

III. Derecho Procesal Penal

EFFECTOS DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A SER JUZGADO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

VERÓNICA ROSENBLUT GORODINSKY
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 21 de octubre de 2020, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago resolvió rechazar por mayoría el recurso de amparo substanciado bajo el rol N° 1981-2020, que presentó la defensa del Sr. P.C.G. en contra de la resolución que dictó el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago con fecha 29 de septiembre de 2020, en la causa RIT 4933-2018, negando lugar al sobreseimiento definitivo y parcial de su defendido, respecto de la imputación como autor de los delitos tributarios contemplados en los incisos 1° y 2° del artículo 97 N° 4 del Código del ramo, que se le atribuyen haber cometido mientras ejercía el cargo de gerente general de la empresa SQM.

Mediante la referida acción constitucional, la defensa del Sr. Contesse pretendía que dicha resolución fuera dejada sin efecto y se acogiera el sobreseimiento definitivo solicitado, por considerar arbitraria e ilegal la privación, perturbación o amenaza que la dictación de dicha resolución había supuesto para la libertad personal y seguridad individual del recurrente, por permitir la mantención de la medida cautelar personal que pesaba a su respecto.

Sin perjuicio de los argumentos que fueron esgrimidos por la defensa ante el Juez de Garantía para los efectos de fundar la solicitud de sobreseimiento, referidos a una supuesta falta de participación del Sr. Contesse en los hechos por los cuales fue acusado y en la pretendida falta de tipicidad de los mismos, invocando así la concurrencia de las causales de las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP); los fundamentos de dicha solicitud, que sin duda alguna resultan más relevantes para los efectos del presente comentario, se encuentran en aquellas alegaciones conforme a las cuales la defensa estimó también concurrentes en el presente caso las causales de sobreseimiento definitivo establecidas en las letras e) y d) del artículo 250 del referido Código.

En efecto, tanto la alegación consistente en haberse verificado en dicha causa una violación a la garantía del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, como aquella en virtud de la cual se sostuvo la circunstancia de encontrarse

cumplida la eventual condena que pudiera imponerse al Sr. P.C.G. en el caso de ser condenado, todo ello, por llevar prácticamente 5 años y medio sujeto a medidas cautelares intensas y sucesivas de arresto domiciliario total y arresto domiciliario parcial, motivaron que su defensa esgrimiera, para los efectos de fundar la acción de amparo constitucional, que la resolución por medio de la cual el Juez de Garantía había rechazado el sobreseimiento definitivo solicitado transformaba en ilegal y arbitraria la restricción de la libertad ambulatoria que producía la consecuente mantención a su respecto de la medida cautelar personal de arresto domiciliario parcial.

Conforme lo anterior, de las cuestiones que fueron planteadas por la defensa del Sr. P.C.G. en estas acciones judiciales y del contenido de las resoluciones que sobre ellas se pronunciaron, surgen a nuestro juicio los siguientes asuntos cuyo análisis resulta de interés para ser abordados en el presente trabajo: en primer lugar, en relación con el recurso de amparo, revisar la postura que la Iltma. Corte adopta en el fallo en relación con la cuestión de la ilegalidad de las resoluciones judiciales; en segundo término, determinar cuál es el reconocimiento y contenido que debe darse al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como parte de la garantía constitucional al debido proceso; y, en tercer y último lugar, analizar cuál es el efecto o consecuencia jurídica que procesalmente corresponde atribuir al cumplimiento de ese *plazo razonable* en el proceso penal, en relación con los fines de la pena y la responsabilidad penal.

II. ANÁLISIS

1. Procedencia de la acción de amparo constitucional contra resoluciones judiciales ilegales

Conforme se lee de la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, dicho tribunal, luego de precisar en su considerando quinto cuál es el contenido del recurso de amparo, identificándolo con un requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, frente a amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad, y frente a privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados; fundó, en su considerando sexto, el rechazo de la acción intentada por la defensa del Sr. P.C.G. en la imposibilidad de la mayoría de los ministros de la undécima sala de adquirir convicción acerca de la existencia de algún hecho ilegal o arbitrario que constituya privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado, toda vez que la medida cautelar de arresto domiciliario

parcial nocturno fue adoptada por el juez competente en uso de las facultades y conforme a la ley.

Si bien en este fallo la Iltma. Corte no se refiere a, ni analiza expresamente la controversia acerca de si la acción constitucional de amparo constituye o no una vía idónea de impugnación de las resoluciones judiciales; del razonamiento transcrito en el párrafo anterior se observa que el tribunal adhiere a la jurisprudencia y doctrina más asentada en esta materia, que reconocen una limitada procedencia a este recurso tratándose de resoluciones judiciales, al descartar en este caso la *ilegalidad* del acto impugnado –la resolución mediante la cual el Juez de Garantía rechazó el sobreseimiento definitivo y no la resolución que decretó la medida cautelar de arresto domiciliario parcial nocturno, como erradamente lo señala la Iltma. Corte– por haber sido *adoptado por el juez competente, en uso de las facultades y conforme a la ley*.

En efecto, si bien jurisprudencialmente se considera que el recurso de amparo, en cuanto persigue vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes en lo concerniente a la privación o amenaza de atentados contra la libertad personal y la seguridad individual, puede ser un instrumento eficaz para el control de las resoluciones que emiten los tribunales de justicia que pongan en riesgo dichas garantías¹, se plantea que ello tiene lugar únicamente cuando aparece de manifiesto que lo sujeto a la decisión del juez no se corresponde con el ordenamiento jurídico. Esto significa que la acción de amparo es una vía idónea para impugnar sentencias judiciales solo en cuanto la resolución que adopta la judicatura contraría el ordenamiento jurídico de manera ostensible, clara y patente.

En la misma línea, la doctrina constitucional más clásica restringe a contados casos la impugnación de una resolución judicial por medio del amparo, limitando su procedencia a aquellos casos en que la orden que afecta la libertad personal y seguridad individual del sujeto es ilegal por vicios de forma, esto es, cuando la orden emana de autoridad que no se encuentra expresamente facultada para emitirla; cuando ha sido dada con infracción a cualquiera de las formalidades que la Constitución o la ley exigen; y, cuando expedidas dichas ordenes en forma legal, el afectado no es puesto a disposición del juez en los plazos señalados; o, por vicios de fondo, cuando las ordenes han sido expedidas fuera de los casos señalados por la ley y cuando han sido dictadas sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen².

¹ SCA de Punta Arenas, 16.08.2019, rol N° 28-2019, confirmado íntegramente por SCS rol N° 24973-2019.

² VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUERA, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 332.

Las razones históricas y de índole sistemática que explicarían esta visión restrictiva, según se ha señalado³, se encontrarían en que la práctica de aceptar el amparo contra resoluciones judiciales respondería únicamente a propósitos de garantía explicable en el contexto del antiguo procedimiento penal, que brindaba escasas o nulas posibilidades de defensa durante la etapa sumarial y establecía la improcedencia de recurrir de queja en contra de las resoluciones dictadas por las Cortes de Apelaciones para los efectos de revocar autos de procesamiento. Siendo hoy otro el escenario procesal, en el que los procedimientos otorgan todas las garantías de un sistema adversarial, queda abierta la interrogante de si naturalmente ello debiera o no llevar a entender aún más limitadas las posibilidades de impugnar una resolución judicial por vía de la acción de amparo constitucional.

Volviendo al fallo en análisis, y acorde con la visión mayoritaria antes expuesta, de lo señalado en su considerando sexto antes transcrito, se desprende que para los ministros que concurrieron al voto de mayoría las resoluciones judiciales que supongan una privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual de una persona pueden devenir en ilegales y, por tanto, ser impugnadas —excepcionalmente— mediante este recurso, cuando han sido pronunciadas por un juez incompetente, cuando en su dictación el juez se ha extralimitado en sus funciones, o bien, cuando se han dictado vulnerando preceptos legales o de forma contraria a la ley.

El razonamiento acerca de la *legalidad* de la resolución impugnada, esto es, si resultaba o no contraria a la ley, orientó también, curiosamente, la argumentación que se desarrolló en el voto de minoría para los efectos de sostener que correspondía acoger el recurso y declarar el sobreseimiento definitivo solicitado, en la medida que según se lee del considerando décimo primero del voto disidente, corresponde considerar *ilegal* la resolución impugnada, por cuanto el Juez de Garantía, aunque se sometió a las formas legales en cuanto a la resolución dictada sobre el sobreseimiento parcial y temporal, al encontrarnos fuera del espacio temporal razonable para concluir el juicio, adoptó una decisión que violenta el derecho constitucional de la libertad del amparado, es decir, adoptó una decisión o acto que vulnera o resulta contrario al derecho vigente contenido en el inciso 2º del artículo 5º e inciso 6º del número 3 del artículo 19, ambos de la Constitución Política de la República, aunado con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior resulta en nuestro concepto llamativo, por cuanto si se efectúa una revisión somera de fallos recientes pronunciados por la Excma. Corte Suprema

³ PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2006), p. 168.

conociendo de la apelación de recursos de amparo, se advierte que el razonamiento que se efectúa para los efectos de revocar esos fallos y acoger los recursos mayoritariamente ronda en torno al carácter *arbitrario* que puede o no atribuirse a las resoluciones judiciales que se impugnan, esto es, a su falta de fundamento, justificación o razón, señalándose incluso por nuestro máximo tribunal, en una situación que guardaría cierta similitud con la circunstancias procesales en las que la defensa del Sr. P.C.G. interpuso su recurso, que:

en el caso de marras, el agendamiento de la audiencia de juicio oral, para una oportunidad que dista casi en tres meses desde la fecha de juicio oral primigeniamente fijada, sin que se haya oído a la defensa, importa una extensión de la medida cautelar que afecta a los amparados, que deviene en ilegal la referida privación de libertad, toda vez que la fijación de la audiencia de juicio para el 19 de junio de 2020 carece de una justificación razonable, la cual debió expresarse en dicha resolución y no sustentarse únicamente en la situación de contingencia sanitaria con ocasión del estado de excepción constitucional decretado por la autoridad⁴.

2. Reconocimiento legal y contenido que debe darse al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Continuando con el análisis del fallo en comento, resulta relevante, en segundo término, destacar aquí el desarrollo que el voto disidente efectúa para los efectos de dotar de contenido y reconocer amparo constitucional al denominado *derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable*.

En efecto, junto con señalar que existen diversas normas en el CPP que darían cuenta de la voluntad que tuvo el legislador de garantizar a las personas su juzgamiento dentro de un plazo razonable, citando como ejemplos: “el artículo 247, que transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla, obligándosele a realizar cierto tipo de actuaciones procesales, bajo sanción de declararse el sobreseimiento definitivo; [...] el artículo 282 del mismo cuerpo normativo, que exige el desarrollo del juicio en audiencias sucesivas, las que podrán prolongarse hasta su conclusión; [...] el 290 que demuestra el principio de concentración en cuanto a que los incidentes promovidos deben resolverse en la audiencia de manera inmediata; y [...], la restricción del sistema recursivo” (considerando segundo); el voto de minoría plantea además que ese derecho encontraría amparo constitucional en la norma del artículo 19 N° 3 inciso 6° de

⁴ SCS, 21.04.2020, rol N° 42821-2020.

la Constitución Política del Estado (CPE) como parte integrante de la garantía del debido proceso⁵, y en el artículo 5º CPE, por encontrarse dicha garantía de la cual forma parte, consagrada en tratados internacionales vigentes, suscritos y ratificados por Chile.

Precisamente a partir de la consagración que la garantía del debido proceso tendría en el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando quinto, voto disidente), normas en las que aquella aparece integrada por el derecho que tiene la persona a ser oída dentro de un “plazo razonable” (considerando séptimo), se señala en su voto por el ministro disidente que, al precisar dichos instrumentos internacionales que ese derecho debe contemplarse y ejercerse con las debidas garantías, implica, entre otras cosas, que el procedimiento no pueda extenderse por un tiempo tal que signifique, todavía descontando el de demora atribuible a la parte y la complejidad del asunto, un retardo injustificado por parte del Estado, representado por el tribunal, que afecte el derecho fundamental reconocido por la Convención (considerando octavo).

Citando además jurisprudencia emanada de la propia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en la que, junto con confirmar la consagración que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable tiene en los tratados internacionales antes mencionados, se declara expresamente que el plazo razonable es, pues, parte integrante del concepto del debido proceso, al cual nuestra Constitución alude en el artículo 19 N° 3, inciso 6º, cuando dice “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”; el voto disidente transcribe un apartado específico de dicha sentencia que estima asimilable a la situación alegada en este caso por la defensa del Sr. Contesse, en el que el tribunal de alzada identifica la violación de dicha garantía constitucional, con una *prolongación indebida, irrazonable o excesiva* duración del proceso (considerando noveno).

Conforme los pasajes antes transcritos, de la argumentación desarrollada en el voto de minoría se desprende que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable implicaría ser juzgado en un proceso cuya duración sea justificada, debida o razonable, esto es, recurriendo a una interpretación gramatical de dichos términos, que se extienda por un plazo conforme a justicia y razón; como

⁵ EVANS, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 144. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como parte del debido proceso (racional y justo procedimiento).

corresponde o es lícito; y, proporcionado o no exagerado, respectivamente⁶. Se trataría así de un concepto normativo en que los contenidos de proporcionalidad y justicia que se le atribuyen cobrarían relevancia, a nuestro juicio, en aquellos casos en que la duración del proceso no constituya derechamente una ilegalidad.

Dicho parecer concordaría además con el significado jurídico que según la doctrina especializada⁷ debe atribuirse a la expresión *plazo razonable*, a partir de los pronunciamientos emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), conforme a los cuales dicho concepto no debe ser entendido como un plazo en sentido procesal penal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino que se trata de una pauta interpretativa abierta para estimar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, esto es, un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso desde una perspectiva *ex post*, una vez terminado el caso, para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta diferentes factores como la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculcado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes⁸.

Tendiendo presente lo anterior, cobra sentido que, en la situación reclamada por la defensa del Sr. Contesse, esto es, en un proceso cuya duración ha devenido en excesiva fundamentalmente por el plazo transcurrido con posterioridad al cierre de la investigación y a la presentación de la acusación, sin que siquiera se haya realizado la audiencia de preparación de juicio oral; se señale en el considerando décimo del voto de minoría, para los efectos de fundamentar que se ha vulnerado la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable que, “en este caso, para decidir sobre la ‘razonabilidad del plazo’, no se puede ignorar que se trata de una investigación compleja, por existir muchos intervinientes y que ha sido necesario llevar a cabo peritajes y recopilar antecedentes contables, como lo ha expuesto en la audiencia el Servicio de Impuestos Internos y el Ministerio Público. Sin embargo, además de que no se puede atribuir al imputado tal demora, es razonable considerar que el amparado ha sido privado de libertad total y parcialmente por más de cinco años, y espera una decisión sobre su inocencia o eventual responsabilidad sufriendo hasta hoy tal injerencia en su derecho fundamental a la libertad personal, lo que significa en la práctica una condena anticipada [...]”.

⁶ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, disponible en www.del.rae.es.

⁷ PASTOR, Daniel, “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), pp. 51-76.

⁸ PASTOR, ob. cit., p. 57.

3. *Efectos del transcurso del plazo razonable en el proceso penal*

Tal como ya se señaló, el recurso de amparo presentado por la defensa del Sr. P.C.G. tuvo como antecedente una solicitud de sobreseimiento definitivo y parcial presentada ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, respecto de la imputación que tanto el Ministerio Público como el Servicio de Impuestos Internos formularon en contra de su defendido, como autor de los delitos contemplados en los incisos 1° y 2° del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, en términos en que la resolución que rechazó dicha solicitud fue aquella que la referida defensa impugnó mediante la presentación de la correspondiente acción constitucional.

Conforme el registro que en el portal del poder judicial existe de la audiencia⁹ en que se conoció y rechazó dicha solicitud se advierte que, en lo que aquí interesa, para los efectos de fundar la concurrencia de las causales de sobreseimiento definitivo contempladas en las letras d) y e) del artículo 250 del CPP, la defensa del Sr. Contesse sostuvo la existencia de una vulneración de la garantía constitucional de su defendido a ser juzgado en un *plazo razonable*, atendido el prolongado tiempo que había durado la sustanciación de la causa y el extenso tiempo que depararía la preparación y desarrollo del juicio, desde que el Sr. Contesse había sido formalizado con fecha 30 de abril de 2015, sin que a la fecha de la audiencia de sobreseimiento, esto es, transcurridos prácticamente 5 años y 5 meses desde el inicio formal del proceso en su contra, se hubiera aún fijado fecha para la realización de la audiencia de preparación de juicio oral; y, el encontrarse a esa fecha supuestamente cumplido el tiempo de la eventual condena que por los referidos delitos le pudiera ser impuesta a su defendido, atendido que durante todo ese tiempo el Sr. Contesse había estado sometido a medidas cautelares personales de alta intensidad.

En la base de tales argumentaciones se encuentra entonces el planteamiento realizado por la defensa –sobre el cual nos parece interesante razonar– en orden a que el excesivo transcurso de tiempo durante el proceso penal, que supera el *plazo razonable* dentro del cual un sujeto ha de ser juzgado, produce ciertos efectos penales que jurídicamente deben ser reconocidos.

Si bien este planteamiento pudiera no producir mayores sorpresas, pensando en que efectivamente existen situaciones en que los efectos del “transcurso del tiempo” han sido expresamente regulados por el legislador procesal penal, tal

⁹ Acta “Audiencia para dar a conocer lo Resolutivo de la petición de sobreseimiento/Patricio Contesse González”, de fecha 29 de septiembre de 2020, en causa RIT 4933-2018, como registro disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>.

como fue reconocido por el voto de minoría del fallo en análisis en su considerando segundo, al referirse a “las limitaciones temporales que establece el Código Adjetivo al señalar, por ejemplo, en el artículo 247, que transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla, obligándosele a realizar cierto tipo de actuaciones procesales, bajo sanción de declararse el sobreseimiento definitivo [...] en el artículo 282 del mismo cuerpo normativo, que exige el desarrollo del juicio en audiencias sucesivas, las que podrán prolongarse hasta su conclusión [...] el 290 demuestra el principio de concentración en cuanto a que los incidentes promovidos deben resolverse en la audiencia de manera inmediata [...] la restricción del sistema recursivo, limitando el recurso de apelación a resoluciones determinadas, a fin de concentrar el conocimiento del juzgamiento dentro de un término prudente”; aquello que sí pudiera resultar llamativo es el efecto que la defensa del Sr. P.C.G. pretendió atribuir a dicha situación, estimando configuradas causales de sobreseimiento definitivo vinculadas a la extinción de la pena (letra d) del artículo 250 CPP y a la extinción de la responsabilidad penal (letra e) del artículo 250 CPP.

Este planteamiento intentado por la defensa del Sr. P.C.G. recuerda cierta doctrina de tribunales en Alemania, conforme a la cual la infracción de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable debía ser considerada en la determinación judicial de la pena, en términos que “la excesiva duración del proceso, sufrida por el imputado que resultaba condenado, debe ser tomada como una consecuencia negativa proveniente del Estado y que sufre el imputado a consecuencia del hecho, de modo que disminuye con ello proporcionalmente el reproche de la culpabilidad. Para estos casos se propone, en la medida en que lo permitan los límites de la ley, compensar la violación del plazo razonable con la reducción de la pena, incluso al mínimo, o con la suspensión de su ejecución o hasta con su prescindencia”, afirmándose incluso “que en casos excepcionales la solución debe ser el sobreseimiento del caso”¹⁰.

A diferencia de ello, tal como quedó registrado en el acta de la audiencia de sobreseimiento definitivo, el Octavo Juzgado de Garantía rechazó ese planteamiento señalando que “en último término, referente a la solicitud de sobreseimiento por los motivos que señala en el artículo 250 del Código Procesal Penal, en sus literales e) y d), cabe señalar que no se ha establecido una causal de extinción de responsabilidad del imputado; tampoco consta que hubiere sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad”, argumentando, por una parte, que, “la dilatada duración

¹⁰ PASTOR, ob. cit., p. 58.

de la causa (hecho que no puede desconocerse y que no ha sido controvertido) constituye una circunstancia que se explica por las características propias de la misma, esto es, un proceso seguido contra una gran cantidad de personas, en las que se debieron tomar declaraciones a un número importante de testigos (en las acusaciones se pide citación de más de 600 testigos para el juicio) y que, además, es una causa que ha estado suspendida por causas legales (con motivo de la solicitud de desafuero de un senador, estuvo suspendida la tramitación de la causa por un período aproximado de seis meses). En tal contexto, la extendida duración del proceso ha tenido justificación razonable considerando las propias peculiaridades de la misma causa y, por lo mismo, no justifican un sobreseimiento que pueda vincularse con las causales legales esgrimidas”; y, por otra, que “[...] el prolongado tiempo de tramitación de la causa y durante el cual el acusado Sr. Contesse ha estado con medida cautelares privativas de libertad (arresto domiciliario), tampoco constituye un hecho que extinga su responsabilidad o le ponga fin, toda vez que para producir el efecto que alega o sugiere la defensa, en relación al largo tiempo que el acusado ha estado cumpliendo arresto domiciliario, debería dictarse una sentencia condenatoria, para así aplicar lo que dispone la norma del artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal (de abonar a la pena impuesta el tiempo de cumplimiento de medidas cautelares privativas de libertad), puesto que solo el cumplimiento de la pena extingue la responsabilidad penal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 N°2 del Código Penal”.

De lo razonado por el tribunal de instancia surgen con claridad dos cuestiones que pueden ser analizadas por separado: la primera, si la vulneración de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable produce algún efecto durante el proceso; y, la segunda, si la mantención de una medida cautelar “abonable” a la pena que se imponga en caso de condena, por un plazo que supera el de dicha pena, puede considerarse como una situación en que ha de entenderse extinguida la responsabilidad penal.

Respecto al primer punto, en opinión del voto de mayoría en que la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago fundó el rechazo de la acción constitucional de amparo que posteriormente presentó la defensa del Sr. Contesse invocando similares argumentos,

“[...] lo pretendido por el actor es dejar sin efecto un complejo procedimiento penal seguido en contra del amparado, por la vía de un sobreseimiento definitivo dictado en una acción eminentemente cautelar y no declarativa de derechos, fundado en alegaciones que son propias y van implícitas en el juicio contradictorio, tales como la falta de participación; la falta de tipicidad en su faz objetiva y subjetiva de la imputación realizada; e incluso, aquella que dice relación con el juzgamiento dentro de un plazo razonable, alegación que, igualmente, podrá

promover en la audiencia de preparación de juicio oral, conforme lo autoriza el artículo 264 letra e) del Código Procesal Penal, o bien, al comienzo de la audiencia de juicio oral, como lo autoriza el artículo 326 del Código Procesal Penal” (considerando octavo).

Conforme a ello, la eventual violación de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable alegada por el recurrente constituiría una cuestión de fondo reclamable, según la Ilma. Corte, por dos vías: mediante la oposición de una excepción de previo y especial pronunciamiento, consistente en la extinción de la responsabilidad penal (artículo 264 letra e) CPP); y, mediante las alegaciones que el propio acusado y sus abogados pueden realizar en cualquier estado del juicio, ejerciendo su derecho a defensa (artículo 326 CPP).

No obstante pueda ser correcto señalar que mediante dichas herramientas procesales las defensas pueden alegar la violación de la mentada garantía, resulta a nuestro juicio cuestionable que el tribunal de instancia haya rechazado la solicitud de sobreseimiento definitivo sosteniendo que se trata de alegaciones *que son propias y van implícitas en el juicio contradictorio*, esto es, que deben ser conocidas y resueltas por los jueces de fondo, en circunstancias que una de las vías que plantea como posible es la oposición de una excepción de previo y especial pronunciamiento consistente, nada más ni nada menos, en la extinción de la responsabilidad penal (artículo 264 letra e CPP).

En efecto, no solo no se advierte aquí —cuando ya se ha presentado la acusación—, cuál podría ser el fundamento para postergar la discusión sobre la extinción de la responsabilidad penal a la audiencia de preparación del juicio oral o al inicio del juicio contradictorio; si no que, además, se considera que el rechazo de la solicitud del sobreseimiento definitivo fundado en que se trata de un asunto que corresponde ser conocido en otra etapa procesal o por los jueces de fondo podría implicar una infracción al principio de inexcusabilidad¹¹, desde que es un derecho del imputado a solicitar el sobreseimiento definitivo en cualquier etapa del proceso¹² hasta su término (artículo 93 letra f CPP), encontrándose precisamente dentro de las causales legales que pueden invocarse para solici-

¹¹ Entendiéndolo desde la concepción según la cual: “la inexcusabilidad integra algo mucho más amplio que el simple deber de fallar, sino que involucra su capacidad —y obligación— de respuesta en todas las etapas del ejercicio de jurisdicción, por lo que incluye y es evaluado no solo por el resultado de la adjudicación específica, sino que todos los actos procesales previos y posteriores a dicho evento”, en MARTÍNEZ, Patricio, “El Principio de Inexcusabilidad y el Derecho de Acción desde la perspectiva del Estado Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 1, (2012), pp. 113-147.

¹² A modo meramente ejemplar, SCA Santiago, 14.07.2017, rol N° 2214/2017.

tarlo, aquellas referidas a la extinción de la responsabilidad penal (letras d y e del artículo 250 CPP).

En relación con el segundo aspecto, no obstante el mencionado fallo de la Iltma. Corte también se refiere al punto, señalando que, “[...]i bien el procedimiento criminal ha tardado bastante en su tramitación, producto de su gran complejidad y la especial situación provocada por el Covid-19, lo cierto es que el recurrente siempre tiene el derecho de solicitar la revisión de las medidas cautelares decretadas, sin perjuicio del deber de la judicatura de revisar su procedencia cada seis meses, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 155 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 145 del mismo cuerpo normativo”, nos parece que el tema a analizar aquí es bastante más complejo que simplemente afirmar que las medidas cautelares personales son siempre revisables para los efectos de descartar la posibilidad de que en la situación descrita pudiera estarse vulnerando una garantía constitucional, sobre todo cuando, como se dijo, el acto impugnado aquí no era una resolución mediante la cual se hubiera mantenido una medida cautelar personal, sino que una resolución por la cual se rechazó una solicitud de sobreseimiento definitivo y parcial, uno de cuyos fundamentos era el excesivo plazo —superior al de la eventual pena— durante el cual se había mantenido dicha medida.

A nuestro juicio, la cuestión de fondo que corresponde abordar aquí es analizar si en aquellos casos como en el señalado, en que los sujetos que han sido acusados y por tanto enfrentan la posibilidad de ser condenados han permanecido afectos a medidas cautelares personales cuyo plazo de duración corresponde ser abonado y supera al de la pena que le pueda ser impuesta, conforme lo dispone el artículo 348 inciso segundo CPP; pueden estimarse cumplidos los denominados *finés* que se atribuyen a la pena y, en esa medida, considerar que se ha extinguido la responsabilidad penal del sujeto, en la línea de lo que fue señalado en el considerando décimo del voto de minoría del fallo que aquí se ha analizado, esto es, “[...]que [...] es razonable considerar que el amparado ha sido privado de libertad total y parcialmente por más de cinco años, y espera una decisión sobre su inocencia o eventual responsabilidad sufriendo hasta hoy tal injerencia en su derecho fundamental a la libertad personal, lo que significa en la práctica una condena anticipada, desde que la sentencia que imponga una posible condena, según el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, debe considerar dicho tiempo como abono para el cómputo de la pena de privación de libertad”.

Como punto de partida de dicha reflexión pareciera necesario, en primer lugar, recordar qué es lo que debe entenderse por responsabilidad penal, siendo importante señalar al respecto que para muchos autores aquella se identifica con la culpabilidad, esto es, con la posibilidad de reprochar una conducta

típica y antijurídica a un sujeto¹³ de ser punible por un injusto típico¹⁴ sin perjuicio de que otros autores consideren que la responsabilidad penal no es mera reprochabilidad, sino que supone la existencia de una situación jurídica en que concurren todos los supuestos necesarios¹⁵ para que pueda cumplirse con la obligación que el sujeto tiene de someterse a las consecuencias jurídico-penales que la ley prevé para su acto¹⁶ y que los órganos del Estado reciben la orden de imponerle¹⁷.

Considerando lo anterior y observando la regulación de las causales de extinción de la responsabilidad penal que efectúa el legislador en el artículo 93 CP, esto es, de circunstancias cuya concurrencia pone fin al deber de responder penalmente que había existido hasta antes de que sobrevinieran¹⁸, ya sea extinguiendo la acción penal (*el delito*) o la pena¹⁹; se advierte, tal como lo ha señalado la doctrina, que son diversas las razones en que aquellas se apoyan o fundamentan, afirmándose así que entre ellas se encuentran, por ejemplo, la necesidad de paz social y consolidación de las situaciones de hecho una vez transcurrido cierto tiempo, en el caso de *la prescripción*; la existencia de razones políticas o sociales por las cuales el Estado renuncia a su pretensión punitiva, como ocurre con *el indulto* y *la amnistía*²⁰; y, el principio de legalidad (*nulla poena*), en el caso del *cumplimiento de la pena*, sin perjuicio de que respecto a esta última causal, pueda además apreciarse la existencia de una razón social que fundamentaría en esos casos la responsabilidad penal, si se entiende, como así lo hace la doctrina, que el cumplimiento de la pena representa la manera que tiene el sentenciado de pagar su deuda con la sociedad²¹.

¹³ CURY, Enrique, *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2005), p. 784, citando a CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

¹⁴ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 369.

¹⁵ CURY, ob. cit.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), p. 270.

¹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 9.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial B de F (2007), p. 694.

¹⁹ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1960), p. 435.

²⁰ ETCHEBERRY, tomo II, ob. cit., p. 245.

²¹ GARRIDO, ob. cit., p. 376.

Luego, y teniendo presente que nuestros autores también han señalado que la enumeración del artículo 93 CP es meramente enunciativa, de modo que las causales de extinción no se agotarían con las siete que describe dicho artículo, reconociendo la existencia de otras causales en la normativa penal –tanto del Código como de leyes especiales²² que atenderían a los mismos fundamentos; resulta a nuestro entender legítimo preguntarse si, en el caso planteado²³, en el que un acusado ha estado sujeto a una medida cautelar personal por un plazo que, de ser abonado a la pena máxima que pudiera serle aplicada la superaría, no cabría entonces entender que en dicho caso concurriría una razón, similar a las expuestas, que ameritaría considerar extinguida la responsabilidad penal del sujeto.

Nos referimos aquí al eventual cumplimiento de los *finés* de la *pena* que en una situación como la planteada podría sostenerse a partir de la consolidación de una situación de hecho (transcurso del tiempo) frente a la cual el Estado renunciaría a su pretensión punitiva (falta de necesidad de la pena) por considerar que el sujeto ya ha pagado su deuda con la sociedad (*nulla poena*).

En efecto, adhiriendo en este punto a concepciones unitarias que reconocen a la pena no solo finalidades retributivas, al concebirla como un mal que se irroga al autor de un hecho injusto que puede serle reprochado²⁴, como medida de su culpabilidad²⁵, que sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma²⁶; sino que, también, fines de prevención general, conforme a los cuales la pena sirve para evitar la comisión de nuevos delitos mediante la intimidación que la amenaza de su ejecución genera en los autores potenciales²⁷ –prevención

²² GARRIDO, ob. cit., p. 374.

²³ Nos parece importante aclarar aquí que la argumentación planteada por la defensa del Sr. Contesse ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago y en su recurso de amparo ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, se circunscribió a la imputación que se le efectuó por la Fiscalía y el Servicio de Impuestos Internos como autor de delitos tributarios, para poder así argumentar que el plazo durante el cual su libertad se encontraba restringida superaba ya la pena que podría serle impuesta por esos delitos, sin perjuicio de que la situación procesal del Sr. Contesse incluye además la imputación como autor de delitos de soborno.

²⁴ CURY, ob. cit., p. 65

²⁵ CURY, ob. cit., p. 67

²⁶ GUZMÁN, José Luis, “Sentido de la pena y reparación”, en Revista *Política Criminal*, vol. 12, N° 24 (2017), pp. 1044-1065, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A10.pdf, citando a JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 141.

²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Editorial Marcial Pons (1997), p. 26.

general negativa— y la afirmación que esa misma ejecución, produce en la vigencia de la norma²⁸ —prevención general positiva—, se estima que en la situación en la que un sujeto ha visto restringida (lesionada) su libertad personal a través de una medida cautelar intensa como el arresto domiciliario por el mismo o superior plazo de duración de la pena máxima que le podría ser impuesta por la comisión del delito cuyo juzgamiento fundamentó la imposición de tal medida, podrían considerarse cumplidos los fines de esa pena²⁹.

Estimamos que ello es posible teniendo presente que, en dicho caso, la afectación del bien jurídico libertad personal que se impuso al sujeto ha tenido como fundamento, entre otras consideraciones, el castigo que le corresponde por el hecho antijurídico perpetrado (consideraciones materiales en relación con el peligro para la sociedad a los que se aluden en los incisos 3° y 4° del artículo 140 CPP), esto es, la medida del reproche que puede realizársele por dicha conducta (fin retributivo) y, además, que dado el tiempo que ha durado esa afectación, esto es, el mismo o mayor plazo que el de la pena que puede imponérsele por el delito, la mantención de esa medida ha producido ya los efectos disuasivos y de afirmación de vigencia de la ley (preventivos) buscados con su imposición.

Si lo anterior tuviera sentido, y en la situación descrita correspondiera, además de ser juzgado y condenado el sujeto, aplicar la norma del inciso segundo del artículo 348 del CPP conforme la cual, como se dijo, corresponde abonar a la pena el tiempo durante el cual el sujeto ha estado privado o ha visto restringida su libertad, en términos que realizado dicho abono corresponda dar por cumplida la pena; entonces no resultaría impensable adelantar esa prognosis, cuyo único escenario alternativo sería la absolución del sujeto, para dar por cumplida en tiempo y fines esa pena y considerar que *ha sobrevenido un hecho que ha puesto fin* a la responsabilidad penal del sujeto, estimando concurrente, por analogía³⁰, la causal de sobreseimiento contemplada en el artículo 250 letra e) CP.

²⁸ JAKOBS, ob. cit.

²⁹ Nos parece que en este razonamiento pueden sin problema excluirse consideraciones preventivas especiales, en la medida que se advierte que nuestro ordenamiento jurídico no ha tenido problema en renunciar a esos fines de resocialización, desde que establece como un derecho de los condenados, bajo ciertos requisitos, sustituir el cumplimiento efectivo de sus penas privativas de libertad por una medida (pena) de basta aplicación como resulta ser en la práctica la remisión condicional que contempla el artículo 4° de la Ley N° 18.216.

³⁰ Se ha señalado que la analogía favorable *in bonam partem* es un mecanismo excepcional de integración del derecho penal que presupone la existencia de una laguna axiológica, considerándose que incluso sería un medio para crear supralegalmente causas de justificación, causas

Finalmente, frente a la pregunta de si a partir de dicho razonamiento, podría considerarse vulnerada una garantía constitucional en caso de ser rechazada una solicitud de sobreseimiento definitivo fundada en tales argumentos, nos parece que ello puede perfectamente sostenerse desde la perspectiva planteada en el caso que aquí se ha analizado, esto es, denunciando vía recurso de amparo la afectación de la garantía constitucional de la libertad personal y seguridad individual³¹ que, como consecuencia del rechazo del sobreseimiento, habría supuesto para el sujeto la mantención de la medida cautelar.

Se considera, finalmente, que sin perjuicio de la visión doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria y tradicional³², pudiera también evaluarse en un caso como el planteado –recurriendo a cierta doctrina que admite en casos

de exculpación y atenuantes, mientras que no para crear excusas absolutorias. Igualmente, el juez puede crear derecho solamente a partir de la analogía *legis* o la analogía *institutionis*, sin resultar posible acudir a la analogía *iuris*. MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamentos y Límites de la Analogía In Bonam Partem en el Derecho Penal*, Tesis Doctoral dirigida por Prof. Dr. h.c. Jesús-María Silva Sánchez. Barcelona, 2008, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=140784>. Como jurisprudencia nacional que ha aplicado sin problemas este principio, puede nombrarse: SCA Arica, 21.09.2018, rol N° 379/2018; SCA Temuco, 26.01.2017, rol N° 133672016; SCA Concepción, 14.08.2017, rol N° 657/2017; SCA Concepción, 26.10.2017, rol N° 837/2017, entre otras.

³¹ La doctrina constitucional ha comentado a este respecto que la acción constitucional de amparo, según jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema, “en cuanto persigue vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes en lo concerniente a la privación o amenaza de atentados contra la libertad personal y la seguridad individual, es también un instrumento eficaz para el control de las resoluciones que emitan los tribunales de justicia que pongan en riesgo dichas garantías”, señalando que “[s]urge, entonces, la presente acción constitucional como el remedio adecuado y oportuno para poner fin a los actos y decisiones que afecten o amenacen tales derechos, cuando en dichos dictámenes aparezca de manifiesto y sea ostensible que los antecedentes que le sirven de fundamento no se corresponden con el ordenamiento jurídico vigente” y que, “[c]onfirma este aserto, lo dispuesto en el Párrafo 4° del Título IV del Libro I del Estatuto Procesal Penal, que al regular el amparo ante el juez de garantía dispone que: ‘si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República’. De modo tal que la presente vía constitucional siempre resulta procedente, cuando se afecta la libertad personal con infracción a lo establecido en la Constitución y las leyes”. VERDUGO, Mario, “Artículo de opinión, de 13 de junio de 2021”, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-recurso-de-amparo-via-idonea-para-impugnar-resoluciones-dictadas-por-una-sala-de-una-corte-de-apelaciones/>.

³² MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián, *Los recursos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 417.

graves su procedencia en contra de resoluciones judiciales³³ y a determinada jurisprudencia que lo ha considerado posible³⁴— recurrir de protección, entendiéndose que habiéndose vulnerado en esta situación el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se ha violado la garantía constitucional del debido proceso³⁵.

I. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Recurso de amparo. Rechazo solicitud de sobreseimiento definitivo y parcial de proceso. I. Medida cautelar de arresto domiciliario parcial nocturno adoptada por el juez competente, en uso de las facultades y conforme a la ley. Solicitud de sobreseimiento definitivo parcial de la causa excede el ámbito del recurso de amparo. II. Finalidad de la acción de amparo. Incumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de amparo

HECHOS

Defensor Penal interpone recurso de amparo en favor de imputado y en contra de resoluciones de Juez de Garantía, mediante las cuales rechaza la solicitud de sobreseimiento definitivo y parcial del proceso. La Corte de Apelaciones rechaza, con voto de disidencia, la acción constitucional deducida.

³³ RIED, Ignacio, “El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Núm. 1, (2015), pp. 271-32, considera que no existe argumento de texto, como tampoco en la historia de la Constitución de 1980, que permita sustentar *a priori* que el recurso de protección no es una vía idónea para impugnar una sentencia judicial, por lo que estima que no es posible privar al recurso de protección de su dimensión plenamente recursiva e impugnatoria de sentencias judiciales, esto es, como un recurso procesal más. Invoca en el mismo sentido opiniones de ORTÚZAR, Waldo, “El recurso de protección y las resoluciones judiciales”, en *Revista Colegio de Abogados de Chile* (1994), p. 6, y SOTO, Eduardo, *El Recurso de Protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1982), pp. 252-253

³⁴ MACHADO, Priscilla, “El recurso de protección como recurso extraordinario: la sentencia de la Corte Suprema rol N° 21027-2019 y el futuro de la acción constitucional de protección”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, N° 2-2020 (2020), pp. 309-333.

³⁵ NAVARRO, Enrique, “35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2 (2012), pp. 617-642, citando jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *1981-2020, de 21 de octubre de 2020*

PARTES: *Patricio Contesse González con Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago*

MINISTROS: *Sr. Juan Manuel Muñoz Pardo, Sr. Jorge Luis Zepeda Arancibia y Sr. Fernando Ignacio Carreño Ortega*

DOCTRINA

- I. *Del mérito de los antecedentes allegados, no permite a la mayoría de la Corte adquirir convicción acerca de la existencia de algún hecho ilegal o arbitrario que constituya privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado, toda vez que la medida cautelar de arresto domiciliario parcial nocturno fue adoptado por el juez competente, en uso de las facultades y conforme a la ley. Si bien el procedimiento criminal ha tardado bastante en su tramitación, producto de su gran complejidad y la especial situación provocada por el COVID-19, lo cierto es que el recurrente siempre tiene el derecho de solicitar la revisión de las medidas cautelares decretadas, sin perjuicio del deber de la judicatura de revisar su procedencia cada seis meses, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 155 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 145 del mismo cuerpo normativo. Además, en relación con la petición de sobreseimiento definitivo parcial de la presente causa, es indudable que dicha petición excede con creces el marco conceptual de la presente acción cautelar, ya que torna al amparo impetrado como un verdadero recurso de apelación, con la posibilidad de ser revisado por la Excm. Corte Suprema, transformando al Máximo Tribunal en una verdadera tercera instancia, cuestión proscrita por nuestro ordenamiento jurídico (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*
- II. *La acción de amparo busca proteger la libertad personal en dos aspectos, siendo éstos, la libertad personal, esto es, de permanecer o residir en cualquier punto del territorio nacional, o para trasladarse, salir y regresar; y la seguridad individual, es decir, el derecho que tiene una persona a no ser privada de libertad sino en los casos y formas que establece la ley. Ninguno de estas hipótesis concurren en la especie, desde que lo pretendido por el actor es dejar sin efecto un complejo procedimiento penal seguido en contra*

del amparado, por la vía de un sobreseimiento definitivo dictado en una acción eminentemente cautelar y no declarativa de derechos, fundado en alegaciones que son propias y van implícitas en el juicio contradictorio. En consecuencia, procede desestimar la acción constitucional deducida (considerandos 8° y 9° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/187898/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 19 N° 7, 21 de la Constitución Política de la República; 250 del Código Procesal Penal.*