

## EL ARTICULO 360 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Cristián Arias Vicencio\*

*Introducción; 1. La prohibición de resolver ultra petita: 1.1. Fundamentos; 1.2. Correlación entre el acto de impugnación y el fallo del recurso; 1.3. El principio iura novit curia; 1.4. El carácter general de la regla; 1.5. Los casos en que procede resolver ultra petita; 2. El mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable: 2.1. Fundamentos; 2.2. Supuestos de aplicación; 2.3. Carácter imperativo del efecto extensivo; 2.4. El tribunal debe hacer expresa mención del efecto extensivo; 3. La prohibición de reformatio in peius: 3.1. Fundamentos; 3.2. Una propuesta para diferenciar la prohibición de resolver ultra petita y la prohibición de reformatio in peius; 3.3. La adhesión al recurso como excepción a la prohibición de reformatio in peius; 4. El efecto relativo del fallo sobre los recursos: 4.1. Los efectos parciales subjetivos del recurso de nulidad; 4.2. Los efectos parciales objetivos del recurso de nulidad.*

### INTRODUCCION

Bajo el epígrafe *decisiones sobre los recursos*, el art. 360 CPP reúne tres enunciados normativos de aplicación general: la prohibición de resolver *ultra petita*; el mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable; y la prohibición de *reformatio in peius*.

Estos preceptos parecen bastante claros: no dar más de lo pedido; favorecer con el recurso a los coimputados; y no perjudicar con el propio recurso. Adicionalmente, su estricto cumplimiento determina que, por regla general, las decisiones sobre los recursos tendrán un efecto relativo, tanto en relación a los sujetos, cuanto en relación a los hechos imputados, integrando este efecto el contenido normativo del art. 360 CPP, por lo cual se puede considerar la cuarta regla que rige las *decisiones sobre los recursos*.

Pese a su aparente claridad y simpleza, existe constancia sobre la infracción de algunos de estos enunciados, tal como lo evidencian ciertos fallos sobre recursos de nulidad dictados con exceso de lo solicitado por el acusador<sup>1</sup>. Como esta inobservancia podría explicarse por

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogado Jefe Unidad de Corte de la Defensoría Penal Pública. Colaborador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> En los casos que se citan a continuación, todos referidos a procedimientos simplificados, se han infringido dos reglas básicas: La regla general de prohibición de resolver *ultra petita* y la regla especial sobre recurso de nulidad que impide dictar una sentencia de reemplazo desfavorable al imputado (art. 385 CPP). Así sucede en el caso contra P. A. M. I., RUC 0300076600-2, RIT N° 353-2003 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique Rol N° 75-2003, de 19/11/03; en el caso contra V. H. T. L., RUC 0500384319-1, RIT 1626-2005 del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 531-2005, de 23/11/05; y en el caso contra S. C. M. A., RUC 0500280572-5, RIT N° 233-2005

insuficiente difusión y estudio de una norma en ciertos aspectos novedosa y como estas infracciones normalmente serán de carácter irremediable, sobra justificación para dedicar estas líneas a resaltar su importancia, repasar sus fundamentos, alcances, consecuencias y abordar algunos problemas prácticos en su aplicación.

## 1. La prohibición de resolver *ultra petita*

El inc. 1º del art. 360 CPP señala: *El tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado.* En suma la norma prohíbe resolver *ultra petita*<sup>2</sup>.

### 1.1. Fundamentos

En el nuevo sistema procesal penal el recurso se estableció como un medio de impugnación a solicitud de parte agraviada y no como un mecanismo jerárquico para corregir los supuestos errores de los tribunales inferiores<sup>3</sup>. Esta idea queda claramente reflejada en la regla sobre *ultra petita* al mantener excluido del control jerárquico el error no reclamado.

Pero esta regla se debe entender, fundamentalmente, como una manifestación en los recursos de las características del sistema acusatorio, en cuanto éste garantiza la distribución de poderes de persecución penal. Desde la perspectiva del acusador, lo que se persigue con un recurso es dejar sin efecto una decisión que rechazó la pretensión punitiva, es decir, busca restituir la pretensión penal desestimada. Desde la perspectiva del imputado, se busca dejar sin efecto una decisión que la acogió, esto es, resistir en todo o en parte la pretensión penal. Por ello no se debe entregar al tribunal que conoce del recurso facultades que excedan lo

---

del 13º Juzgado de Garantía de Santiago, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 416-2005, de 17/11/05. En procedimiento ordinario y referido particularmente a la prohibición de resolver *ultra petita*, se puede mencionar el caso J. L. P. Z., RUC 0500646268-7, del 7º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 131-2006, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2122-2006, de 21/11/06. En todos los casos citados la defensa recurrió de queja ante la Corte Suprema sin que prosperara esta vía de impugnación, por diferentes razones formales, salvo en el caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 416-2005, en que la decisión fue removida por la Corte Suprema por Sentencia Rol N° 6025-05, de 30/03/06.

<sup>2</sup> Con ese nombre se discutió esta regla durante la tramitación del Proyecto de Código Procesal Penal. Ver *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*, t. III, Código Procesal Penal, AA.VV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 47. Esta regla es la misma que para el juicio ordinario se establece en materia procesal civil. Se conoce con el nombre de *ultra petita* el vicio formal de una sentencia que consiste en otorgar en ella más de lo pedido por las partes o extenderla a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. Si la sentencia adolece de ese vicio procede una causal de casación formal (art. 768, causal 4º, CPC).

<sup>3</sup> CAROCCA (A.), “Recursos en el nuevo sistema procesal penal”, en *Nuevo Proceso Penal*, AA.VV, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pág. 310.

solicitado, puesto que conceder facultades de oficio altera el equilibrio en la distribución de roles que supone el sistema acusatorio<sup>4</sup> lo cual genera un evidente déficit en la imparcialidad del tribunal.

De esta manera, el tribunal debe jugar un rol pasivo frente a la pretensión recursiva, en el sentido que sólo puede pronunciarse sobre el agravio que se invoca, pero no sobre eventuales errores de la resolución recurrida, ni presupuestos de validez del proceso o de la sentencia, a los que el recurrente no les atribuye la condición de perjudiciales<sup>5</sup>.

En definitiva, son los recurrentes quienes provocan la competencia del tribunal que debe conocer y fallar el recurso y esa competencia queda limitada por el agravio manifestado<sup>6</sup>. Las excepciones a la pasividad del tribunal en esta materia -las que abordo más adelante- se encuentran establecidas sólo en favor del imputado, cuestión que resulta coherente con la función que cumplen los recursos como garantía procesal para resistir la pretensión penal estatal, como se encuentra reconocido por el art. 8.2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Como señala MAIER (J.) *la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso (...) estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye. Derecho Procesal Penal, t.I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, reimpresión, pág. 444.*

<sup>5</sup> Aunque el incidente de nulidad excede el ámbito de este análisis, es bueno recordar que este rol pasivo caracteriza aún a las facultades de oficio que tienen los tribunales para declarar la nulidad incidental. En principio, el tribunal no tiene una potestad directa o *en el sólo interés de la ley*, por decirlo así, para declarar la nulidad. De acuerdo con el art. 163 CPP, en primer lugar se debe verificar que el vicio no se encuentre saneado –en esto la voluntad del perjudicado juega un rol fundamental, según lo que señala el art. 164 CPP- en segundo lugar, si no se hubiere saneado, el tribunal se debe limitar a poner el vicio en conocimiento del perjudicado, para que proceda como creyere conveniente a sus derechos y, finalmente, sólo en la medida que se den los presupuestos del art. 160 CPP, que se relacionan con la infracción de garantías de la persecución penal, entonces el tribunal *podrá* declarar la nulidad de oficio.

<sup>6</sup> En SCS 6025-05, de 30/03/05 se considera un problema de competencia el defecto de un fallo de nulidad que resuelve ultra petita: *La decisión impugnada por esta vía, dictada en sede de nulidad, no se adoptó legalmente ya que, acogido que fuera el recurso que invalidó el fallo de primer grado, se pronunció sin nueva vista pero separadamente- una sentencia de reemplazo fuera de los casos que permite la ley y sin tener competencia para ello de acuerdo a lo pretendido por el ministerio público recurrente, todo lo cual importa una contravención a lo dispuesto en los artículos 385 y 360 del Código Procesal Penal. La redacción del fallo, adoptado por mayoría de votos, corresponde al ministro Rubén Ballesteros C. También se plantea como una limitación de la competencia lo dispuesto en el inc. 1º del art. 360 CPP en CERDA (R.), *Etapa intermedia. Juicio oral y recursos*, Librotecnia, Santiago, 2003, p. 271.*

<sup>7</sup> El art. 8.2. letra h) de la CADH (“Pacto de San José de Costa Rica”) reconoce como garantía mínima del proceso penal *el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* y el art. 14.5 del PIDCP reconoce, en especial a quien ha sido declarado culpable, *el derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un*

## 1.2. Correlación entre el acto de impugnación y el fallo del recurso

De acuerdo a lo dicho, la sentencia que resuelve un recurso debe tener correlación con la pretensión recursiva, es decir, con el agravio que se pretende reparar mediante el acto de impugnación.

Se podría hacer un símil con el *principio de congruencia* que rige en el juicio penal. Así como el juicio está presidido por la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, el recurso penal estaría presidido por la congruencia que debe existir entre el acto de impugnación y la sentencia que falla el recurso<sup>8</sup>.

De cualquier manera, la idea de la congruencia recursiva se utiliza aquí con fines más bien ilustrativos. El *principio de congruencia*, que se manifiesta en una regla muy clara en el art. 341 CPP, es una garantía para el imputado y se le considera parte integrante del derecho a la defensa en su dimensión material<sup>9</sup>. Si rigiera el *principio de congruencia* en esta materia, ello constituiría una *proyección* de la garantía propia del juicio al sistema de recursos<sup>10</sup> y, en ese carácter, limitaría la decisión sobre los recursos a lo estrictamente solicitado por el acusador. Pero lo cierto es que la prohibición de resolver *ultra petita* constituye una regla procesal de carácter bilateral, coherente con el carácter igualmente bilateral que tiene el recurso contra la sentencia penal, pese a lo cuestionable que pudiera resultar esta opción legislativa<sup>11</sup>.

---

*tribunal superior.* Dejando para otra oportunidad el alcance que puedan tener estas disposiciones respecto de resoluciones penales distintas de la sentencia definitiva, por ahora recordemos que estos instrumentos internacionales contemplan también como garantía mínima la existencia de recursos efectivos contra las privaciones de la libertad personal de cualquier naturaleza (art. 7.6 CADH y art. 9.4 PIDCP) y que, en nuestro sistema, el art. 93, letra f) CPP contempla dentro del catálogo de *derechos y garantías del imputado* la facultad de *solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare.*

<sup>8</sup> En este sentido ver CORTEZ (G.), *El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 389 y también CERDA (R.), cit, p. 272.

<sup>9</sup> HORVITZ (M.I.), con LOPEZ (J.), en *Derecho Procesal Penal Chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs. 233 y ss.

<sup>10</sup> La idea de *proyectar* el principio de congruencia, propio del juicio, al sistema de recursos penales, está tomada de la doctrina sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que *el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores (y) en consecuencia, el concepto de juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30/05/99, caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú; Sentencia de 02/07/04, caso Herrera Ulloa contra Costa Rica; y Sentencia de 25/11/2004, caso Lori Berenson Mejía contra Perú., citados en *Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987 – 2005*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2005, pp. 151 -152.

<sup>11</sup> En doctrina comparada se han formulado cuestionamientos más decididos que los que se han hecho en Chile, al establecimiento de recursos penales con carácter bilateral, especialmente porque conceder un recurso a la parte acusadora vulneraría la prohibición de persecución penal múltiple o *non bis in idem* en su dimensión procesal. MAIER (J.), cit., pp. 632 y ss; 705 y ss. En similar sentido DAMASKA (M.), *La caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p.106.

### 1.3. El principio *iura novit curia*

Podría resultar dudoso el límite que impone la prohibición de resolver *ultra petita* respecto de la determinación del derecho aplicable ya que, efectivamente, de acuerdo con el principio *iura novit curia*, el juez estará al tanto del derecho vigente y vinculado por él. Sin embargo, como lo que se prohíbe es resolver en exceso de las *peticiones formuladas* o las *cuestiones planteadas* y, en materia de recursos, la actividad procesal se orienta fundamentalmente a enmendar la aplicación del derecho, se hace difícil sostener que el principio *iura novit curia* rige sin limitaciones, sin contrariar la prohibición *ultra petita* recursiva.

De cualquier manera, si se aceptara la aplicación de este principio, con mayor o menor latitud y, si además se quiere mantener coherencia con las reglas de prohibición *de ultra petita* que rigen en el acto de juicio, resulta exigible al tribunal que advierta a los intervinientes sobre la posibilidad de resolver con fundamento jurídico no invocado, de tal manera que éstos puedan hacerse cargo de estas implicancias jurídicas del caso, evitando que se dicte una resolución sin posibilidad de contradicción. Tratándose de un recurso del acusador, la incorporación sorpresiva de una *tercera opinión* del tribunal, sin esta advertencia, lesiona particularmente el derecho de defensa o al menos lo pone en riesgo<sup>12</sup>.

La advertencia previa, como exigencia para hacer variaciones respecto del derecho invocado, no sólo encuentra fundamento en principios asociados al derecho de defensa en su aspecto material o en la razonable máxima de *prohibición de sorpresa*, sino que puede considerarse como una regla derechamente aplicable en virtud de lo que dispone el art. 361 CPP. Esta disposición señala que en la vista de los recursos rigen las normas del juicio oral y, por consiguiente, el art. 341 CPP. La cláusula sobre aplicación supletoria de las normas del juicio oral necesariamente requiere cierta adaptación de éstas a las modalidades propias de los recursos, puesto que, de otra manera, su aplicación únicamente literal descartaría reglas que se consideran tan elementales como ésta que exige advertencia sobre una calificación jurídica alternativa. Así, pese a que el art. 341 CPP se ha dictado para regir los límites de la sentencia en relación con la acusación y en los recursos no existe propiamente una acusación en debate, lo relevante es que las reglas sobre congruencia del juicio oral consideran inadmisibles una calificación jurídica alternativa,

---

<sup>12</sup> Se encuentra aceptado que una variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en el juicio lo que afecta es el derecho de defensa. Así, en HORVITZ (M.I.), cit., pág. 237, se dice que *la variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia puede afectar el derecho de defensa del imputado, en especial si ella estuvo absolutamente fuera de las previsiones del defensor y perjudica en forma sensible a su parte. De allí que se imponga el deber al tribunal del juicio de advertir de tal posibilidad durante la audiencia, a fin de permitir que se efectúen las alegaciones que correspondan*. En el mismo sentido en LEDESMA (A.), “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia*?”, *Estudios sobre Justicia Penal*, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 357, se afirma que *la inviolabilidad de la defensa en juicio es afectada cuando el tribunal decide ultra petita, apartándose del encuadre jurídico dado por las partes, si antes omitió advertir al imputado acerca de esta “tercera opinión”*.

o *tercera opinión*, sin previa advertencia a los intervinientes y, entonces, esa clase de advertencia debe regir también para los recursos.

#### **1.4. El carácter general de la regla**

Por su carácter de norma general, la aplicación de la prohibición de resolver *ultra petita* corresponde a todos los recursos del Código Procesal Penal. Si bien esta regla parece acomodarse a un esquema en que existe un *tribunal a quo* que ha dictado una resolución agravante y un *tribunal ad quem* cuya competencia queda limitada por el recurso, nada excluye su aplicación a un recurso de retractación como es el caso específico del recurso de reposición contemplado en el CPP.

#### **1.5. Los casos en que procede resolver *ultra petita***

La regla sobre *ultra petita* reconoce dos excepciones contenidas en la misma norma que la consagra. Luego de formulada la prohibición se agrega lo siguiente: *salvo en los casos previstos en este artículo y en el artículo 379 inciso segundo*. Estos casos son: 1.- El mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable y 2.- La facultad para acoger un recurso de nulidad por un motivo absoluto no invocado. Ambas excepciones se han establecido sólo en favor del imputado y se ejercen de oficio por el tribunal que conoce del recurso.

##### *1.5.1. El mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable*

El mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable es una excepción en el sentido que la decisión sobre un recurso alcanzará a quienes nada pidieron al tribunal que lo resuelve.

Al igual que la excepción siguiente, corresponde a una actividad de oficio del tribunal, pero se diferencia de aquélla, en cuanto no se trata de una actividad facultativa. Este mandato, si bien hace excepción a la prohibición de resolver *ultra petita*, constituye una regla en sí misma y sobre ella me extiendo después con mayor detalle.

##### *1.5.2. La facultad para acoger un recurso de nulidad por un motivo absoluto no invocado*

También se considera una excepción la regla sobre *ultra petita* la facultad comprendida en el art. 379, inc. 2º CPP, que autoriza al tribunal para actuar de oficio y acoger un recurso de nulidad, si considera concurrente un motivo absoluto, es decir, alguno de los enumerados en el art. 374 CPP<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> En lo que va de reforma la Corte Suprema no ha aplicado esta facultad y, en lo que respecta a las Cortes de Apelaciones, al menos no he tenido noticias que se haya ejercido alguna vez. Esta situación contrasta con la evidencia del frecuente uso de la facultad de casar de oficio la sentencia penal tanto a favor como en perjuicio del reo.

La redacción de esta norma se pone en la hipótesis que se haya deducido un recurso en favor del imputado y es ésta la situación que rige. Pese a su evidente orientación *pro reo* y a que su sentido es mejorar la situación del imputado frente a la inadvertencia de un motivo absoluto de nulidad concurrente y no invocado, no debe pensarse que se aplica también en el evento en que el tribunal conozca de una sentencia condenatoria, pero impugnada por el acusador.

Se debe descartar esta última posibilidad, desde luego porque el texto de la ley resulta suficientemente claro pero, además, porque el diseño original del proyecto de Código Procesal Penal contemplaba la casación de oficio de la *sentencia condenatoria*, sin distinguir quién había provocado la competencia anulatoria<sup>14</sup>. Me parece mejor la actual redacción en cuanto se ajusta de mejor manera a la idea de un recurso entregado a la partes, en donde la medida de lo pedido es fundamental para determinar el ámbito de competencia del tribunal *ad quem*. En el caso del recurso de nulidad, en que no necesariamente se discute una pretensión de fondo, si se aplicara esta facultad de anulación de oficio frente a un recurso del acusador, aún *a favor* del imputado, en definitiva se estará acogiendo la pretensión anulatoria del acusador.

Como se trata de una facultad de oficio y como la ley la considera una excepción a la prohibición de resolver *ultra petita*, indudablemente la decisión del tribunal no queda constreñida a las *cuestiones planteadas* o de las *peticiones formuladas* en el recurso, el que tendrá como límite lógico que la causal se funde en hechos o circunstancias comprendidos en el desarrollo del juicio o que consten de la sentencia misma.

Para resolver, el tribunal cuenta con los registros del juicio oral y con los registros y actas si se trata de un procedimiento de doble instancia. También tendrá en consideración el debate producido en el recurso. Sin embargo no queda tan claro si esta facultad se puede ejercer una vez concluida la vista de la causa, durante la formación del acuerdo, lo que permitiría ejercerla sin advertencia a los intervinientes. Considerando la naturaleza de esta facultad y su evidente rol de garantía esto no parece insostenible. El antecedente de esta disposición, sobre casación de oficio de la sentencia condenatoria, hacía obligatoria la comunicación a las partes durante la vista, mandato que no se mantuvo en el recurso de nulidad<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Así se contemplaba en el art. 434 del proyecto del Ejecutivo y se mantuvo de la misma manera en la Cámara de Diputados (art. 422), hasta la incorporación en el Senado del recurso de nulidad.

<sup>15</sup> El art. 434 del proyecto del Ejecutivo señalaba: *Cuando alguno de los integrantes del tribunal notare la procedencia de alguno de los vicios señalados (los que hacían procedente la casación de oficio) lo comunicará al presidente, quien deberá informarlo a las partes durante la vista del recurso, permitiéndoles referirse a ello en su exposición.* Más enfático aún, el art. 422 del proyecto aprobado en la Cámara de Diputados señalaba: *El tribunal no podrá anular la sentencia sin advertir previamente a las partes sobre la existencia de algunos de los vicios señalados, a fin de que se refieran a ellos en su exposición.*

## 2. El mandato de dar efecto extensivo al fallo favorable

El inc. 2º del art. 360 CPP ordena hacer extensivos los efectos favorables de la decisión sobre un recurso a los imputados que no han impugnado la sentencia, en la medida que el fallo del recurso acogido no se base en fundamentos *exclusivamente personales* del recurrente<sup>16</sup>. La regla se expresa en los siguientes términos: *Si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entablare el recurso contra la resolución, la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente.*

### 2.1. Fundamentos

Una regla como esta no sólo se explica como una opción de mayor benignidad con el imputado, es decir, como una aplicación del principio *pro reo*<sup>17</sup>, sino que también –y quizás principalmente- se justifica desde la óptica del recurso como garantía para resistir la pretensión penal. Si reconociéndole esa garantía, un imputado ha logrado resistir exitosamente la pretensión penal o aminorar sus efectos, el ordenamiento no se desentiende de la situación que, de haber procedido un coimputado en idéntica forma, habría obtenido el mismo resultado. Prácticamente la norma opera como si el legislador, con un criterio *ex post*, transformara en irrenunciable una garantía cuya aplicación concreta demostró contundentemente que jamás debió renunciarse. Por ello este mandato se establece en beneficio del imputado que es su titular.

### 2.2. Supuestos de aplicación

Los supuestos de aplicación son: 1.- Que existan coimputados por el mismo delito comprendidos en la misma resolución que se impugna; 2.- Que uno de los coimputados haya deducido un recurso contra la resolución; 3.- Que el fallo del recurso contenga una decisión

---

<sup>16</sup> Análoga disposición se contempla en el art. 528 bis del Código de Procedimiento Penal (1906) que además comprende la decisión civil. El proyecto de Código Procesal Penal originalmente contempló la extensión de los efectos favorables de la decisión civil, bajo la siguiente fórmula: *También favorecerá al imputado en su responsabilidad penal el recurso de un responsable civil, cuando en virtud de su interposición se estableciere cualquier situación relativa a la acción penal de que debiere seguirse la absolución del imputado* (art. 412 del proyecto del Ejecutivo y 394 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados). En el Senado, luego de debatir sobre la posibilidad de extender los efectos de la decisión civil también a las hipótesis de disminución de responsabilidad penal, se optó por eliminar derechamente esta norma bajo el argumento que *de ello resultaría restar eficacia a la decisión de fondo adoptada respecto del conflicto penal merced a otra posterior tomada al conocer una materia civil*. *Reforma Procesal Penal*, cit., t. III, pp. 47 y 48. Lo cierto es que este temor resulta infundado desde que la acción civil en el proceso penal se encuentra limitada al imputado como sujeto pasivo (art. 59 CPP) y, si la decisión civil se adoptare en otra sede, obviamente no regirán las reglas del art. 360 CPP dictadas para los recursos penales.

<sup>17</sup> El principio *pro reo* fue el fundamento con que se mencionó la regla de extensión de los efectos favorables durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal. *Reforma Procesal Penal*, cit. t. I, p. 307 y t. III, p. 47.

favorable; y 4.- Que los fundamentos de la decisión favorable no sean exclusivamente personales del recurrente.

*2.2.1. Que existan coimputados por el mismo delito comprendidos en la misma resolución que se impugna*

La disposición exige pluralidad de *imputados por el mismo delito* y que uno de ellos haya impugnado una decisión que los comprende a todos. La identidad de *delito* razonablemente debe entenderse como identidad de *hecho imputado*, independientemente de la calificación jurídica cuya determinación definitiva puede ser precisamente materia de impugnación.

La regla exige que la resolución impugnada comprenda a los coimputados eventualmente favorecidos, requisito que parece de carácter meramente formal y está determinado por el hecho de quedar todos comprendidos nominalmente en la misma resolución que se impugna y no por el hecho de ser aplicables los mismos fundamentos del fallo del recurso a una decisión adoptada en el mismo proceso, pero en una oportunidad procesal diferente<sup>18</sup>.

*2.2.2. Que uno de los coimputados haya deducido un recurso contra la resolución*

Literalmente la situación reglada es aquella en que *sólo uno* de los coimputados ha deducido recurso en contra de la resolución que los comprende. Sin embargo, el sentido de la disposición es que exista *al menos un* coimputado cuyo recurso ha generado un resultado favorable que pueda aprovechar a los demás. La norma rige igualmente el caso de pluralidad de recursos deducidos por diversos imputados<sup>19</sup>, debiendo alcanzar aún a los coimputados que han recurrido, pero por motivos diversos de aquél que ha generado el resultado favorable. Sistemáticamente no se comprendería que los efectos de la decisión favorable alcancen a quienes nada han pedido pero excluya de su beneficio a quienes pidieron algo distinto del recurrente exitoso.

---

<sup>18</sup> Este criterio formal podría ser discutible, en el sentido que tratándose de un mandato, no podría depender su aplicación de la mejor fortuna del imputado que ha quedado comprendido formalmente en el mismo acto procesal que se impugna. Con este criterio, la regla no se aplicará al imputado respecto del cual se ha resuelto de manera distinta y desfavorable en el mismo asunto que decide el recurso, pero en una oportunidad procesal distinta. Por ejemplo, negado el sobreseimiento definitivo a un imputado que no impugnó la resolución y, posteriormente, basado exactamente en los mismos antecedentes, el coimputado por el mismo delito impugna esa misma decisión pero obtiene una decisión favorable. Lo cierto es que esta situación no debería ser frecuente y probablemente se dará en los casos en que existen coimputados en rebeldía que vuelven a enfrentar el proceso en un momento posterior. En todos estos casos puede parecer injusto no aplicar lo resuelto al coimputado que no recurrió y por ello podría ser discutible el punto –únicamente recurriendo a criterios materiales- pero la regla parece estrictamente formal, ya que no regula una revisión de lo ya resuelto respecto de otros coimputados, pero en oportunidades procesales diferentes.

<sup>19</sup> En el mismo sentido CORTEZ (G.), cit, p. 358, que incluye a los adherentes al recurso.

### 2.2.3. *Que el fallo del recurso contenga una decisión favorable*

Lo que determina la extensión de los efectos es que exista *decisión favorable*. El carácter favorable del fallo debe mirar tanto al recurrente exitoso como a los coimputados. Para el recurrente, la decisión es favorable en cuanto se acoge su recurso. El verdadero problema es determinar su carácter favorable respecto de los coimputados no recurrentes, comprendidos en la resolución que se impugna.

La aplicación de esta regla exige un ejercicio de comparación entre la sentencia en su estado previo a la impugnación y esa misma sentencia luego de resuelto el recurso que la impugna.

Existirán casos en que esta comparación será un ejercicio sencillo. Por ejemplo, si el fallo del recurso declara que el hecho imputado no es constitutivo de delito, no cabe duda que ese fallo debe extenderse a todos los coimputados comprendidos en la sentencia impugnada.

Tratándose del fallo de un recurso de apelación será fácil determinar, por comparación con la sentencia recurrida, lo favorable para los coimputados, puesto que tanto el fallo del recurso como la sentencia recurrida, tendrán un contenido de fondo. Si se dicta una sentencia de reemplazo en un recurso de nulidad, también será fácil realizar el ejercicio comparativo con la sentencia reemplazada. En todos estos casos determinar lo favorable no ofrecerá mayores problemas.

La dificultad se presenta con la sentencia de nulidad propiamente tal ya que muchas veces tendrá sólo un contenido formal y no de fondo, que es declarar la nulidad del juicio o la nulidad de la sentencia. Veamos un ejemplo: Una sentencia impone condena a dos imputados, el acusador no impugna ni adhiere al recurso y sólo uno de los condenados deduce recurso de nulidad. El recurrente obtiene la anulación del juicio y de la sentencia, por defectos de tramitación del juicio oral y estos defectos resultan aplicables respecto de ambos coimputados. En principio, el fallo que sanciona la nulidad del juicio y la sentencia puede estimarse favorable para el imputado no recurrente, en cuanto dejaría sin efecto una condena. Pero bien puede ocurrir que el condenado no recurrente no se considere perjudicado con el fallo condenatorio, porque la determinación concreta de la pena o la forma de cumplimiento diferían en algo de la pretensión del acusador o sencillamente porque coincidían exactamente con una petición principal o subsidiaria de menor pena sostenida por la defensa<sup>20</sup>. Como la sentencia de nulidad puede tener un contenido formal y no de fondo, no se puede comparar fácilmente con la que se anula para determinar su carácter favorable para los coimputados. Si, en la misma situación, había además un coimputado absuelto por la sentencia impugnada y el condenado recurrente ha obtenido la nulidad, se comprenderá lo difícil que resultaría justificar que se anula también

---

<sup>20</sup> Se entiende que podría ser una petición propiamente subsidiaria o, mejor aún, una petición formulada en la audiencia del art. 343, inc. 4º, CPP.

la sentencia absolutoria no impugnada por el acusador, a menos que existiera un buen motivo para entender que la absolución de un coimputado dependió de la condena del otro o viceversa.

Este ejemplo, corresponde a una situación bastante frecuente frente a la impugnación exitosa de un coimputado y, dramáticamente, puede llegar a constituir precisamente un caso en que, extender los efectos del fallo al condenado no recurrente, resulte perjudicial en el ámbito de decisión sobre los recursos, cuestión que no autoriza de manera alguna el art. 360, inc. 2º, CPP.

Para resolver este problema es necesario comprender muy bien los alcances del mandato de dar efecto extensivo a la decisión favorable. Lo primero que salta a la vista es que, si la ley ha dicho expresamente que los efectos del fallo favorable deben extenderse a los coimputados no recurrentes, eso quiere decir que en los demás casos estos efectos no pueden extenderse. Entre los demás casos están precisamente aquéllos en que la decisión es desfavorable a los coimputados.

En otras palabras, junto con el mandato de extender los efectos favorables del fallo, la ley ha dispuesto, *a contrario sensu*, la prohibición de extender sus efectos desfavorables. Por ello señalé al inicio, que el efecto relativo del fallo sobre un recurso debe considerarse dentro de las reglas establecidas en el art. 360 CPP.

De acuerdo con lo expuesto, si bien puede resultar en ocasiones muy difícil determinar el carácter favorable del fallo de un recurso de nulidad, al menos se puede determinar, por comparación, los casos más evidentes en que el fallo del recurso tiene carácter desfavorable para los coimputados y, por tanto, no se podrán extender los efectos perjudiciales del fallo. Esto ocurrirá precisamente si un coimputado ha obtenido sentencia absolutoria y otro sentenciado recurre exitosamente, obtenido la nulidad de la sentencia condenatoria, por razones que no dicen relación alguna con los motivos que han llevado a la decisión absolutoria no impugnada.

Pero todavía este complejo problema no está resuelto sin acudir a criterios prácticos de actuación en el recurso. Los problemas planteados y la práctica, demuestran que existirá incertidumbre por parte del coimputado no recurrente en cuanto a los efectos que tendrá el fallo de un recurso acogido. Un criterio práctico de intervención, que se condice con lo que dispone art. 360 CPP, inc. 2º, es comparecer para solicitar sencillamente que los efectos de la nulidad que obtenga el coimputado no le perjudiquen, si es el caso que el acusador tampoco ha impugnado la decisión condenatoria del no recurrente. En este evento, no se tendría la

calidad de *recurrido* –en el sentido que se deba resistir una pretensión recursiva- ni tampoco serviría la calidad de *adherenté*<sup>21</sup>.

*2.2.4. Que los fundamentos de la decisión favorable no sean exclusivamente personales del recurrente*

Se trata de un requisito negativo. Si lo favorable de la decisión proviene de un fundamento que sólo resulte aplicable al recurrente exitoso, entonces los efectos no se extienden a los coimputados. En todo aquello que no sea un fundamento *exclusivamente personal* los efectos del fallo favorable se extienden a los coimputados. La determinación de aquello que es *exclusivamente personal* queda entregada a la casuística ya que necesariamente dependerá de las circunstancias concretas de la imputación conjunta.

### **2.3. Carácter imperativo del efecto extensivo**

Los términos en que aparece redactada esta disposición son claramente imperativos: *La decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás (...) debiendo el tribunal declararlo así expresamente.* No se trata lisa y llanamente de una facultad del tribunal sino que es un mandato.

Tal conclusión no sólo se extrae del tenor literal del precepto, sino que además carecería de todo fundamento una facultad enteramente discrecional que se prestaría para discriminaciones odiosas e injustificadas.

### **2.4. El tribunal debe hacer expresa mención del efecto extensivo**

La disposición exige declarar expresamente los efectos extensivos del fallo lo cual nada agrega ni quita al carácter imperativo de la norma<sup>22</sup>. Lo que quiero decir es que, obviamente, no es su mención expresa lo que torna en obligatorio el efecto, sino que su mención es una

---

<sup>21</sup> Mientras no sea un criterio generalmente aceptado que el art. 360 CPP prohíbe perjudicar al no recurrente, también puede resultar aconsejable, en términos prácticos –y por extraño que parezca- comparecer al recurso en calidad de *recurrido*, para resistir derechamente la pretensión recursiva del coimputado cuya nulidad, en los hechos y por un mal entendido efecto total y no relativo de la nulidad, pudiera terminar perjudicándole. Probablemente ningún dilema práctico existiría en torno a comparecer o no y qué sostener en el recurso del coimputado si, además, existiera también algún consenso en el sentido que en el segundo juicio, la sentencia condenatoria no podría exceder el contenido de la primera condena. Pero aún así, es dable suponer que el imputado no desee exponerse a la segunda persecución penal, ni siquiera bajo esas condiciones de máxima garantía de prohibición de *reformatio in peius* y prefiera comparecer igualmente al recurso *defendiendo su condena*.

<sup>22</sup> Que operaría *de pleno derecho* como expresivamente se dice en CORTEZ (G.), cit., p. 369.

exigencia de certeza jurídica<sup>23</sup>. Por mucho que la ley contenga un mandato de aplicación extensiva, su realización en cada caso no puede quedar entregada a interpretaciones.

Debería quedar establecido el efecto del fallo, como parte integrante de la decisión sobre los recursos, tanto si se hace lugar, cuanto si niega lugar al efecto extensivo, en la medida que exista pluralidad de imputados por el mismo delito comprendidos en la resolución que se impugna, ya que esa es la certeza que pretende otorgar la norma. Obviamente esta mención del fallo no se desprende de las normas generales sobre la forma o contenido de las sentencias, sino que precisamente de la regla especial del art. 360 CPP.

### 3. La prohibición de *reformatio in peius*

La tercera regla que contiene el art. 360 CPP es la prohibición de *reformatio in peius*, que se expresa de la siguiente manera: *Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformatarla en perjuicio del recurrente.*

De las reglas descritas es la que mayor atención ha tenido entre nosotros<sup>24</sup>. El mayor interés, incluso en desmedro de las otras reglas, probablemente se debe a que es uno de los giros más evidentes en la normativa sobre recursos penales, quizás junto con la eliminación de la *consulta*, ya que el Código de Procedimiento Penal (1906) contenía la regla inversa: invocada la competencia de un tribunal para conocer de un recurso penal éste lo podía reformar en perjuicio del recurrente<sup>25</sup>.

La ley describe la prohibición de *reformatio in peius* desde la perspectiva del recurrente individual por una razón muy obvia: existiendo pluralidad de recursos éstos pueden ser potencialmente perjudiciales para los restantes intervinientes. Esto no significa que no rija ante la pluralidad de recursos, en la medida que en ellos se sostenga la misma pretensión o al menos pretensiones que no sean incompatibles entre sí. En tal caso *todos* los recurrentes quedan protegidos por la regla ya que el sentido de la prohibición es que el fallo no termine perjudicando por efecto del propio recurso.

---

<sup>23</sup> Esta afirmación puede resultar demasiado evidente pero, en un sistema en que estamos acostumbrados a interpretaciones formalistas y literales, más de alguien podría atribuir el efecto extensivo a su mención y no a los supuestos de concurrencia.

<sup>24</sup> Ver LOPEZ (J.), con HORVITZ (M.I.), cit, t. II, pp. 347 y ss. y TAVOLARI (R.), “De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, 2005, p. 398.

<sup>25</sup> Arts. 528 y 548 del Código de Procedimiento Penal (1906).

### 3.1. Fundamentos.

Pese a que la regla se formula de manera neutral, respecto de cualquier interviniente, es evidente su carácter de garantía para el imputado. Así, se considera que la prohibición de *reformatio in peius*, al igual que el *principio de congruencia* del juicio (art. 341 CPP), integra el derecho a la defensa en su sentido material y se sitúa dentro de los mandatos de abstención estatal en el ejercicio de persecución penal y en el enjuiciamiento. Por eso se dice que, en cuanto a garantía, sólo puede jugar a favor del imputado<sup>26</sup>.

Lo que garantiza la prohibición de *reformatio in peius* es específicamente el derecho al recurso, es decir, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Si ejerciendo ese derecho el imputado sabe que puede terminar en peor condición que no ejerciéndolo, entonces su derecho al recurso puede ser más bien teórico que efectivo, es decir, no estará adecuadamente garantizado.

En este sentido la prohibición de *reformatio in peius* garantiza en forma directa el derecho al recurso y en forma indirecta el derecho de defensa. El derecho a la defensa también estará garantizado porque el recurso es una más de las actividades que permiten poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier otra circunstancia que la excluya o la atenúe, según la definición generalmente aceptada del derecho a la defensa en su sentido material<sup>27</sup>.

Cierto es que, en estricto rigor, con la prohibición de resolver *ultra petita* se lograba el mismo objetivo. Si el tribunal que conoce de un recurso no puede extender su decisión más allá de los límites de lo solicitado o más allá de las cuestiones planteadas, mal podría resolverse un recurso deducido por un solo interviniente, perjudicándolo. El gravamen que le causaría la resolución iría más allá del agravio expresado en el recurso y por tanto excedería la congruencia exigible entre el acto de impugnación y el fallo del recurso.

### 3.2. Una propuesta para diferenciar la prohibición de resolver *ultra petita* y la prohibición de *reformatio in peius*.

Para que la prohibición de *reformatio in peius*, tal como está consagrada en el art. 360 CPP tenga algún rendimiento normativo, se hace necesario encontrar los elementos diferenciadores de la prohibición de *ultra petita*.

Una posible diferencia sería que la prohibición de *reformatio in peius* protege al recurrente torpe o inexperto. Independientemente de las solicitudes formuladas o las cuestiones planteadas, jamás se podría reformar la resolución en perjuicio del recurrente.

---

<sup>26</sup> HORVITZ (M.I.), cit., t. I, pág. 238. En el mismo sentido MAIER (J.), cit, pág. 594.

<sup>27</sup> MAIER (J.), cit, p.547. En idénticos términos HORVITZ (M.I.), cit, t. I, p. 226.

Sin embargo, esta diferencia no tiene justificación. Desde la perspectiva del imputado, lo que debería operar en un caso tan anómalo es la institución del abandono de la defensa, al menos por consideraciones materiales, antes que la permisión de extender la decisión del fallo a cuestiones perjudiciales expresamente solicitadas. Desde la perspectiva del acusador no se divisa un interés que se deba proteger al declararlo indemne frente a su propia torpeza.

Por otra parte, de ser correcta esta diferencia, la calificación de lo perjudicial quedaría entregada al tribunal que resuelve el recurso y no al recurrente que ha manifestado su agravio. Esto significaría conceder titularidad para el ejercicio de la facultad de recurrir al tribunal, por cierto no en forma positiva, ejerciéndola, pero sí en forma negativa, mediante una suerte de *retractación*, sustituyendo la voluntad del recurrente manifestada al ejercer la facultad. Con esto, el nuevo sistema de recursos se alejaría demasiado de los presupuestos, que he asumido como correctos, consistentes en que la facultad de recurrir se estableció tan solo *a petición de parte*, que satisface las características del sistema acusatorio y, en definitiva, que son los recurrentes quienes provocan y fijan la competencia del tribunal que debe conocer y fallar el recurso.

Tampoco resultaría práctico ni lógico, entregar esta facultad al tribunal, cuya competencia está limitada por las peticiones de los recurrentes, ya que no contará con la suficiente información para apreciar el perjuicio. Además, existirán casos en que podría considerarse dudosa la elección del recurrente. Por ejemplo, tratándose de penas alternativas, como es el caso de las lesiones menos graves (art. 399 CP), el imputado podría preferir una pena privativa de libertad en vez de una pecuniaria o el presidio en vez de la relegación. Por su parte, al menos desde un punto de vista teórico, el acusador podría impugnar el fallo para obtener una sentencia absolutoria<sup>28</sup> u obtener un sobreseimiento definitivo, en vez de un sobreseimiento temporal<sup>29</sup>. Parece ser el recurrente el más indicado para determinar la existencia y la medida del perjuicio.

En definitiva, pudiendo ser una diferencia la protección de la propia torpeza, no resulta todavía digna de nota y, por el contrario, parece bastante discutible.

Entre la formulación legal de la prohibición de *ultra petita* y de la prohibición de *reformatio in peius* existen algunas diferencias de redacción en que esta última se aparta de la primera, las que sin embargo tampoco le dan gran rendimiento normativo a la regla. El carácter individual de la impugnación –*resolución objeto de recurso por un solo interviniente*– no

---

<sup>28</sup> Como lo entiende CORTEZ (G.), cit., p. 90.

<sup>29</sup> En el Senado, no obstante que se desechó la idea sugerida por el Fiscal Nacional para que se concediera al ministerio público legitimación para recurrir en el solo interés de la ley o de la justicia, es decir, aún sin agravio, igualmente se consideró atendible la preocupación por las dificultades que puede significar, en ciertos casos concretos, la determinación del agravio para ese interviniente. Ante ello se precisó que *el ministerio público es agraviado cuando no fueren acogidas sus peticiones de cualquier manera (...) tanto si la sentencia concede menos como si concede más de lo que el fiscal hubiere pedido. Reforma Procesal Penal*, cit. t. III, p. 24.

aparece como significativo ya que, como he explicado, ello se debe a la potencialidad perjudicial que tengan otros recursos deducidos, pero no es definitorio de su ámbito de aplicación. Por otra parte, si bien la norma se refiere a *la Corte* como tribunal destinatario de la norma, lo cierto es que tampoco parece una diferencia relevante en cuanto, aplicando su tenor literal, sólo quedaría excluido de la prohibición de *reformatio in peius* el recurso de reposición.

Como no aparecen diferencias significativas, se puede considerar que esta norma funciona más bien como la concreción legislativa –mal o bien expresada- de un principio considerado esencial en materia de recursos<sup>30</sup>, que deriva de la consideración de éstos como garantía para resistir la persecución penal, integrante del derecho a defensa y, por tanto, exigible exclusivamente respecto del sujeto pasivo del proceso penal. De otra manera, su concreción legislativa resultaría una regla enteramente superflua si se la compara con la prohibición de *ultra petita*.

Sólo así es posible salvar la contradicción que significa reconocer el carácter bilateral de la prohibición de *reformatio in peius*, en cuanto regla legal y, al mismo tiempo, su carácter unilateral, en cuanto garantía que sólo puede jugar a favor del imputado<sup>31</sup>.

De esta manera, además, la regla sobre prohibición de *reformatio in peius* alcanza un rendimiento normativo de mayor relevancia e interés que la protección de la propia torpeza, permitiendo solucionar cuestiones de ordinaria ocurrencia en el proceso penal, como por ejemplo el caso de la impugnación parcial de la sentencia condenatoria por el imputado, asunto que trataré al referirme al efecto relativo del fallo sobre los recursos.

### **3.3. La adhesión al recurso como excepción a la prohibición de *reformatio in peius***

La adhesión al recurso se contempla expresamente en el caso de la nulidad (art. 383, inc. 2º, CPP) y, para algunos<sup>32</sup>, también en el recurso de apelación, por remisión del art. 52 CPP.

---

<sup>30</sup> Más precaria aún es la concreción legislativa del principio *non bis in idem* en materia penal sustantiva, recogido en el art. 63 CP para una materia específica. No por ello se deja de considerar esencial como principio rector en el derecho penal sustantivo, ni se encuentra limitada su aplicación a esa regla específica que lo recoge, sino que, por el contrario, recibe aplicación en numerosos casos no expresamente reglados.

<sup>31</sup> Ver HORVITZ (M.I.), cit., 238, que se hace cargo que existe esta contradicción, aunque no la salva del todo. Ver también NUÑEZ (J.C.), *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 305 que sencillamente relata una situación contradictoria entre los fundamentos, la regulación legal y las aplicaciones de la prohibición de *reformatio in peius*, señalando que esta regla encuentra su fundamento en el postulado “*pro reo*”, agregando que, *dados los términos amplios empleados en la disposición por el legislador, no sólo favorece al imputado, sino que a todos los intervinientes* y, finalmente, concluyendo que el significado y alcance de la prohibición (...) importa que el tribunal ad quem está inhibido legalmente de pronunciar una sentencia más gravosa que la impuesta por el tribunal a quo, proporcionando ejemplos de aplicación en que efectivamente se establecen límites a favor del imputado.

La adhesión al recurso consiste en la facultad que se otorga al recurrido para pedir la reforma de la resolución en aquella parte que estima le causa agravio<sup>33</sup>. Considero que hace excepción a la prohibición de *reformatio in peius*, en cuanto aquel que no ha deducido un recurso en tiempo y forma, todavía puede provocar la competencia del tribunal *ad quem* para empeorar la situación jurídica establecida en la sentencia recurrida<sup>34</sup>.

Entregar esta facultad por vía de adhesión no sólo es una forma de extender injustificadamente el plazo para recurrir, pero con otro nombre, sino que es un mecanismo que se activa si, y solo si, se ha ejercido el recurso como medio de impugnación de la sentencia. Luego, a quien la adhesión le afecte, puede ver empeorada su situación merced a su propio recurso, puesto que su interposición fue la condición para que tuviera lugar una adhesión y, de no haberlo ejercido, al menos su situación no podía empeorar. Si a quien le puede perjudicar la adhesión es el imputado, entonces su derecho al recurso no estará garantizado adecuadamente en tanto esta posibilidad puede funcionar como un incentivo a conformarse con la sentencia, ya que tanto da que el acusador recurra o no lo haga e igualmente su situación se puede ver empeorada.

Por ello cuesta encontrar un buen fundamento que justifique la adhesión en materia procesal penal y sería recomendable su eliminación. Los intereses en juego en el sistema civil, que son de diversa índole, hacen incuestionable el carácter bilateral del recurso, que funciona por igual para todas las partes en conflicto, que se presentan ante el Estado en igualdad de condiciones. En el sistema penal el acusador es el propio Estado, que se constituye en parte formal para satisfacer de la mejor medida posible el sistema acusatorio.

Adicionalmente, al menos en Chile, conceder al acusador la facultad de adherir es reconocer que un órgano que se rige por el principio de objetividad no encontró reparos en la sentencia que ha impugnado el acusado y, a pesar de ello, igualmente impugna. Entonces, su decisión de recurrir no dependerá del agravio objetivamente experimentado, sino que de la conducta procesal del acusado.

Como la adhesión tensiona la prohibición de *reformatio in peius*, que se considera tan elemental, parece razonable exigir que se aplique sólo en la medida que exista una norma que la consagre expresamente, tal como se hace en el recurso de nulidad. Pero considero que no debería aceptarse su aplicación allí donde no existe norma expresa, ni aún por remisión del art. 52 CPP, puesto que a ello se opone precisamente la norma que consagra la prohibición de la reforma peyorativa.

---

<sup>32</sup> Ver LOPEZ (J.), cit., p. 382.

<sup>33</sup> Es la definición que proporciona el art. 216 CPC para la adhesión al recurso de apelación.

<sup>34</sup> En contra CORTEZ (G.), cit., p. 393.

#### 4. El efecto relativo del fallo sobre los recursos

Como ya lo señalé, el mandato de dar efecto extensivo al fallo en materia de recursos - que hace depender de lo favorable o desfavorable su alcance- pone de manifiesto que el fallo de los recursos, en principio, tendrá efectos relativos en el proceso al que acceden, a menos que corresponda extender sus efectos favorables. El efecto relativo así entendido resulta muy claro en el ámbito subjetivo, es decir, en su alcance respecto de los sujetos potencialmente beneficiados o perjudicados con la decisión sobre los recursos.

Sin embargo, es en verdad la regla sobre prohibición de *ultra petita* la que determina el efecto relativo del fallo sobre los recursos, desde un punto de vista subjetivo. Si es regla básica sobre la decisión que debe recaer en un recurso no dar más de lo pedido *quedando vedado extender el efecto de la decisión a cuestiones no planteadas o más allá de los límites de lo solicitado* entonces mal se podría extender el fallo a sujetos que nada han pedido. Ello es tan cierto que el art. 360 CPP considera el efecto extensivo del fallo como una de las dos excepciones a la prohibición de *ultra petita*.

Por lo que toca a la extensión objetiva del fallo, es decir su alcance ante la existencia de diversos hechos imputados, sea que las imputaciones recaigan sobre el mismo o sobre diversos sujetos, también la prohibición de *ultra petita* es la que determina la intangibilidad de la sentencia impugnada por parte del tribunal que conoce del recurso, en aquella parte que se refiere a hechos que no son materia de impugnación.

También desde el punto de vista de la extensión objetiva, se debe considerar que, adicionalmente, existe una garantía que prohíbe la *reforma in peius* que da protección al imputado ante su propia impugnación, lo que bastaría para dejarlo a salvo de los efectos extensivos de un fallo que, acogiendo su propio recurso, pudiera afectar la sentencia en aquella parte en que no le causa agravio, por ejemplo, porque la sentencia comprende diversos hechos y sólo uno o algunos son materia de impugnación.

Estas consecuencias, que podrían resultar relativamente pacíficas en materia de recursos en general, pueden ofrecer algunas dificultades en su comprensión en materia de nulidad ya que pareciera estar muy asentada la idea —o al menos así ocurre en la realidad, las más de la veces por falta de reclamo del afectado- que, acogido un recurso de nulidad, los efectos terminan siendo totales desde un punto de vista objetivo y subjetivo, produciendo la nulidad de todo el juicio y de toda la sentencia.

De esta manera, en la práctica y contrariando el fundamento mismo de la impugnación que es el agravio o perjuicio reclamado por el recurrente, la sentencia de nulidad deja sin efecto tanto aquello que era producto de la actuación viciada, como aquello que no lo era o que sencillamente no perjudicaba a nadie. Por ello me dedico en los siguientes acápite a abordar esta problemática.

#### 4.1. Los efectos parciales subjetivos del recurso de nulidad

Un punto de partida, que resultará válido también para sostener los efectos parciales objetivos del recurso de nulidad, es que las normas especiales que rigen este recurso no contradicen el efecto relativo del fallo sobre los recursos.

En los arts. 385 y 386 CPP –que regulan el efecto del fallo de nulidad- escuetamente se dice que *si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral*. Como se ve, esta cláusula no prejuzga sobre los alcances de la nulidad respecto de los enjuiciados no recurrentes. La nulidad parcial no es una hipótesis expresamente desestimada por las normas sobre el recurso de nulidad y, por lo tanto, no están en colisión con el art. 360 CPP que, en su carácter de norma general, debe integrarlas.

La doctrina procesal penal acepta la impugnación parcial de la sentencia, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, en la medida *que la parte impugnada de la decisión se pueda separar de aquella que no fue impugnada* lo que dependerá de que *la sentencia decide sobre muchos objetos procesales, sea en un caso de un hecho con varios acusados o de varios hechos de un mismo acusado*<sup>35</sup>, conclusión que rige igualmente para un recurso de nulidad, como es la casación penal, en que se reconocen algunos supuestos de anulación parcial<sup>36</sup>.

Por ello, en materia de casación, aún sin necesidad de norma expresa, se sostiene que *la nulidad de la sentencia no debe necesariamente ser total. Por razones elementales de economía procesal y el principio de interés jurídico como requisito para la procedencia de las sanciones procesales (...) la medida de su nulidad debe estar dada en primer lugar por el agravio admitido en la sentencia de casación, y se la debe anular parcialmente si el agravio acogido por el tribunal sólo afecta parcialmente su legalidad y estabilidad respecto del fondo de la causa (...) la posibilidad de anulación parcial está dada por la independencia de la parte viciada de la sentencia con relación a las demás*<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> ROXIN (C.), *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 449-450.

<sup>36</sup> ROXIN (C.), *cit*, pp. 483 y ss.

<sup>37</sup> DE LA RÚA (F.), *La Casación Penal. El recurso de casación penal en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2006, Segunda edición, Reimpresión, pp. 262 - 263.

La nulidad parcial de la sentencia tampoco es una posibilidad extraña a la casación civil, en que se admite la impugnación de la sentencia *total o parcial, es decir, limitada en esta segunda hipótesis a ciertos puntos o a ciertos temas*, de lo que resulta que *la decisión deberá especificar qué es lo que sobrevive y qué es lo que cae de la sentencia impugnada y cuáles son, por tanto, los límites del juicio de reenvío*<sup>38</sup>. En suma, *si la sentencia es casada en algunas de sus partes, quedan firmes las demás, sea que para éstas no hubo recurso, sea que, habiéndolo, fue rechazado*<sup>39</sup>.

Por la nulidad parcial desde un punto de vista subjetivo, dando por sentado que es correcto este planteamiento, se ha pronunciado expresamente la Corte de Apelaciones de Concepción. La Corte acogió un recurso de nulidad por errores de construcción de la sentencia, relativos al análisis incompleto y erróneo de la prueba rendida en juicio, lo que llevó a dar por establecida, con error, una circunstancia atenuante. La Corte declaró nula la sentencia y el juicio oral en que recayó, ordenando retrotraer el proceso al estado de que el tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral. A petición de un sentenciado, debió complementar la sentencia de nulidad, señalando que la nulidad se refería sólo a dos imputados y no al solicitante, a quien no debía afectar la nulidad, precisamente porque a su respecto no se había deducido recurso alguno<sup>40</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago<sup>41</sup> anuló en un caso el juicio oral y la sentencia en su totalidad, por errores de derecho invocados por el acusador que no decían relación con todos los imputados comprendidos en la sentencia anulada. Sin embargo, existe una interesante prevención que razona sobre la idea de nulidad parcial, aunque pareciera restringirla a los casos en que los vicios concurrentes se refieran a errores de derecho cometidos en la sentencia misma y no a vicios producidos en la tramitación del procedimiento, al señalar que *cabe recordar, en primer lugar, que el error de derecho que en definitiva conduce al acogimiento del recurso, dice relación con la no aplicación de una agravante a una imputada, es decir, con una situación producida en el fallo y que no guarda ninguna relación con el juicio desarrollado en contra de los imputados por el Tribunal Oral y, en segundo lugar, es dable tener presente que la agravante solicitada por el Ministerio Público se refiere a una situación personalísima de la condenada A. M., siendo aquella inoponible al sentenciado C. U..* Agrega el previniente: *cabe concluir que en relación al sentenciado C. U., el propio*

---

<sup>38</sup> REDENTI (E.), *Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1957, t. II, pp. 9, 153 y 159.

<sup>39</sup> CHIOVENDA (J.), *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2000, t. II, p. 607, consultar también p. 614.

<sup>40</sup> Sentencia Rol N° 592-2006, de 16/01/07. El texto es el siguiente: *Se complementa la sentencia de 8 de enero pasado escrita a fs. 204, en cuanto a que la nulidad de la misma y del juicio oral que se ha declarado, se refiere sólo a los imputados M. A. M. M., L. A. M. E. y J. R. D. N., no afectando lo resuelto a don V. E. S. M., respecto del cual no se dedujo recurso alguno.*

*Téngase presente resolución como parte integrante de la que se complementa y regístrese conjuntamente con ella.* El fallo complementado es de redacción de doña Sara Herrera Merino.

<sup>41</sup> Sentencia Rol N° 860-2006, de 31/05/06, pronunciada por los ministros Mauricio Silva Cancino, Rosa Maggi Duccommun y abogado integrante Angel Cruchaga Gandarillas, correspondiendo a este último la prevención que se trae a colación.

*órgano persecutor se conformó con lo resuelto por la sentencia a su respecto (y) a mayor abundamiento cabe señalar que por mandato expreso de la ley, específicamente, el artículo 360 del Código Procesal Penal, esta Corte está impedida de pronunciarse sobre materias no formuladas por los recurrentes, y de extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos. Anular el juicio con respecto al sentenciado C. U. constituiría una extensión de los efectos de la sentencia a quien no ha sido escuchado y para quien nadie ha solicitado nada.*

Es decir, en esta prevención, se considera que la prohibición de *ultra petita* determina un efecto relativo del fallo de nulidad y, más interesante aún, que existe un argumento adicional que salvaguarda de la extensión de efectos desfavorables consistente en una suerte de *inoponibilidad* respecto de los coimputados que han quedado fuera del acto de impugnación. Es decir, no sólo no habrán sido oídos los coimputados, motivo que también lleva al previniente a concluir como lo hace, sino que no tendrían ninguna carga de defenderse de un recurso que no les ha sido *oponible*. En este sentido, de ser correcto y generalmente aceptado este planteamiento, el criterio práctico de actuación en el recurso, en calidad de *recurrido*, que he propuesto más arriba no tendría necesidad ni justificación.

Vale la pena mencionar además la conclusión respecto de la cosa juzgada que contiene esta prevención: *Que, de conformidad a lo recién expuesto, a juicio de este previniente, en el caso del sentenciado C. U. al no haber sido recurrida la sentencia dictada por el Tribunal Oral y encontrarse los plazos para dicho efecto vencidos, dicho fallo quedó ejecutoriado pasando a tener eficacia de cosa juzgada, principio jurídico rector del ordenamiento jurídico chileno que impide a esta Corte anular el juicio ya finalizado y ordenar la realización de uno nuevo a su respecto.*

Esta conclusión es algo más radical que la que he propuesto. Deriva de los efectos de la cosa juzgada (parcial) la intangibilidad de aquella parte de la sentencia no impugnada, efecto que sólo vería reforzado por la regla que prohíbe la *ultra petita*. Lo que he sostenido hasta ahora es sencillamente que las reglas del art. 360 limitan la competencia para extender los efectos del fallo de un recurso de nulidad. Antes de resueltos los recursos intentados será difícil determinar si existe o no cosa juzgada, especialmente considerando que en algunos casos el fallo tendrá efectos extensivos.

En definitiva, el efecto relativo del fallo de nulidad, desde un punto de vista subjetivo, tiene base en lo que dispone el art. 360 CPP al consagrar la regla general de la prohibición de *ultra petita* y una de sus excepciones, que es la extensión de los efectos favorables del fallo. Este efecto es perfectamente conciliable tanto con un recurso de enmienda, como con un recurso de nulidad, como lo corrobora la doctrina. Concluir así, además, evita consecuencias absolutamente injustas e indeseables de otorgarse a la sentencia de nulidad siempre y necesariamente efectos totales<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Un ejemplo notable puede hacer muy evidente este reclamo contra las soluciones absolutamente injustas. La Corte de Apelaciones de Concepción, por Sentencia Rol Nº 270-2006, de 27/06/06, acoge un recurso de nulidad del acusador, en juicio oral seguido contra cuatro acusados, todos como coimputados por el mismo hecho,

Extender los efectos desfavorables que evidentemente tendría la nulidad total para sentenciados absueltos, respecto de cuyas absoluciones nadie ha manifestado agravio, no es aceptado por el art. 360 CPP porque no tiene sentido ese sacrificio. Adicionalmente, la extensión indebida de los efectos del fallo se puede considerar como un caso en que se vulnera la prohibición de doble persecución penal. Si, para algunos, este principio impide que el Estado tenga la posibilidad de provocar un nuevo juicio frente a la sentencia absolutoria<sup>43</sup>, con mayor razón debería proteger de la incoación de nuevo juicio en contra del absuelto respecto de quien el Estado ni siquiera ha ejercido el recurso acusatorio que la ley le concede<sup>44</sup>.

#### 4.2. Los efectos parciales objetivos del recurso de nulidad

Como ya lo expresé, no sólo frente a la impugnación parcial y la existencia de pluralidad de sujetos imputados es que los efectos de la nulidad deben ser relativos. El efecto relativo también debe ser la regla general frente a la pluralidad de hechos imputados. Tanto la prohibición de *ultra petita*, como el mandato de dar efecto extensivo sólo a lo favorable de la decisión, llevan a concluir en este sentido y estas reglas tienen aplicación general a todo tipo de recursos, sin que se divise alguna contradicción de texto o de sentido con las normas sobre el recurso de nulidad.

---

calificado en la acusación como robo con homicidio. El tribunal oral junto con recalificar el hecho como homicidio simple en concurso material con hurto, absolvió del cargo de robo con homicidio a los cuatros acusados, condenando sólo a dos por homicidio simple en concurso con hurto y absolviendo a los restantes también del cargo recalificado. El motivo de anulación que prosperó fue la supuesta contradicción que existiría en la sentencia al absolver del cargo de robo con homicidio y, a la vez, condenar por homicidio simple en concurso con hurto, entendiendo que se estaba condenado y absolviendo por el mismo hecho juzgado: *Que el fallo al absolver y condenar a la vez por los mismos hechos, produce la nulidad de las indicadas decisiones por ser contradictorias y no poder coexistir, lo que acarrea al restarse valor recíprocamente, la inexistencia de ambas, de modo tal, que la sentencia carece de la resolución que condenare o absolviera a cada uno de los acusados, lo que provoca la nulidad absoluta del juicio en que incide, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 374 letra e) de dicho cuerpo legal.* El fallo es redactado por doña Sara Herrera Merino. Se comprenderá que, aún prescindiendo de lo extraña que resultaba la configuración de la causal de nulidad admitida -al entender que habría alguna contradicción en lo resuelto en circunstancias que se trataba de una recalificación- al menos correspondía mantener la absolución de los dos sentenciados respecto de los cuales, en la lógica del fallo, se podía decir que fueron *absueltos dos veces por el mismo hecho*. Para ello bastaba aplicar los efectos relativos del recurso de nulidad evitando que, respecto de quienes ninguna aparente contradicción se podía hacer valer en la decisión impugnada, la nulidad total les terminara perjudicando injustamente.

<sup>43</sup> MAIER (J.), cit

<sup>44</sup> Sólo podría constituir una excepción, aparente por cierto, los alcances que puede tener un fallo de nulidad en el caso que, no habiendo deducido recurso el acusador, un coimputado recurrente sostenga una pretensión incompatible con la de otro imputado no recurrente, lo que puede llevar a empeorar la situación de este último. En tal caso no se estarán *extendiendo* efectos desfavorables del fallo sino que, lisa y llanamente, se estará acogiendo la pretensión del recurrente y el coimputado habrá tenido la posibilidad de resistirla, de la misma manera como la habría tenido si el recurrente hubiere sido el acusador.

Pero la prohibición de *reformatio in peius* constituye un argumento adicional para concluir así en casos de nulidad de la sentencia con pluralidad de objeto, es decir frente a diversos hechos materia de acusación y sentencia. Si el imputado impugna parcialmente la sentencia, sea porque respecto de algunos cargos ha sido absuelto, sea porque no respecto de todos los cargos materia de condena ha manifestado agravio, la sentencia puede subsistir parcialmente frente a la nulidad, en lo que no ha sido materia de impugnación.

Aparece aquí una nueva aplicación de la prohibición de *reformatio in peius*, que la distingue en algo de la prohibición de *ultra petita*, en cuanto impide que la nulidad tenga efectos totales para el recurrente por la prohibición de perjudicarlo con su propio recurso. Si impugnada una sentencia únicamente por el cargo materia de condena, darle efecto total a la nulidad, extendiéndola aún al cargo por el cual ha sido absuelto el recurrente, es perjudicarlo con su propio recurso. La consideración de esta regla como garantía para el imputado, permite asilarse, adicionalmente, en la prohibición de *reformatio in peius* para resolver este problema, impidiendo una nulidad con efectos totales.

Resulta interesante reseñar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza de plano la posibilidad que la nulidad tenga efectos relativos desde un punto de vista objetivo<sup>45</sup>. La discusión que se planteó fue exactamente un caso de impugnación parcial de acuerdo al objeto del juicio y eso fue descalificado como solución posible. Como se desprende de la sentencia, los cargos eran bien disímiles -lesiones y desacato- y se pretendía la anulación parcial de la sentencia en lo que causaba agravio (la condena por lesiones), manteniéndose vigente en lo que no lo causaba y que no era materia de impugnación (la absolución por desacato). Por cierto no existía recurso del acusador, por lo cual resultaban plenamente aplicables los límites consagrados en el art. 360 CPP sobre prohibición de *ultra petita* y de *reformatio in peius*.

Estas son las consideraciones del fallo de nulidad: *Que antes de entrar al análisis detallado de los aspectos que integran, según la defensa y en el caso específico, el motivo absoluto de nulidad invocado, parece pertinente consignar, a manera de reflexión general, lo extraño de la situación planteada por el recurso, en cuanto pretende que se anule en parte la sentencia -en lo que le es desfavorable, esto es, la condena por lesiones-, manteniéndose vigente en la otra -en lo que le es favorable, esto es, la absolución por el desacato-, argumentando que en esta última parte estaría firme, por no habérsela impugnado. Tal pretensión, con su razonamiento subyacente, parece propia de una apelación, que sólo pretende la reforma de la sentencia impugnada, pero no lo es en absoluto de la nulidad, ni en doctrina procesal ni en el texto mismo del Código Procesal Penal, cuyo artículo 372 señala expresamente que el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley. En tal sentido -invalidación de todo el juicio y/o de toda la sentencia- discurren también las demás normas del título*

---

<sup>45</sup> Sentencia dictada en causa Rol Corte N° 2519-2006, de 24/01/07, suscrita por los ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y Mario Rojas González, de redacción del primero.

*relativo a dicho recurso en ese código procesal. Dicho de modo sencillo y discreto: una sentencia y un juicio, o son válidos o son nulos; pero no pueden serlo, lo uno o lo otro, de modo parcial.*

Si bien he abundado bastante sobre los motivos por los cuales un razonamiento como éste no parece el correcto, no está demás recordar que la idea de invalidación total –de *todo* el juicio y de *toda* la sentencia- no aparece en las normas sobre el recurso de nulidad, al menos no expresamente. Luego, la invalidación del juicio o de la sentencia debería regirse en su extensión por las reglas del art. 360 CPP. Tampoco debería sorprender tanto que, respecto de *un mismo juicio*, se pueda predicar a la vez que es nulo y que es válido. Esa es precisamente la solución propiciada por el art. 344 CPP en caso de doble incumplimiento de los plazos para redactar la sentencia. Si en esta hipótesis se da, además, la situación que existan condenados y absueltos en el mismo juicio, para los condenados el juicio será nulo y para los absueltos será válido.

Por otra parte, aún cuando el fallo citado no se pronuncia en absoluto sobre los alcances y consecuencias de una disposición tan relevante como es el art. 360 CPP, especialmente por la prohibición de *reformatio in peius*, de manera implícita lo descarta, al entender estas ideas como *propias de una apelación*, por una suerte de incompatibilidad con la naturaleza del recurso de nulidad. Esto significaría que el art. 360 CPP sólo rige para el recurso de apelación, en circunstancias que se dictó para tener aplicación general, respecto de todos los recursos y, con mayor razón, respecto del más relevante que contempla el sistema procesal penal y el único que se concede para impugnar una sentencia de juicio: el recurso de nulidad<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Es interesante destacar que en el proyecto del Ejecutivo (art. 444), y aún en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados (art. 433), la prohibición de *reformatio in peius*, se contemplaba sólo para el recurso de casación –el antecedente del recurso de nulidad- y sólo en el Senado se incorporó como regla general para todo tipo de recursos. Lo que en ningún caso ocurrió fue que se *trasladara* de la casación o nulidad para regir únicamente el recurso de apelación.