativa es el cambio legal introducido por el Código Procesal Penal de 2000 que entró paulatinamente en vigencia en la República de Chile, y que terminó en una falta de adecuación en ese punto con los artículos 178 y 180 del Código de Procedimiento Civil, que no fueron modificados oportunamente, circunstancia que pervive en la actualidad. Esta posición ha determinado que la interpretación judicial del tema mire exclusivamente a lo señalado en la normativa legal infra-constitucional y no interprete armónicamente sus disposiciones conforme a lo regulado en la Constitución Política. Así quedó demostrado en la sentencia de noviembre de 2007 dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción que falló sobre el tema analizado.

Existen propuestas superadoras del problema en el proyecto que crea un nuevo Código Procesal Civil y en un proyecto de ley que modifica el artículo 59 del Código Procesal Penal. Resultaría útil además que el legislador tuviera presente lo que acontece en el derecho procesal comparado. Colombia da una solución justa a la situación del tercero civilmente responsable por medio de su incidente de reparación integral, que se condice con las exigencias que tuvo en su momento el legislador procesal penal chileno al resaltar la importancia que el debate fuera solo referido a lo penal.

Con todo, es oportuno destacar que la regulación sobre los derechos del tercero civilmente responsable debe ser reexaminada prontamente a la luz del cambio normativo introducido por el Código Procesal Penal, garantizándose su derecho de defensa, base de toda persona a quien pueda afectar e interese una sentencia dictada por un tribunal de la República.

La acción de revisión resulta ser análoga en estructura al recurso de nulidad, artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal; sin embargo, a diferencia de este último, la acción de revisión opera sobre la base de supuestos especiales:

- Primero: Para que proceda la defensa debe basarse en hechos desconocidos, esto es, no valorados por el tribunal.
- Segundo: Solo procede cuando se trata de sentencias condenatorias que están firmes.
- Tercero: Se fundamenta en el principio de ajuste a la realidad.

Nuestro sistema jurídico ha institucionalizado una clara solución al problema que se presenta en aquellos casos en que aparecen hechos con posterioridad a la sentencia condenatoria y que son aptos para demostrar la inocencia del condenado.

III. Posición a favor de la acción de revisión

Este acápite, a diferencia del anterior, contempla la posición doctrinaria de quienes participan de la procedencia de la acción de revisión, sacrificando la certeza y seguridad jurídica, bajo determinadas circunstancias que lo ameritan.

BELING, ERNST

Para Beling la sentencia firme tiene un efecto preclusivo que excluye toda posible continuación del proceso sobre el mismo objeto procesal, aun en el caso de que la base fáctica de la sentencia aparezca como desacertada o sustentada en una infracción de ley. Y como respecto a las sentencias sobre el fondo, a la firmeza se une el efecto de cosa juzgada, las sentencias firmes sobre el fondo no pueden atacarse tampoco por un nuevo proceso. El condenado injustamente queda condenado; el absuelto injustamente queda absuelto. Sin embargo, cuando esta exclusión es escandalosa, excepcionalmente cabe sacrificar el principio de la firmeza reconociendo ciertas y determinadas razones para la reapertura del proceso que, de esta manera, puede ser revisado

con las consecuencias de que se pone en peligro la sentencia firme y su efecto de cosa juzgada.¹⁷

CAICEDO T. DANILO. NATURALEZA Y ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA

50

La seguridad jurídica es uno de los principales baluartes del Estado moderno, aún más es uno de los enunciados elementales del Estado Social de Derecho, aunque su origen data del Estado de tipo liberal donde primaba la importancia del sistema procesal por sobre la persona. Bajo el esquema actual, debemos entender a la seguridad jurídica como la idea de certeza sobre el sistema jurídico que rige a determinada sociedad, sistema jurídico expresado en disposiciones normativas, que necesariamente son interpretadas por los entes que administran justicia.

La cosa juzgada es una de las herramientas procesales que buscan la consecución de la idea de certeza y convencimiento en el sistema jurídico. Podemos definir a esta institución como la imposibilidad de discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior. Para que este enunciado general sea válido y encontrarnos frente a un verdadero caso de cosa juzgada son necesarios los elementos que enunciamos a continuación:

Identidad subjetiva. Intervención de las mismas partes procesales.

Identidad objetiva. El objeto del juicio es la misma cosa, cantidad o hecho fundamento en la misma causa, razón o derechos.

Como regla general, un nuevo juicio que reúna iguales calidades en todos sus elementos no puede ser discutido nuevamente, salvo excepciones puntuales y justificadas que más adelante trataremos. Sin embargo, es necesario distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, distinción generalmente aceptada por la doctrina y la legislación de influencia romanista:

¹⁷ BELING, Ernst (1943), *Derecho Procesal Penal* (Miguel Fenech, tr.). Barcelona: Labor. 437 pp.

Cosa juzgada formal. Es la imposibilidad jurídica de acceder a recursos ante determinado resultado procesal; la cosa juzgada formal no resuelve el fondo del proceso, el objeto mismo de la litis sino únicamente las excepciones dilatorias, aquellas excepciones que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda. Nada impide que subsanadas dichas excepciones pueda tratarse nuevamente la causa de fondo de la *litis* en un nuevo proceso.

Cosa juzgada material. Es la imposibilidad jurídica de iniciar un nuevo proceso sobre la causa que goce de esta calidad; dicha calidad impide casi de manera absoluta un nuevo tratamiento; la sentencia adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como frente a los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no solo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de rever sus resultados. La prohibición alcanza también a los sujetos del proceso, quienes no pueden ejercer su derecho de acción nuevamente sobre el mismo supuesto.

La institución de la cosa juzgada encuentra su plenitud conceptual y práctica con la presencia tanto de su componente formal como material, componentes que garantizan la inmutabilidad y coercibilidad de los fallos, de esta manera cumple con funciones prácticas dentro de la protección de derechos y dentro de la función de administrar justicia. Inicialmente, impide la prolongación indefinida de los procesos; así también impide la inestabilidad con respecto a la situación jurídica de las personas y de las cosas de esta manera efectúa tanto una función garantizadora a nivel individual entre las partes que forman parte del proceso, así como también con la sociedad en general respecto a su idea de certeza jurídica, paz social y convivencia pacífica como fin último.

De manera alguna la cosa juzgada atenta contra el derecho de defensa o de acción que se refleja en la facultad de ejercer cierto recurso ante una sentencia insatisfactoria, puesto que dichos derechos se encuentran plenamente vigentes antes de que la sentencia adquiriera la calidad de ejecutoriada, de esta manera se evitan situaciones de

indefensión que vulnerarían los derechos de las partes procesales. Es necesario aclarar que antes, durante y hasta que el fallo adquiriera firmeza, la presunción de inocencia se mantiene de forma integral.

RELACIÓN DE LA COSA JUZGADA Y EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

Los fallos que gozan de cosa juzgada son en principio inmutables, este efecto negativo o restrictivo se relaciona con el principio *ne bis in idem* o *non bis in idem*. En sus orígenes, este axioma establecía la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo delito. Sin embargo, la práctica procesal y la jurisprudencia demostrarían en varios fallos la fragilidad de este enunciado, puesto que sobre un mismo hecho pueden recaer distintos tipos delictivos, suscitando inseguridad jurídica acerca de la certeza del fallo.

Actualmente y conservando su etimología, podemos definirlo como la prohibición de ser juzgado o sancionado dos veces por la misma causa. La finalidad principal de este principio es garantizar derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad entre otros; como finalidad secundaria encontramos la seguridad jurídica. Esto a mi parecer lo diferencia claramente de la cosa juzgada, donde la finalidad principal siempre será la seguridad jurídica; además, el principio de cosa juzgada tiene mayor amplitud que el principio *ne bis in idem*, este último se circunscribe al Derecho Penal mientras que el primero es aplicable para todas las ramas del Derecho.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA Y *NE BIS IN IDEM*

La inmutabilidad del contenido de estos dos principios encuentra excepciones dependiendo de cada legislación. Sin embargo, de manera general, podemos mencionar las siguientes: los recursos extraordinarios que tienen por efecto la revisión de fallos ejecutoriados por haber cambiado radicalmente las circunstancias que motivaron su expedición o por comprobarse que el fallo se dictó en virtud de un error judicial

que motivó un resultado contrario a la verdad; la nulidad de sentencia ejecutoriada donde el fallo carece de validez debido a transgresiones insubsanables en su expedición; la aplicación del principio *indubio pro reo* que conlleva la revisión de la pena del condenado; el otorgamiento de indulto (perdón) o amnistía (olvido) que deja sin efecto la condena expedida mediante la resolución de la administración de justicia.

Adicionalmente encontramos en la doctrina y la jurisprudencia internacional, la figura de la cosa juzgada fraudulenta o aparente, la cual se produce cuando en un fallo se han irrespetado de manera evidente las reglas del debido proceso o cuando los encargados de administrar justicia no obraron con independencia o imparcialidad; la CIDH colige que “si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”. La cosa juzgada fraudulenta es el equivalente a la figura que la Corte Suprema de Justicia argentina denomina cosa juzgada írrita, la cual basa la mutabilidad de las sentencias en la falta de probidad de los jueces o en la existencia de coacción en su libertad de conciencia, lo cual independientemente de si su decisión es o no acertada, vicia en absoluto la labor de administrar justicia.

En el Ecuador si bien no se reconoce la figura de la cosa juzgada fraudulenta o írrita, es interesante analizar algunos de los fallos referentes a la colusión; podemos definir al delito colusorio como el acuerdo doloso o convenio fraudulento entre dos o más personas, que produce a un tercero una afectación verificable y real que además de patrimonial puede consistir también en afectación de cualquier derecho civil. Este tipo de acuerdo malicioso puede producirse entre el juez y una de las partes en detrimento de un tercero afectado por el fallo fraudulento; de comprobarse estos hechos la Corte Suprema de Justicia se encuentra no

solo en la facultad de sancionar a los intervinientes sino de reformar o revocar la sentencia viciada. Dicha nulidad de sentencia se convertiría no solo en una de las excepciones al principio de cosa juzgada sino en el principio que la jurisprudencia internacional acertadamente define como restitución por cosa juzgada fraudulenta.

Sobre este tema es interesante analizar el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que en el artículo décimo referente al principio *non bis in idem* dispone que los fallos no gozarán de esta prerrogativa cuando la jurisdicción nacional carezca de independencia o imparcialidad y cuando se compruebe que la finalidad es sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional.¹⁸

CASTELLÓN MUNITA, JUAN AGUSTÍN

Del análisis de la legislación procesal chilena y comparada y de la estructura de los distintos procesos, surge la evidencia de que nuestro sistema procesal obedece a ciertos principios, y más aún, de que nuestro legislador ha optado, entre varias alternativas opuestas, por estructurar los diversos procesos en torno a ciertos principios fundamentales.

Así, vemos que nuestros procesos civiles son escritos, lo cual se contrapone a los procesos orales. La reciente reforma procesal penal ha impuesto para los procesos penales la oralidad, principio opuesto, de algún modo contrario a nuestra tradición ancestral, lo cual debe significar a mediano plazo una alteración fundamental en la comprensión del conflicto y de sus implicancias.

Hace presente que no existen dos tratadistas que estén de acuerdo en señalar cuáles son los principios procesales. Sin embargo, una enunciación razonablemente completa comprende los siguientes:

1. Principio de economía procesal.

¹⁸ CAICEDO T., Danilo, ob. Int: 31/05/2012.

2. Principio de acumulación eventual o eventualidad.
3. Principio de igualdad procesal.
4. Principio de impulsión procesal.
5. Principio de inmediación y su contrario, de mediación procesal.
6. Principio de oralidad y su contrario, de escrituración.
7. Principio de preclusión.
8. Principio de publicidad.
9. Principio de buena fe o lealtad procesal.
10. Principio de favorabilidad.
11. Principio de inviolabilidad de la defensa.
12. Principio de la verdad real y su contrario, de la verdad formal.
13. Principio de la legalidad de las formas.
14. Principio de inmutabilidad de la acción.
15. Principio de identidad física del juez.
16. Principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba.

En lo que respecta al principio de igualdad procesal, sostiene que puede enunciarse en el hecho de que todos los hombres deben ser tratados y juzgados indistintamente, según lo determinado por las normas jurídicas de su tiempo (Adolfo Borthwick).

Para Eduardo Pallares “*durante la sustanciación de cualquier proceso debe garantizarse a las partes un trato igualitario, caracterizado por el otorgamiento de las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y soportar las respectivas cargas, siempre en condiciones de plena igualdad*” (art. 10), y se resume en el antiguo aforismo *non debet actore licere*

quod reo non permititur (no debe ser lícito para el actor lo que no se permite al reo).

En nuestra legislación, el juicio ordinario civil de mayor cuantía asegura a ambas partes, demandante y demandado, una plena igualdad procesal. Los procedimientos especiales, en aras de una mayor celeridad en las resoluciones, mitigan esta igualdad, siempre a favor del actor.

En lo que dice relación con el principio de buena fe o lealtad procesal, hace presente que Adolfo Borthwick dice que

“la lealtad procesal es la consecuencia de la buena fe de los sujetos intervinientes en el proceso. Por lo demás, la buena fe importa la exclusión de abusos procesales, argucias y chicanas procedimentales, y de trampas y deformaciones judiciales. Entre la buena fe y la moralización del proceso, como predicado o conjunto de reglas de conductas éticas, probas y veraces a las que deben ajustar su comportamiento los sujetos que intervienen en él”.

La legislación procesal civil chilena no contiene un estatuto de moralidad de los procedimientos, pero sí normas dispersas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, tales como el artículo 88 inciso 2° de este último, que dispone a propósito de los incidentes:

*“el tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte, y si notare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes, podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo”.*¹⁹

ANTECEDENTES EUROPEOS

Citando a Landau, León Villalba dice que la regla *ne bis in idem* es introducida al sistema europeo a través de falsificaciones del Derecho Romano atribuidas al Benedictino Levita en las que, por primera vez,

¹⁹ CASTELLÓN MUNITA, Juan Agustín, *Los principios procesales*, Legal Publishing Chile, Gaceta N° 295, pp. 1-7, 2005.

se formula de manera general el principio para todo proceso penal. Atribuye al procedimiento inquisitivo la debilitación de los efectos de la cosa juzgada y a los juristas italianos de la Edad Media el reconocimiento de esos efectos aunque también de sus excepciones. En este último caso, dice, el absuelto podía interponer la *exceptio rei judicatae*, pero no podía hacerlo si: a) el acusador no se había personado en el primer proceso; b) el primer acusador era prevaricador, y c) si la primera sentencia provenía de una jurisdicción diversa como la Iglesia o un tribunal extranjero.

Trasladada la cuestión a los comienzos del siglo XX y de nuevo acerca de su desenvolvimiento en Inglaterra, sigue siendo muy dudosa la real vigencia del principio. Una obra de 1919, refiriéndose a las consecuencias de los distintos veredictos de un jurado, dice que si se trata de una absolución el prisionero queda libre para siempre pero que, si se lo absolvió por algún defecto de procedimiento, puede ser detenido y acusado nuevamente. En el caso de una segunda acusación contra un prisionero que hubiera sido condenado señala que es frecuente que no se le dé curso si la imputación es similar a aquella por la que acaba de ser condenado, pero si el prisionero es absuelto, se da curso a una segunda acusación, salvo que resulte obvio que no hay otras pruebas que las que hubo en el primer caso.

No mucho más clara es la cuestión en esa época en Francia. Garraud, al referirse al concurso ideal de delitos, dice que el veredicto desincriminante de un jurado (*acquittement*) solo purga la calificación, pero no el hecho mismo que puede ser perseguido bajo otra calificación. Pero hace la clara distinción entre absolución por el tribunal y *acquittement* por el jurado. La primera es una determinación jurídica posterior a la declaración de culpabilidad del acusado y supone la conclusión de que se trata de un hecho que no constituye delito o bien que existe algún impedimento legal para condenar. La segunda se limita a declarar que el acusado no es culpable de aquello de lo que se lo acusó. Al ocuparse luego de la autoridad de la cosa juzgada, vuelve a explicar, con mayor detenimiento, que solo tiene efecto concluyente

una absolución, pero no un *acquittement*. Esto último, reitera, purga la acusación, pero no el hecho mismo que puede ser perseguido bajo otra calificación legal.

En el caso de Alemania, que es el primer estado europeo en dar al principio un rango constitucional a través del art. 103.III de su constitución de 1949, la doctrina dominante entiende, sin embargo, que no hay obstáculo para aplicar el art. 362 de la Ordenanza Procesal Penal que contempla los casos de revisión de sentencias en contra del acusado. Se interpreta que la sanción del texto constitucional no afectó los criterios de interpretación de la cosa juzgada vigentes al momento de esa sanción. La reapertura del procedimiento —que así se llama en Alemania el recurso de revisión— tiene explicación, en palabras de León Villalba, en que “...sólo será admisible si el mantenimiento de la decisión adoptada lleva a resultados simplemente insoportables...”. Queda claro, de todos modos, que el principio *ne bis in idem* tiene de esa manera una aplicación solo limitada.

En Italia, dice ese mismo autor, el principio tiene un papel fundamental, pero, sin embargo, la unanimidad de su reconocimiento se vuelve discrepancia en lo que hace a su aplicación práctica. Está reconocido, en la actualidad, en el art. 649 del Código Procesal, anteriormente en el art. 90 del código de 1930 y en el 435 del de 1913 y supone su aplicación de oficio en cualquier estado del proceso. Advierte que la doctrina del siglo XIX admitía importantes excepciones al principio, por ejemplo, admitiendo la persecución por homicidio culposo de quien había sido acusado del delito doloso.

Volviendo al caso francés se debe apuntar que, en la actualidad, aunque el principio se entiende consagrado en el art. °6 del Código de Procedimientos que contempla la excepción de cosa juzgada, no todas las decisiones de jurisdicciones represivas tienen la misma autoridad. En la obra de Stefani, Levasseur y Bouloc se hace la clara distinción de la autoridad de cosa juzgada de las decisiones de las jurisdicciones de instrucción respecto de las de jurisdicciones de juzgamiento. Las

primeras adquieren esa autoridad y, por ende, impiden posterior juicio si se basan en cuestiones de derecho; no así si obedecen a apreciaciones de hecho. Como ejemplo proponen el caso de una desestimación basada en la prescripción con posterioridad a la cual se descubren otras circunstancias que agravan el delito y que no impiden la apertura de nueva instrucción por la configuración delictiva agravada que no se encuentre prescrita.

En el Derecho de Inglaterra en la actualidad, según la edición de 1998 de la importantísima recopilación en materia penal conocida como *Blackstone's Criminal Practice*, la cuestión sigue girando alrededor de las excepciones previas *autrefois acquit* y *autrefois convict* conocidas ambas como especies del género llamado *pleas in bar*. Pero la consagración amplia del principio data de 1964 y se encuentra en un fallo de la Cámara de los Lores. El caso se refería a un acusado absuelto de homicidio ocurrido en el curso de un robo a mano armada cuya absolución obedeció a error del juez en la instrucción al jurado acerca de la coartada invocada. Por una norma vigente en ese entonces las acusaciones de homicidio debían tener trámite separado de otros cargos. Después de la absolución del homicidio tuvo lugar el proceso por la acusación del robo y el acusado planteó la excepción *autrefois acquit* que fue desestimada celebrándose luego el juicio en el que resultó condenado. La cuestión llegó en apelación a la Cámara de los Lores por insistencia del condenado en que debió haberse admitido su excepción previa. La condena fue confirmada en un extenso fallo que analizó detenidamente los alcances del principio estableciendo criterios para determinar cuándo hay un delito distinto que autoriza un nuevo juzgamiento.

Aparte de ese importante precedente jurisprudencial el principio tiene también expresión en una ley de carácter interpretativo dictada en 1978. En ella se consagra el principio de no poder ser castigado más de una vez por el mismo delito, pero en su aplicación concreta se sostiene que eso no es impedimento para que se dicte nueva condena por infracciones distintas emergentes de un mismo hecho. Se propone

como ejemplo una acusación de lesiones dolosas que no obstaría a la posterior imputación de homicidio. Esa ley reemplazó una anterior de 1899 y la jurisprudencia consideró que no tenía ninguna variante en esa materia ni se apartaba de lo que era la doctrina establecida en el *common law*.

Pero las excepciones a la aplicación del principio más importantes en la actualidad se encuentran en la ley de 1996 (*Criminal Procedure and Investigations Act*) que contemplan un verdadero recurso de revisión en contra del acusado. La norma rige a partir del 15 de abril de 1997 (se entiende que para delitos cometidos desde esa fecha). Otras situaciones en que no se aplica el principio existen cuando un caso es resuelto por una Corte de Magistrados (jueces de paz normalmente legos) más allá de sus atribuciones o cuando se anula una acusación o cuando se la desestima por ausencia del acusador.

Sin embargo, el principio es aplicable y puede cuestionarse una nueva acusación cuando el acusado había sido absuelto en un tribunal extranjero competente. Se cita al respecto un caso de 1919 y un óbiter de uno de los lores en otro caso de 1971 en el que se expresa que la doctrina constituye un tradicional principio del *common law*, tanto en lo referido a una previa absolución como a una previa condena. Para esta última hipótesis, la de invocarse la excepción de *autrefois convict* basado en una condena pronunciada en el extranjero, un caso de 1985 estableció una limitación: no se admite la excepción si el juicio en el tribunal extranjero se desarrolló en ausencia y no es probable que el acusado regrese a fin de cumplir la sentencia.

OTROS ANTECEDENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS

En cuanto al desenvolvimiento de la cuestión en los Estados Unidos se impone destacar una conclusión de Siegler, el autor anteriormente citado a quien se debe uno de los trabajos más completos y relativamente recientes en la materia. Según él, para la época de redactarse la constitución federal en la que se procuraba preservar los

derechos de que tradicionalmente disfrutaban los súbditos ingleses, no puede valorarse como claramente establecida una protección contra el doble riesgo. La considera, por otra parte, una de las disposiciones de la Declaración de Derechos de la constitución americana que han dado lugar a mayor controversia pero que se encuentran menos esclarecidas.

Leonard W. Levy en su ensayo sobre los orígenes de la Declaración, después de apuntar que la garantía contra la doble persecución estaba admitida en buen número de casos en la jurisprudencia colonial no obstante no figurar en ninguno de los grandes documentos consagradorios de las libertades inglesas (la Carta Magna, la Petición de Derechos, la Declaración de Derechos), refiere que fue New Hampshire el primer estado en acordarle protección constitucional. Por su parte, Siegler dice que tiene origen en el Derecho Penal de Massachussets que considera más adelantado en el siglo XVII que el de Inglaterra. Alude al *Body of Liberties* de 1641 y a la codificación de 1648, atribuyéndoles el significado que llevó a su consagración como garantía fundamental. Coincide, de todos modos, con otros autores, en que el primer texto constitucional en consagrar el principio fue el de Nueva Hampshire en 1784. Coincide igualmente en la inspiración de Madison y en la falta de registros de los debates que habrían llevado a la redacción definitiva de la quinta enmienda mencionando que, en la actualidad (se refiere a 1969), treinta y cinco de las constituciones estatales tienen una redacción similar. Finaliza con la advertencia del agudo criticismo que, aun desde sus orígenes, suscitó la adopción del principio de la protección contra el doble riesgo, aludiendo a las dificultades para su aplicación y al apresuramiento de los redactores de las constituciones estatales. Puntualiza la existencia de críticas que aluden a la “devota sumisión a una interpretación errónea” así como a la postura de quienes coinciden en general con las finalidades del resguardo, pero preferirían que tuviera mayor flexibilidad en su aplicación y no que se lo considere un principio fundamental.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

Volviendo entonces a lo que ocurre en la actualidad en los Estados Unidos, los fallos de la Corte Suprema que, como es sabido, son siempre fuente de inspiración para la Corte argentina permiten trazar algunas pautas interpretativas acerca de las cuestiones suscitadas por la aplicación del principio *ne bis in idem*. Las excepciones a su aplicación suelen tratarse en cuatro distintos apartados: a) casos de nuevo juicio posterior a una resolución de anulación (*mistrial*); b) casos de nuevo juicio posterior a una sentencia de desestimación o sobreseimiento (*dismissal*) o bien de absolución (*acquittal*); c) casos de nuevo juicio posterior a una condena; y d) casos de nuevo juicio por diferente soberanía.

Dos aclaraciones de significación terminológica son previas y se encuentran resueltas por la jurisprudencia. La primera es que las referencias a la vida e integridad de la quinta enmienda no acotan su significado ni suponen que solo se aplique en casos de penas capitales o corporales, sino que atañe a todo juicio criminal. La otra es la relativa a la oportunidad en que surge la situación de riesgo a que se refiere la enmienda. Es decir, se trata de determinar qué instancia procesal debe haberse alcanzado para que quede vedada una nueva persecución. Esto último se encuentra resuelto en el sentido de que el riesgo surge a partir del momento en que el jurado ha sido instalado y prestó juramento, con la variante de que si se trata de un juicio sin jurado entonces recién existe riesgo a partir del momento en que el juez comienza a recibir la prueba en el juicio.

En la primera de las hipótesis mencionadas al comienzo, los casos de anulación (*mistrial*), no se aplica el principio *n.b.i.i.* en tanto se trate de anulaciones requeridas por el acusado o bien consentidas por él. Solo conducen a aplicarlo las anulaciones que se dictan a iniciativa del juez o por pedido del fiscal. Pero esto último también reconoce salvedades: no hay doble persecución si la anulación dispuesta de esa manera obedece a razones de manifiesta necesidad. Con esa expresión

se alude a los casos, por ejemplo, de un jurado bloqueado por no poder alcanzar un veredicto unánime o a aquellos que se incluyen en el concepto de vicios insalvables en los que el nuevo juicio no se considera que infringe la prohibición de doble juzgamiento. Pueden mencionarse como ejemplos de esto último los de comprobación durante el juicio de que uno de los jurados había sido jurado de acusación o tenía amistad con el acusado o cuando el defensor hizo un alegato inicial impropio que comprometió la imparcialidad del jurado. Es decir, en todos estos casos, no obstante que la anulación sea por iniciativa del juez, puede haber un nuevo juicio sin afectar el resguardo de la doble persecución.

En la segunda hipótesis, la de desestimación, sobreseimiento o absolución, la regla es, en cambio, en principio, la aplicación del resguardo de la doble persecución. El caso típico es el del acusado absuelto por veredicto de un jurado tratado en un precedente de la Corte Suprema de 1896 *United States v. Ball* en el que se distinguió la situación de quien había sido absuelto respecto de quienes habían sido condenados en el mismo juicio. Producida la anulación por objeciones de los condenados se confirmó la condena de estos últimos dictada en el nuevo juicio, pero se revocó la del primero por entenderlo amparado en el resguardo de la quinta enmienda. En alguna jurisprudencia se llegó a equiparar el caso de un sobreseimiento o desestimación basados en la interpretación de la ley sustantiva con el de una absolución y, por ende, se entendió que un fallo de esa índole no podía ser apelado por el fiscal por el razonamiento de que, en caso de admitirse la apelación, habría necesidad de realizar un nuevo juicio con mengua para el resguardo constitucional. Pero el criterio fijado posteriormente es otro. En el caso *United States v. Scott* de 1978 se entendió que el sobreseimiento dictado a pedido del acusado basado en las demoras de la acusación que perjudicaron su defensa era susceptible de apelación ya que, en caso de hacerse lugar a ella, la continuación del juicio no afectaría el resguardo de la doble persecución.

La tercera hipótesis propuesta, la del nuevo juicio después de recaída una condena, está tratada como caso de excepción en que no

se aplica el principio de *double jeopardy*. El precedente es el ya mencionado caso *United States v. Ball* de 1896 y el criterio es que los vicios procesales de una sentencia condenatoria no impiden el nuevo juicio luego de revocada aquella en un tribunal de apelación. Se cuestiona ese criterio en tanto supone una inconsecuencia con lo que ocurre en los casos de la primera hipótesis mencionada, cuando los vicios procesales dan lugar a una desestimación o sobreseimiento anterior al fallo condenatorio, en cuya situación sí se prohíbe el nuevo juzgamiento. La explicación es que en esa situación, la de quien resultó condenado en juicio, a diferencia de lo que ocurre con quien solo llegó a la desestimación o sobreseimiento, no hubo privación del derecho a tener un veredicto del primer jurado sorteado para intervenir.

Hay una excepción a la excepción que recién surge con un precedente de la Corte Suprema de 1978. En *Burks v. United States* se hizo la distinción de la condena que resultó revocada por considerarse insuficiente la prueba de cargo y se entendió que esa clase de casos no permiten nuevo juzgamiento.

Otra salvedad que surge con los casos de esta tercera hipótesis es la de condenas que supongan una absolución implícita. En el precedente *Green v. United States* resuelto por la Corte Suprema en 1957, se trataba de una acusación de homicidio calificado (*first degree murder*) y el jurado fue instruido de que podía condenar también por homicidio simple (*second degree murder*) que fue lo que, en definitiva, hizo. Revocada la condena por vicios procesales, en el nuevo juicio se reiteró la acusación de homicidio calificado y se dictó condena por ese delito, la que fue dejada sin efecto por la Corte Suprema en la inteligencia de que el acusado había sido implícitamente absuelto de esa acusación en el primer juicio.

La última hipótesis propuesta, la de nuevos juicios promovidos ante otra autoridad soberana, es la más clara e indiscutida situación de excepción a la aplicación de la regla. Juega no solo frente a estados extranjeros sino también en el orden interno entre distintos estados

miembros de los Estados Unidos e, igualmente, entre autoridades federales y de los estados. Quiere decir que una persona juzgada en un tribunal estadual o federal puede ser juzgada nuevamente por el mismo hecho ante los tribunales de otra jurisdicción. Un claro ejemplo de los alcances de esta excepción puede verse en un caso llegado a la Corte Suprema en 1985 *Heath v. Alabama*. Heath fue acusado y condenado a prisión perpetua en el estado de Georgia por el homicidio de su esposa que había perpetrado por medio de sicarios. Como una parte del hecho había tenido lugar en el estado de Alabama fue también acusado y juzgado en este último estado en el que se impuso la pena de muerte. La Corte desechó sus reclamos de infracción a la protección de doble juzgamiento señalando que la existencia de dos leyes dictadas por diferentes autoridades soberanas supone el derecho de cada una de ellas a que sus tribunales juzguen a los transgresores sin importar que se trate de un único hecho.

No se considera óbice a esa interpretación la circunstancia de que, en 1969, quedó consagrado que el resguardo contra la doble persecución de la quinta enmienda era aplicable en los estados por entenderse involucrado en la noción del debido proceso de la enmienda XIV.

La rigidez del criterio de que se trata fue relativamente morigerada en 1959 por medio de instrucciones impartidas en aquel entonces por el Ministro de Justicia a los fiscales federales indicándoles una actitud de colaboración con las autoridades locales en el sentido de permitir que los casos fueran juzgados en la jurisdicción que resultase más conveniente al interés general, absteniéndose de iniciar acciones cuando ya hubieran sido deducidas en los tribunales de los estados, salvo, en este caso, autorización del propio ministro para proceder en ese sentido. Esas instrucciones, no obstante ser reconocidas por los tribunales, no dan lugar a que puedan hacerlas valer los propios acusados. Las leyes de distintos estados, por su parte, establecen en muchos casos la prohibición de perseguir el castigo de delitos que hubieran sido ya perseguidos por la ley federal. No hay, sin embargo, uniformidad y la extensión de las prohibiciones es variable.

LA ACTUALIDAD EUROPEA

En el entorno europeo actual ya se ha visto la doctrina vigente en el Reino Unido reconociendo el principio de protección contra la doble persecución en caso de juzgamiento por tribunales extranjeros. Otro país que, por excepción, reconoce esa extensión es Francia que lo consagra en el art. 692 del Código de Procedimientos. En el plano interestadual, en cambio, los documentos más importantes vigentes en el entorno europeo poco es lo que aportan en la materia. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.7 consagra la prohibición de perseguir o castigar a quien ya hubiera sido absuelto o condenado por una sentencia definitiva de acuerdo con las leyes y el procedimiento de cada país, pero esa disposición es interpretada en el sentido de que solo atañe a los casos ocurridos dentro de un mismo país sin impedir una nueva condena por el mismo hecho en otro estado. Otro tanto ocurre con el protocolo 7 anexo a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo artículo 4º enuncia más claramente aunque la prohibición de doble persecución se refiere a las jurisdicciones del mismo estado.

Existen de todos modos documentos de la comunidad europea en los que se establece el principio con vigencia internacional. Es lo que ocurre con la convención sobre el valor internacional de las sentencias penales de 1970 y la relativa a la transmisión de procedimientos represivos de 1972. Lo mismo ocurre con la Convención de Bruselas de 1987 concerniente al principio *ne bis in idem*, la que fue reproducida textualmente en la Convención de Schengen de 1990. De acuerdo con estos documentos, tres son los casos en los que, expresamente resulta inaplicable el principio: 1º) cuando los hechos imputados tuvieron lugar en todo o en parte en el territorio del estado; 2º) cuando los hechos juzgados en el extranjero constituyen una infracción contra la seguridad del estado o contra los intereses esenciales del estado; y 3º) cuando los hechos hubieran sido cometidos por un funcionario del estado en transgresión a las obligaciones de su cargo.

IV. A manera de colofón

Al comenzar la indagación que llevó a la confección de este informe las dudas e interrogantes acerca de la regla *ne bis in idem* eran muy numerosas. Al concluir su redacción la situación ha cambiado. Ahora, las incógnitas son muchas más. La tarea, entonces, está lista para ser comenzada.

De las pocas cosas que han quedado claras una es la confirmación de lo afirmado al comienzo: el carácter universal de la regla. Está claro también que se trata de un precepto cuya exacta delimitación ofrece serias dificultades. Suele ser enunciado con una proclama mucho más ambiciosa que la que su aplicación práctica comprueba. No está claro, en cambio, pese a ser, hoy en día, algo indiscutido, el porqué de su elevación al rango de garantía fundamental.

Para no cerrar estas líneas sin al menos proponer algo que pueda semejar una conclusión me permito finalizar refiriendo, sin que signifique asumirla totalmente, la tesis que se extrae de uno de los autores a los que acudí. Haciendo la historia del juicio por jurados, Leonard W. Levy explica la superación de las prácticas inquisitivas que, en el derecho inglés suponían las encuestas a cargo de los jueces de paz – equivalentes, según él, al procedimiento de encuestas secretas seguido en el continente –, atribuyéndola al carácter público del juicio y, en especial, a las atribuciones asumidas por el jurado, cuya absoluta discrecionalidad quedó expresada en la máxima del doble riesgo tal como está redactada en la enmienda de la Constitución estadounidense. A diferencia de lo que ocurría con un veredicto de culpabilidad, que el juez podía desconocer propiciando que el rey otorgase la gracia, un veredicto de inocencia era inmovible, sugiere Levy, porque, de alguna manera, reemplazaba las antiguas prácticas del juramento por

compurgadores, las ordalías y los combates, es decir los “juicios de Dios”.²⁰

Un repaso de las cuestiones recién planteadas deja la sensación de que el recurso de revisión debe ser sometido a una evaluación técnico-legislativa y político criminal mucho más profunda que aquella a las que nos tiene acostumbrados la ciencia procesal de nuestro país.

Esta evaluación no debería perder de vista que en el ámbito del Derecho procesal penal se trata de reglamentar garantías individuales.²¹



²⁰ Cátedra Handler, ob. Int: 04/05/2012.

²¹ GORANSKY, Mirna D. y RUSCONI, Maximiliano A., *Los recursos en el procedimiento penal*, segunda edición actualizada, 2004, pp. 333 y ss.