

DOS FORMAS DISCUTIBLES DE PONER EN DUDA EL CARÁCTER  
COGNOSCITIVO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO  
PENAL: EL PRINCIPIO DEL CONSENSO Y LA GARANTÍA DE LA  
NO AGRAVACIÓN PUNITIVA\*

[“Two Arguable Ways to Question the Cognitive Character of the Legal  
Implementation of Criminal Law: the Principle of Consensus and the  
Guarantee of Punitive Non-Aggravation”]

CARLOS DEL RÍO FERRETTI\*\*  
Universidad Católica del Norte, Chile

RESUMEN

El estudio se centra en el análisis de la función judicial de aplicación del Derecho penal puesto en relación con el surgimiento de realidades normativas que ponen en duda el modo dominante de entender aquella en nuestra tradición jurídica, esto es, como función de aplicación de la norma penal basada en una actividad de naturaleza cognoscitiva orientada al correcto establecimiento de los hechos para la justa resolución de los asuntos que se someten a enjuiciamiento. Analizamos desde esta perspectiva algunos aspectos críticos del denominado principio del consenso y el (posible) surgimiento de la garantía de la no agravación punitiva, con los propósitos

ABSTRACT

This work focuses on the analysis of the legal function of criminal Law application in relation to the emergence of regulatory realities that challenge the predominant manner of how we understand our legal tradition, that is, as a function of applying criminal norms based on a cognitive natured activity aimed at correctly establishing facts, so as to fairly decide upon issues subject to prosecution. From this perspective, we will analyze some critical aspects of the so-called principle of consensus and the (likely) emergence of guarantee of punitive non-aggravation, with the purpose of describing arguable situations or practices from the aforementioned

---

\* Este estudio es resultado del Proyecto FONDECYT N° 11075090, concedido al autor, cuyo título es “El principio del consenso en los procesos penales especiales y la eficacia de determinadas garantías jurisdiccionales”.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y profesor de Derecho procesal de la Universidad Católica del Norte. Dirección postal: Larrondo 1281, Campus Guayacán, Universidad Católica del Norte, Coquimbo. Correo electrónico: cdrio@ucn.cl

de individualizar situaciones o prácticas discutibles desde el enfoque anotado, así como de encontrar modos de articulación de las realidades normativas que emergen en el proceso penal con la naturaleza o esencia de la jurisdicción penal.

PALABRAS CLAVE: Aplicación judicial del Derecho – *Contra legem* – *Judge-made law* – Principio del consenso – Competencia móvil – Incompetencia – Garantía de no agravación punitiva – Pena accesoria – Defensa – Indefensión.

scope, as well as to find ways to articulate regulatory realities that emerge from the criminal procedure with the nature or the essence of legal jurisdiction.

KEYWORDS: Legal implementation of Law – *Contra legem* – *Judge-made law* – Principle of consensus – Mobile Jurisdiction – Lack of jurisdiction – Guarantee of punitive non-aggravation – Accessory penalty – Defense – Condition of being defenseless.

## I. EL PRINCIPIO DEL CONSENSO Y LA GARANTÍA DE LA NO AGRAVACIÓN PUNITIVA COMO PROBLEMAS PARA LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PENAL\*\*\*

El Derecho procesal penal tiene que regular el poder del juzgador para la resolución del asunto conforme a Derecho y la capacidad para limitar ese poder que se le va a reconocer a las partes o que va a derivarse *ex lege* de actuaciones de éstas (actos de pretensión, por ejemplo). Detrás de las dos cuestiones indicadas subyace el mismo problema: cómo y en qué medida la jurisdicción penal es o se resuelve en la aplicación judicial del Derecho penal, en toda la extensión que importa la afirmación. Tradicionalmente dicho problema fue resuelto en términos absolutos con dos conjuntos de reglas (y principios) ampliamente reconocidos: de una parte las reglas-principios de la aplicación judicial del Derecho *secundum legem* (penal) y de *iura novit curia*, y de otra, con la regla-principio del deber de correlación. En ellas se establecía el régimen procesal del poder de resolución conforme a Derecho del juzgador y al mismo tiempo el límite a ese poder derivado de los actos de las partes (especialmente del objeto procesal introducido por la acusación). Lo anterior se resolvía, en primer lugar, en que desde el punto de vista jurídico-penal el juez se hallaba sometido a la norma penal

---

\*\*\* ABREVIATURAS: BDA = Base de Datos Aranzadi; CPol.Ch. = *Constitución Política de Chile*; CPPCh. = *Código Procesal Penal de Chile*; L. Enjuic. Crim. = *Ley de Enjuiciamiento Criminal* española; m = marca; RJ: Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi); sent. TS (Esp.) = sentencia del Tribunal Supremo (de España).

únicamente y no a la pretensión procesal penal, pero, en segundo lugar, significada también que desde el punto de vista fáctico el objeto del proceso integrado por el hecho imputado no podía ser sustancialmente alterado por el juzgador en la sentencia. En otras palabras, el juez había de aplicar el Derecho penal con independencia de la petición de las partes, especialmente del acusador, pero debía aplicarlo al caso, al hecho, que se le sometía y no a otro sustancialmente distinto. Tal enfoque discurría y discurre sobre la base de asumir una concepción cognoscitivista de jurisdicción, aunque no siempre se tenga clara conciencia de ello.

Sin embargo, se ha ido gestando –paulatina e inadvertidamente– el fenómeno de la progresiva matización de esas reglas con otras que han venido a introducir modificaciones o alteraciones parciales a aquellas y que ponen en entredicho el diseño tal vez más delicado de la jurisdicción penal, como es aquel en que ha de establecerse quién tiene el poder de juzgar, cómo tiene que juzgar desde el punto de vista material y qué límites fácticos y jurídicos se le imponen.

El problema que se aborda aquí nos parece interesante desde los puntos de vista teórico y práctico porque nos pone ante una de las dificultades típicas de los sistemas procesales penales modernos, como es la racionalización normativa del desarrollo de creaciones procesales (principios, garantías o incluso nuevas formas procesales) con pleno discernimiento del ajuste o desajuste con la forma de función jurisdiccional consagrada en un ordenamiento dado. En efecto, si se asume una concepción cognoscitivista de jurisdicción (y de proceso), se observará, no obstante, que ella puede ser puesta en duda de manera más o menos clara por ciertas líneas de desarrollo del Derecho procesal que introducen formas de aplicación judicial del Derecho que en principio distan de las ordinariamente concebidas en el proceso penal (como las basadas en el principio del consenso) o que como mínimo inciden o influyen en ella (garantía de no agravación punitiva).

Situaremos nuestro análisis en las concretas dificultades que representan para la jurisdicción penal el principio del consenso y la denominada garantía de no agravación punitiva; en la colisión que se produce entre estos (principio y garantía) y la forma estricta de la jurisdicción como función aplicativa de naturaleza cognoscitiva. Cabe apuntar que podría pensarse que el principio del consenso aplicado a determinados procesos –que son especialísimos por este motivo– no guarda relación con lo que denominamos garantía de no agravación punitiva, que suele operar por el contrario en procedimientos ordinarios. Ciertamente son realidades normativas distintas y tienen diversos ámbitos de concreción procedimental y regulatorio, no obstante ambas se traducen en regulaciones particulares (y parciales) del poder de resolución del asunto conforme a Derecho del juzgador y de la capacidad para limitar

ese poder que se le va a reconocer a las partes o que va a derivarse *ex lege* de actuaciones de las partes (actos de pretensión, por ejemplo). El estudio se articulará sobre este factor común, el cual justamente explica el tratamiento conjunto.

Corresponde señalar aquí que de estas dos formas procesales que se oponen a la tradicional manera de entender la aplicación del Derecho penal, una efectivamente viene manifestándose ampliamente en nuestro medio jurídico, como es el consenso. En cambio la garantía de la no agravación punitiva no ha encontrado todavía desarrollo teórico y práctico en el Ordenamiento chileno, sino de una manera incipiente en algunos casos en los cuales parece estar latente la posición de garantía indicada<sup>1</sup>, no obstante ello, nos parece sumamente sugerente –por las importantes implicaciones que se pueden derivar de ella– analizar sus principales líneas argumentales.

### 1. *La concepción cognoscitivista de jurisdicción.*

La finalidad del proceso o su función institucional es la aplicación del derecho al caso concreto, para lo cual habrá necesidad desde luego de verificar (enjuiciar o establecer) correctamente los hechos jurídicamente relevantes y desde allí formular un juicio jurídico acertado del que se desprenderán las consecuencias jurídicas correspondientes. Son fundamentales entonces la correcta aplicación de la norma y el acertado establecimiento de hechos. No basta a nuestro juicio con poner el acento de forma casi exclusiva en que el proceso sea un instrumento para que la jurisdicción haga aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, sin advertir en ello lo importante que es apuntar un presupuesto fundamental, cual es que dicha función no es posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate, circunstancia que en último término acaba constituyéndose en una condición necesaria para la función de aplicación, como

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral (en lo penal) de Rancagua, de 20 de marzo de 2006, rol interno N° 13-2006, referida a un caso donde el Ministerio Público alega una atenuante a favor del acusado; sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 9 de mayo de 2008, rol N° 75-2008, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 23 de septiembre de 2008, rol N° 170-2008, las cuales se refieren a la imposición de penas no pedidas, las que sin muchos argumentos parecen rechazar una interpretación como la que supone la garantía de la no agravación punitiva. Más adelante se volverá sobre estas situaciones jurisprudenciales.

recalcan por ejemplo Wróblewski<sup>2</sup>, Ferrajoli<sup>3</sup>, Taruffo<sup>4</sup>, Schünemann<sup>5</sup> y Gössel<sup>6</sup>, entre otros tantos.

Sólo con lo anterior se puede comprender aquello de que el proceso no es puramente un medio de resolución de conflictos o de solución de controversia o un medio de resolución de asuntos judiciales, sino que, sin descartar este aspecto, se ha de caracterizar por ser un medio para producir la decisión justa del asunto enjuiciado, entendida ésta a lo menos como una decisión que suponga la correcta aplicación del Derecho<sup>7</sup>. Lo anterior

<sup>2</sup> Véase: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Problem of the So-Called Judicial Truth*, ahora en AARNIO, Ailius (editor), *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Helsinki, Juridica, 1979), pp. 166-188; y EL MISMO, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht, Netherlands, Kluwer, 1992), p. 131.

<sup>3</sup> Véase FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho como sistema de garantías*, en *Derecho y garantías. La ley del más débil* (4ª edición, traducción castellana de Andrés Ibáñez, Perfecto y Grepipi, Andrea, Madrid, Trotta, 2004) p. 27; y EL MISMO, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción castellana de Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995), pp. 33-45 y 92-93; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I: Teoria del Diritto (Roma-Bari, Laterza, 2007), *passim*, y especialmente pp. 333 ss., 695 ss., y 879-885; y *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*, II: Teoria della democrazia (Roma-Bari, Laterza, 2007), pp. 71 ss., 90 ss., 212 ss.

<sup>4</sup> Véase: TARUFFO, Michele, *Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (traducción castellana de Monroy Palacios y otros, Palestra, 2005) pp. 167 ss.; EL MISMO, *La prueba de los hechos* (traducción castellana de Ferrer Beltrán, Jordi, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005), p. 86; *La prueba* (traducción castellana de Manríquez, Laura y Ferrer Beltrán, Jordi, Madrid y otras, Marcial Pons, 2008) *passim* y especialmente pp. 22 ss., pp. 109 ss., 131 ss., 159 ss., 172 ss., 184 ss., 217 ss., 221 ss., 229 ss., 234 ss.; *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en *Consideraciones sobre la prueba judicial* (traducción castellana de Andrés Ibáñez, Perfecto, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 17-46.

<sup>5</sup> Véase: SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal?: ¿Marcha triunfal del procedimiento americano en el mundo?*, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (traducción de Bacigalupo, Silvina y Baza, Lourdes, Madrid, Tecnos, 2002), pp. 290 ss.

<sup>6</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal* (traducción al español de Polaino Navarrete, Miguel, Lima, Grijley, 2004), pp. 169-190. Véase entre otros muchos: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Madrid y otras, Marcial Pons, 2007), pp. 29-32; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 1999), *passim* y especialmente pp. 64 ss.; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008), 1, pp. 157-182; EL MISMO, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia, 2009), pp. 82 ss. y 114 ss.

<sup>7</sup> Véase: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Problem*, cit. (n. 2), pp. 166-188; FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, cit. (n. 3), p. 27; y del mismo *Derecho y razón*, cit.

aparece evidente si se admite el carácter cognitivo de la jurisdicción y si se descartan posiciones de escepticismo propias del realismo jurídico que desprecian o niegan eficacia normativa a la norma, con su consecuente escepticismo procesalístico basado en la renuncia o negación *ab initio* del carácter cognitivo de la jurisdicción<sup>8</sup>.

En efecto, la jurisdicción posee en un sistema procesal de garantía una función cognitivo-declarativa que se resuelve en que ésta no se colma con cualquiera decisión jurisdiccional<sup>9</sup>, sino que ella impone que deba configurarse como una función a través de la cual se declara que unos hechos que fundan la pretensión procesal han sido probados o no (afirmaciones confirmadas o refutadas), y sobre cuya base se realiza el juicio jurídico con pleno sometimiento a la estricta legalidad, verificando si concurren o no los elementos fácticos taxativamente consignados que colman la norma penal.

Por ello, a partir de este enfoque –en la versión de Ferrajoli, por ejemplo– se ha formulado una teoría de la garantía jurisdiccional como función esencialmente sometida a la ley, de naturaleza cognitiva, la cual, por lo tanto, se basa en argumentos cognitivos respecto de los hechos y reconocitivos acerca del Derecho, y sobre los cuales se funda la declaración jurisdiccional. Por un lado, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción equivale a configurarla como aplicación sustancial o como afirmación de la ley, y por otro, también equivale a garantizar aquél específico derecho fundamental tutelado por la jurisdicción que es la inmunidad de las personas de las decisiones arbitrarias. Esta es la concepción esencial de la garantía secundaria en la teoría axiomática del Derecho, en donde estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad

---

(n. 3), pp. 33-45 y 92-93; *Principia iuris*, cit. (n. 3), I, especialmente pp. 333 ss., 695 ss. y 879-885; y *Principia iuris*, cit. (n. 3), II, pp. 71 ss., 90 ss., 212 ss.; TARUFFO, Michele, *Vértice ambiguo*, cit. (n. 4), pp. 167 ss.; *La prueba de los hechos*, cit. (n. 4), p. 86; *La prueba*, cit. (n. 4), *passim* y especialmente pp. 22 ss., pp. 109 ss., 131 ss., 159 ss., 172 ss., 184 ss., 217 ss., 221 ss., 229 ss., 234 ss.; *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit. (n. 4), pp. 17-46; SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal?*, cit. (n. 7), pp. 290 ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional*, cit. (n. 6), pp. 29-32; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit. (n. 6), *passim* y especialmente pp. 64 ss.; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso*, cit. (n. 6), pp. 157-182, y también del mismo *Proceso penal*, cit. (n. 6), pp. 82 ss. y 114 y ss.; COLOMA CORREA, Rodrigo - PINO YANCOVIC, Mauricio - MONTECINOS SANHUEZA, Carmen, *Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2 (2009) 2, pp. 303-344.

<sup>8</sup> *Ibid.*, cit. *supra*.

<sup>9</sup> Sobre este punto nos hemos pronunciado anteriormente, adhiriendo a la posición cognoscitivista de la jurisdicción (estricta jurisdiccionalidad). Véase: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal*, cit. (n. 6), pp. 126-129.

se encuentran indisolublemente unidas<sup>10</sup>. También Wróblewski<sup>11</sup> y Ferrer Beltrán<sup>12</sup> han puesto de relieve a la función jurisdiccional como aplicación de la ley, haciendo a la par hincapié en que ésta depende en una parte importante de la exacta declaración de los hechos. Desde ese punto de vista entonces se observará que ciertas formas de consenso (y sobre todo en sus expresiones más toscas sobre el mérito<sup>13</sup>) y la no agravación punitiva vienen a manifestarse en una oposición más o menos clara.

Con todo, la oposición indicada no es absoluta sino relativa, debido a que –incluso en la concepción cognoscitivista– se admite que el conocimiento judicial se produce en un contexto institucionalizado como es el proceso<sup>14</sup>. Es así que en la normativización del conocimiento judicial a raíz del contexto institucional que importa el proceso asisten junto a las reglas que garantizan la maximización de la búsqueda de la verdad, denominadas garantías epis-

---

<sup>10</sup> DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal*, cit. (n. 8), p. 128.

<sup>11</sup> Véase: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Facts in Law*, ahora en AARNIO, Aulius (Editor), en *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Helsinki, Juridica, 1979), pp. 113 ss.; y EL MISMO *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), *passim*.

<sup>12</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional*, cit. (n. 7), pp. 29-30, ha dicho prácticamente lo mismo cuando expresaba que “Se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i.e.: pagar impuestos, no robar, etc). Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos –jueces y tribunales– cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Siendo así, resulta claro que, *prima facie*, son las descripciones de aquellos hechos los que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas”. También DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del derecho español con el chileno* (Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2007), pp. 45-57; y EL MISMO, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), pp. 49-60.

<sup>13</sup> Nos expresamos de esta manera porque estamos aludiendo a la –en nuestra opinión– insatisfactoria realidad aplicativa del principio del consenso en nuestro medio, especialmente por la incorrecta adopción de formas transaccionales inadmisibles desde el punto de vista constitucional y legal.

<sup>14</sup> Circunstancia que marca una diferencia relevante con el conocimiento que se produce en otras áreas de investigación o descubrimiento que no tienen fines prácticos inmediatos. Este punto ha sido puesto de relieve entre nosotros en el interesante estudio de COLOMA CORREA, Rodrigo - PINO YANCOVIC, Mauricio - MONTECINOS SANHUEZA, Carmen, *Fundamentación de sentencias judiciales*, cit. (n. 7), pp. 303-344.

temológicas por Gascón Abellán<sup>15</sup> —y de manera parecida Ferrer Beltrán<sup>16</sup>, Taruffo<sup>17</sup>, Twining<sup>18</sup>, Wróblewski<sup>19</sup>—, un conjunto de otras reglas orientadas a tutelar otros bienes, derechos, intereses o fines prácticos concurrentes, dando lugar a reglas no epistemológicas o contra-epistemológicas, que no favorecen o incluso entorpecen o limitan en algunos casos la averiguación de la verdad: así las reglas de exclusión probatoria, la limitación temporal del proceso, la regla de eficacia de cosa juzgada son ejemplos claros de lo indicado. Es dentro de éstas donde podrían encontrar encaje normativo el principio del consenso o la garantía de la no agravación punitiva, a condición de hacer una cuidadosa ponderación y regulación que efectivamente logre preservar la esencia del carácter cognoscitivo de la jurisdicción. De tal modo se podría dar cabida a formas de consenso razonables, tasadas y controladas que en esas condiciones podrían aportar beneficios al sistema procesal en su globalidad sin comprometer la esencia de la jurisdicción, o admitir la consagración eficaz de la garantía de no agravación, haciendo debida ponderación del límite que significa para la ordinaria correcta aplicación del Derecho, estableciendo a su vez un ámbito preciso de actuación bien delimitado y un mecanismo que evite la lesión a la función de aplicación correcta de la ley por la jurisdicción.

El punto más crítico del fenómeno es justamente el riesgo de que las dos formas procesales indicadas se desarrollen y operen al margen de cualquier cauce de legalidad o sin respaldo normativo, en amplios ámbitos de imprevisión legislativa o de lagunosa reglamentación, propiciatorios de realidades aplicativas inadecuadas<sup>20</sup> o, como incluso se puede vislumbrar, *contra legem*<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho*, cit. (n. 6), pp. 120-123.

<sup>16</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional*, cit. (n. 6), pp. 35 ss.

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit. (n. 4), pp. 357 ss.

<sup>18</sup> TWINING, William, *What is the Law Evidence?* en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (2<sup>a</sup> edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2006), pp. 192-236.

<sup>19</sup> Véase: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Problem*, cit. (n. 2), pp. 166-188.

<sup>20</sup> El principio del consenso o la garantía de la no agravación punitiva pueden implicar un abandono de la aplicación correcta del Derecho, cosa que no acontece con ningún ejemplo de regla contra-epistemológica, al menos de manera completamente regulada. En efecto, las reglas no epistemológicas o contra epistemológicas importan entorpecimiento o limitación, pero no negación o abandono de la misma función jurisdiccional. La limitación temporal de un proceso, la prohibición de aprovechamiento de una fuente de prueba, la eficacia de cosa juzgada no implican la renuncia *ab initio* a la adopción de una decisión judicial correcta, sino siempre un embarazo relativo de la función primordial impuesto en aras de la tutela de otros valores e intereses.

<sup>21</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), pp. 242-244, quien con gran agudeza pone de relieve que la aplicación del Derecho puede pasar por

2. *El rechazo a posiciones que ven en el proceso simplemente un medio de resolución de litigios basado en el juego de un conjunto de reglas formales.*

Como consecuencia natural de lo dicho estimamos equivocadas las posiciones que reducen a la función jurisdiccional y al proceso a una pura dimensión denominada “procedural justice”, que tienden a una visión procedimental de la justicia o del proceso, el cual estaría destinado a conseguir unas formas rituales equitativas, como procedimiento respetuoso de determinadas reglas formales. En ello radicaría para esta posición la legitimidad del proceso, y la justicia de la decisión estribaría en ser el resultado –con independencia de su calidad y acierto– de un proceso que guarda las formas equitativas que aseguran y propician un enfrentamiento con oportunidades y facultades equivalentes para las partes, ante un juez pasivo que se limita a decidir en definitiva. Esta visión del proceso y de la decisión final prescinde de cualquier criterio material o sustancial de justicia de la decisión<sup>22</sup>, pues su única preocupación es el proceso como solución pacífica de controversia<sup>23</sup>. Por lo expresado no pueden compartirse este tipo de enfoques, en el cual un sistema con juez genuinamente imparcial –que se suele asimilar a juez pasivo o neutral– importaría una concepción del proceso como instrumento destinado a la pura o preferente resolución de conflictos, circunstancia que supondría la posposición del establecimiento seguro y verdadero de los hechos y de la decisión justa como fines del mismo.

Frente a esta imagen del proceso y en último término de la jurisdicción es muchísimo más apropiado optar por una concepción del proceso como la que habíamos anticipado, coherente con un sistema con eficacia normativa

una correcta aplicación de la regla de decisión en el caso concreto, lo cual implica la interpretación de la norma legal. Con todo, el autor apunta que en esa labor el juzgador puede también acabar haciendo una interpretación de la norma legal inconsistente, que va más allá de ésta, y que califica de *praeter o contra legem*.

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit. (n. 4), pp. 174-175, dice: “Si se parte de una concepción en la que no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que los valores y las exigencias que se toman en consideración prescinden completamente de ella, puede obtenerse como conclusión que la determinación de la verdad de los hechos tiende a considerarse como una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o incluso como una eventualidad desagradable y contraproducente. ‘Un proceso dirigido a maximizar el objeto de la resolución de los conflictos no puede [...] aspirar al mismo tiempo a maximizar la corrección de la determinación de los hechos’ afirma uno de los mayores estudiosos de esos problemas.”

<sup>23</sup> DAMAŠKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (traducción castellana de MORALES VIDAL, Andrea, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), *passim*, y especialmente pp. 212-213; y EL MISMO, *Il diritto delle prove alla deriva* (traducción italiana de CUOMO ULLOA, Francesca y RIVA, Valentina, Bologna, Il Mulino, 2003), pp. 174-178. Véase críticamente: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, cit. (n. 12), pp. 78-83.

de primer grado, en donde la tutela jurisdiccional guarda correspondencia con la tutela material, ya que aquella no puede prescindir de ésta, sino bien al contrario, ha de reconocer el sometimiento a la segunda (aplicación del Derecho *secundum legem*). Desde allí es que se ha de sostener que la tutela jurisdiccional se someta a la tutela material y la aplique. Ferrajoli, por ejemplo, ha defendido una posición nítida y contundente en esta línea, pero también otros autores con posiciones más eclécticas coinciden sin duda en este punto como es el caso de Wróblewski<sup>24</sup>, quien ha respaldado ideas equivalentes en este plano bajo la denominada “ideología legal-racional” en la aplicación judicial del Derecho. Taruffo<sup>25</sup> es un defensor de esta posición, y por ello afirma: “la administración de justicia no se reduce a una contienda entre individuos privados, sino que debe orientarse al cumplimiento de “public values” y a la obtención de decisiones justas. En ese orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, y, por lo tanto, justas, es que esté orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa.”

La aplicación del Derecho penal al caso concreto ha de ser una aplicación correcta (o aspirar a ello), para lo cual el proceso debe contemplar todos los medios técnicos adecuados a la función, esto es, destinados a maximizar lo más posible el cometido funcional del proceso. Por ello nos parece sugerente lo defendido por Taruffo, cuando con agudeza sostiene que la orientación del proceso a la obtención de decisiones justas se convierte en una exigencia del debido proceso. Para el autor, y aquí seguramente haya una diferencia sustancial con las posiciones de Damaška<sup>26</sup> o Fletcher<sup>27</sup>, la orientación del

---

<sup>24</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), pp. 265-313.

<sup>25</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit. (n. 4), p. 177.

<sup>26</sup> DAMAŠKA, Mirjan, *Las caras de la justicia*, cit. (n. 24), *passim*, y especialmente pp. 154 ss.; 212-213; 233-234; 330-332 y 381-388; y EL MISMO, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit. (n. 24), pp. 174-178. Bien es verdad que el autor, sobre todo en la primera obra, expone dos formas generales de concebir la justicia: orientada a la resolución de conflictos (típica del *laissez faire*) o dirigida a la aplicación de políticas (típica del activismo del Estado de Bienestar). Con todo, estas concepciones se combinan con formas y estructuras de los órganos o autoridades judiciales existentes en cada sistema de justicia (formas de ejercicio del “poder judicial”), en las que se distinguirían el poder jerárquico y el paritario. Los modelos procesales concretos surgirían de la combinación de las dos orientaciones generales de los procesos con las dos formas de ejercicio de poder. Es decir, de las combinaciones de procesos como resolución de litigios o aplicación de políticas con las formas de poder jerárquicas o paritarias. En la exposición se realiza un amplio conjunto de matices y precisiones, sin embargo, detrás del discurso construido subyace una lógica de tensión excluyente donde cada variable procesal o forma de poder se mira como opuesta e inversamente proporcional a la otra, lo cual resulta discutible, especialmente por la elección de los modelos opuestos y sus configuraciones.

<sup>27</sup> FLETCHER, George, *Grammatica del diritto penale* (traducción al italiano de Papa,

proceso a decisiones justas no implica la tendencial exclusión de procesos con garantías procesales o formales. La diferencia con estos se nota en que no se sostiene una suerte de tensión o exclusión insalvable, en donde más medios para asegurar la justicia de la decisión importe menos garantías formales o, al revés, mientras más garantías menos capacidad del sistema para asegurar decisiones correctas, en la típica interpretación liberal extrema. Para Taruffo<sup>28</sup> la clave está en la necesidad no excluyente de ambas en la noción de “justo proceso”, al punto de que éste (el proceso) no se satisface con la pura dimensión “procedural justice” con renuncia a la decisión correcta. Por ese motivo se afirma la necesidad de que el proceso se encuentre orientado a la consecución de la misma, y que dicha sistemática orientación sea una consecuencia o exigencia del proceso justo o debido proceso. De esa manera se explica que la forma jurisdiccional de aplicación del Derecho y especialmente del Derecho penal<sup>29</sup> sea en sí misma una garantía. Es decir, se explica su condición de tal fundamentalmente porque asegura un grado de

---

Michele, Bologna, Il Mulino, 2004), pp. 323-335.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele, *¿Verdad negociada?*, ahora, en EL MISMO, *La prueba* (Madrid y otras, Marcial Pons, 2008), pp. 229-249.

<sup>29</sup> Véase: MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pp. 15-21; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cit. (n. 3), *passim*, y más precisamente, pp. 33-116 y 537-603, aunque a lo largo de toda la obra subyace la idea de que el garantismo penal descansa en la garantía jurisdiccional. Sin ella se diluyen las demás garantías procesales y sustanciales o de Derecho material. En la misma línea, DE CARO, Agostino, *Le linee politiche della legge n. 134 del 2003, principi fondamentali e nuovo ‘patteggiamento’*, en EL MISMO (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004), pp. 5 ss.; RUGGIERO, Andrea, *Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004), pp. 77 ss.; DE ROSA, Damiano, *La diferente tipologia delle sentenze ‘di patteggiamento e i nuovi effetti premiali connessi alle specifiche forme procedurali’*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004), pp. 87 ss.; CECANESE, Gianfederico, *Natura della sentenza che applica la pena e procedimento disciplinare*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004), pp. 146-147; CAPPA, Alessandra, *Profili problematici della revisione della sentenza ‘patteggiata’*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004), pp. 153-173; MARCOLINI, Stefano, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata* (Milano, Giuffrè, 2005), pp. 160-176 y 183-187. Cabe poner de relieve la crítica que se ha hecho en este sentido a sistemas de negociación penal como el estadounidense ILLUMINATI, Giulio, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, en Istituto della Enciclopedia Italiana, *Enciclopedia Giuridica* (Roma, 1988), I, p. 4, no duda en calificar al sistema de negociación penal estadounidense (que es la forma general de aplicación de la Ley penal en ese país) como un sistema de aplicación de la Ley penal de carácter burocrático-administrativo, el cual en definitiva toma el lugar del sistema jurisdiccional y acusatorio teóricamente consagrado.

legalidad y racionalidad en la decisión (adjudicación) que no es alcanzable por ninguna otra forma de aplicación del Derecho<sup>30</sup> o medio de resolución de conflictos<sup>31</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DEL CONSENSO EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL PROCESO PENAL CHILENO

### 1. *El problema esencial.*

Detendremos nuestro análisis en el principio del consenso que se aplica al proceso jurisdiccional en sentido estricto, vale decir, aquel que se produce dentro o en el proceso penal y que, por lo tanto, no implica “prescindir” del proceso para no ejercer o abandonar la acción penal y permitir una solución no jurisdiccional (no punitiva)<sup>32</sup>, sino que justamente supone la misma existencia del proceso jurisdiccional o todavía la solución del asunto penal a través de la aplicación del *ius puniendi*<sup>33</sup>. En otras palabras, aquel consenso

---

<sup>30</sup> Véase: FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris.*, cit. (n. 3), I, *passim*, y especialmente pp. 333 ss., 695 ss., y del volumen II (n. 3), pp. 71 ss., 90 ss., 212 ss. Previamente pero sólo limitado al Derecho penal, del mismo autor *Derecho y razón*, cit. (n. 3), *passim*.

<sup>31</sup> Ello se traduce sin duda en su carácter esencialmente cognoscitivista (o anti-decisionista), que implica que la decisión no pueda ser tomada sino en función de la comprobación o refutación de hipótesis por las pruebas practicadas, condición que se convierte en necesaria (aunque no suficiente) para la correcta aplicación del Derecho. Decisión que en cuanto resultado contrastable, racional y legal queda sometida a control jurisdiccional, que opera como una garantía secundaria de naturaleza epistemológica sobre la misma garantía jurisdiccional. Aplicación del Derecho que además, cabe decirlo, está asegurada por un conjunto de garantías orgánicas como la independencia y única sumisión a la ley, la imparcialidad, la predeterminación legal del órgano judicial, entre otras. Por ello en el Derecho moderno la forma más perfecta de asegurar la interdicción de la arbitrariedad es la aplicación jurisdiccional del Derecho y es por la misma razón que el Derecho penal sólo admite *ab initio* esta forma de aplicación.

<sup>32</sup> En nuestro medio a estas formas consensuales alternativas se les conoce bajo la denominación genérica de *justicia restaurativa*, en la cual se aglutinan un conjunto variopinto de mecanismos para-procesales. No obstante la diversidad de estos, todos plantean problemas teóricos y prácticos comunes y que muchas veces son pasados por alto. Últimamente formula algunos reparos: MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra, *Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: límites y posibilidades*, en *Ius et Praxis*, 15 (2009) 2, pp. 165-195. Con todo, en este interesante estudio se mantiene una visión general favorable a esta forma de justicia.

<sup>33</sup> Para el tema en el proceso civil debe consultarse el excelente estudio del prof. NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), *passim*, quien aborda con agudeza el análisis de los motivos que justifican las formas no jurisdiccionales de solución de controversias civiles en una perspectiva de rica experiencia comparada al respecto.

de las partes que se expresa bajo fórmulas de colaboración del acusado con la más expedita persecución criminal o incluso de autoincriminación.

La aceptación del principio de consenso en el proceso penal implica que las partes puedan llegar a un acuerdo sobre la forma procedimental a que se someterá el asunto penal o, incluso, respecto del contenido fáctico y jurídico-penal del mismo asunto. Es lo que podemos denominar, de una parte, como el consenso sobre el rito procedimental y, de otra, como el consenso sobre el mérito del proceso, clasificación que nos parece la fundamental para determinar el objeto sobre el cual recae el acuerdo de las partes y los efectos jurídicos que se vinculan al mismo. Y es aquí justamente en donde adquiere relieve el asunto en estudio ahora, cual es, la determinación de en qué medida ello (el consenso en los términos indicados) puede incidir en el carácter cognoscitivo de la jurisdicción como aplicación (judicial) del Derecho penal. El problema se plantea en lo fundamental con el consenso sobre el mérito, al menos en la forma *de regulada* que en la práctica ha adoptado en nuestra realidad jurisprudencial, pues en principio por esta vía se puede lesionar la aplicación judicial del Derecho penal.

El principio del consenso ha sido vinculado con acierto a las reglas que consultan los Ordenamientos procesales para dar cabida a valores e intereses determinados como pueden ser la abreviación o simplificación de los procesos o la descongestión judicial, entre otros. Desde este punto de vista el consenso es regla no epistemológica o contra-epistemológica<sup>34</sup>. En esa línea se ha indicado que los procesos poseen, por ejemplo, normas de exclusión de prueba, normas sobre duración máxima de los procesos, normas sobre el carácter irrevocable de las resoluciones judiciales, y otras tantas que, en lugar de facilitar la aplicación correcta del Derecho a través del descubrimiento de los hechos, no la propician o la entorpecen o limitan, con el propósito de dar tutela a otros valores, intereses o fines prácticos. La ley procesal en estos casos debe buscar un punto de equilibrio en donde en lo sustancial se conjugue la vocación esencial del proceso como instrumento adecuado para la acertada aplicación del Derecho, basado en el correcto establecimiento de los hechos, debidamente confirmados o refutados por la prueba practicada, y la necesaria tutela de un conjunto de otros valores, intereses o fines prácticos. De lo contrario la jurisdicción declina en su esencia y deriva en una forma de control social sin jurisdicción o incapaz de asegurarla.

En efecto, este contexto normativo no es necesariamente incompatible con el principio del consenso y, todavía más, ni tan siquiera podría afirmarse tajantemente que excluya *ex ante* toda forma de consenso sobre el mérito del

---

<sup>34</sup> Véase expresamente: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho*, cit. (n. 5), pp. 125-128.

proceso, pero sí obliga al legislador a asegurar las condiciones esenciales de jurisdiccionalidad aun en las formas procesales donde se da cabida al principio del consenso, de modo que este no importe una suerte de abandono de la misma función. El punto de equilibrio entre el valor primordial de la jurisdiccionalidad en la aplicación del Derecho penal y los intereses y fines prácticos concurrentes ha de ser cuidadosamente fijado por el legislador a través de una adecuada regulación normativa, teniendo en cuenta además evidentes condicionamientos constitucionales. Es desde este enfoque que es inaceptable que esto pueda acontecer en vía paralela, *praeter legem* o incluso *contra legem*, tal como ha venido sucediendo en nuestro sistema procesal penal, y que se ha resuelto en la introducción aplicativa del principio –aprovechándose de una lagunosa regulación–, para el afianzamiento de prácticas que simplemente no buscan punto de equilibrio alguno sino la supremacía del interés del caso a caso, con prescindencia de la racional y correcta aplicación del Derecho<sup>35</sup>.

Ciertamente, nuestro modelo de consenso en el proceso penal se ha caracterizado por ser un sistema práctico que se desarrolla al margen de las previsiones normativas procesales y penales, y que por lo tanto ha dado lugar a un sistema altamente desregulado e irracional. Esta afirmación ha sido comprobada, tanto en el caso del procedimiento abreviado como en el reconocimiento de culpabilidad dentro del procedimiento simplificado<sup>36</sup>. Es así como se han podido registrar las prácticas de recortes de hechos, inconsistentes con los antecedentes recabados, las calificaciones jurídicas intencionada y manifiestamente improcedentes o la alegación de circunstancias modificativas improcedentes. Las prácticas han estado destinadas a

---

<sup>35</sup> Al considerar todo lo dicho se explica con bastante naturalidad la crítica que se hace de la aplicación del principio del consenso en el proceso penal. Y se explica la frase tan significativa de FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, cit. (n. 3), p. 27, al respecto, cuando dice: “Aquí, de nuevo, no juega el principio de la mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y sobre todo, del proceso penal las doctrinas ‘consensualistas’ y ‘discursivas’ de la verdad que –nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)– algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena”. También GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho*, cit. (n. 6), pp. 125-128.

<sup>36</sup> Véase DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal*, cit. (n. 6), pp. 19-191, y también, aunque brevemente, EL MISMO, *El principio del consenso*, cit. (n. 6), pp. 157-182.

privar de eficacia al Derecho penal, a sus previsiones, y a generar un grado impensado de disponibilidad punitiva, aplicando sanciones no contempladas para las hipótesis concretas sobre las cuales recae el consenso<sup>37</sup>, con lo cual se hace declinar la misma aplicación judicial del Derecho penal.

La realidad applicativa bien conocida por estudiosos y especialistas muestra<sup>38</sup> que el sometimiento de asuntos al procedimiento abreviado o a la admisión de responsabilidad conseguido a través de las prácticas de recortes de hechos o de forzamientos de calificaciones jurídicas incorrectas, se justifica en consideraciones de pura utilidad para-institucional, es decir, en ventajas o conveniencias de funcionamiento del sistema procesal más allá de las legítimamente previstas dentro del mismo sistema, conseguidos ya no por los medios lícitos previstos en la norma jurídica. Es evidente que la aplicación del procedimiento abreviado y la admisión de responsabilidad aligeran la carga de trabajo judicial y la de los órganos públicos que intervienen en el proceso, y que se consigue una sustancial abreviación en la duración de los procesos. Incluso también se podría reconocer, con cierta perplejidad, que estas prácticas permiten un importante aumento en las tasas de sentencia de condena con mínimos esfuerzos acusatorios y aplicación de medios materiales. Entonces la pregunta que surge naturalmente es si todos estos fines son igual de deseables y reciben explícito reconocimiento, y sobre todo si la ley procesal consiente el uso de medios como los indicados para su logro (las prácticas dadas).

Las respuestas a ambas cuestiones son negativas. Este punto no merece dudas y las razones son abundantes. Entonces cómo es que se ha llegado a la utilización a ratos tan incorrecta del principio del consenso. El principal problema ha sido la falta de regulación y tasación de incentivos. El legislador cometió el grave error técnico de disponer procedimientos a los que se accede con el consentimiento del imputado, sin prever la necesidad de conciliar cuidadosamente legalidad, jurisdiccionalidad, estímulos legítimos y, sobre todo, efectos que se derivan del acuerdo. De otra manera, cómo se podía vaticinar una correcta utilización de estos medios. El legislador pecó de ingenuo o de temerario. De ingenuo, si suponía que la pura limitación de

---

<sup>37</sup> En al menos dos estudios hemos denunciado esta cuestión y explicado el grado de compromiso que supone para un conjunto de garantías y principios fundamentales del derecho penal y procesal penal: la legalidad penal y procesal, la exclusividad y garantía jurisdiccional en sentido estricto y la presunción de inocencia son sin dudas lesionadas. Pero cabe apuntar ahora que en último término se está poniendo en entredicho la misma forma de entender la aplicación del Derecho por la jurisdicción. *Ibid.*, cit. *infra*.

<sup>38</sup> Remitimos para un mayor detalle a nuestros estudios: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal*, cit. (n. 6), pp. 19-191, y también, aunque brevemente, *El principio del consenso*, cit. (n. 6), pp. 157-182.

pena máxima iba a ser una previsión suficiente. O de temerario, si pensó que al margen o en contra de la norma positiva se iban a desarrollar conductas procesales que harían viable la aplicación concreta de estos medios procesales. La temeridad ha acabado imponiéndose, con gravísimas consecuencias para el proceso penal en su conjunto.

Es así que a nuestro juicio la situación actual va más allá de una simple regla (o práctica) contra-epistemológica como otras tantas, pues las demás normas o reglas contra-epistemológicas o no epistemológicas concurren al proceso con un conjunto potente y predominante de reglas o mecanismos que tienden a asegurar su naturaleza esencialmente cognoscitiva, la cual recibe una reafirmación en la misma excepcionalidad de las normas que la limitan o entorpecen en el contexto procesal, mientras que el principio del consenso en la realidad aplicativa chilena surge con una potencialidad respecto de la aplicación judicial del Derecho completamente distinta de la jurisdicción, pues puede suponer en algunas de sus formas la supremacía de enfoques de la jurisdicción distintos, no orientados de manera fundamental a la aplicación judicial de la norma, sino que justamente al mismo abandono de la aplicación correcta de la norma, lo cual implica la inaplicación judicial de la norma penal adecuada o de parte de ella (*contra legem*)<sup>39</sup>.

*2. Incorrecta utilización de las competencias móviles como forma de conseguir la solapada usurpación de competencia material y su grave consecuencia (la lesión al juez natural o legalmente predeterminado).*

La realidad aplicativa del consenso a tal punto ha llevado la devaluación de la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción que podemos encontrar que las situaciones descritas se resuelven en determinados casos en un fenómeno añadido –distinto del ya descrito– cual es ahora la oblicua defraudación de

---

<sup>39</sup> Ni tan siquiera se puede análogar su efecto contra-epistemológico al del principio de *in dubio pro reo*. El ejemplo de la regla (principio) de *in dubio pro reo* que significa el condicionamiento del *ius puniendi*, de la aplicación de la norma penal incriminatoria hasta que no se compruebe más allá de duda razonable, haciéndola operar como una regla que permite adoptar una decisión aun en situación de duda probatoria –de insuficiencia probatoria– en cuyo caso también puede considerarse contra-epistemológica desde este punto de vista, ya que significa adoptar la decisión absolutoria cuando desde el punto de vista epistemológico ella es improcedente. Tal caso presenta, no obstante, dos diferencias evidentes con las situaciones que interesan aquí: primero, la no aplicación judicial de la norma penal y la consecuente absolución obedece a un estado de incerteza fáctica insuperable, caso en el cual la ley procesal penal establece el resultado absolutorio como decisión procedente. Segundo, la regla de *in dubio pro reo* es el criterio negativo que resulta de la aplicación de un estándar probatorio positivo necesario para la adopción de la decisión de condena, legalmente previsto y normativamente condicionado como el de prueba más allá de toda duda razonable.

las reglas de competencia material, que se consigue con el forzamiento de las competencias móviles. Con ello queremos señalar que el consenso no sólo ha supuesto un problema grave de legalidad penal y de correcta aplicación por el juez en el caso concreto<sup>40</sup>. Junto con lo anterior se produce una situación distinta. También el principio del consenso del procedimiento abreviado y el de la admisión de responsabilidad se convierte en una suerte de mecanismo informal para burlar solapadamente las previsiones de competencia material (objetiva-absoluta) en el caso, a través de la incorrecta utilización de las competencias móviles, justamente a través de las prácticas de los recortes de hechos o la incorrecta calificación de ellos. En efecto, mediante estas prácticas se somete el asunto a un juez y procedimiento equivocados, es decir, a un juez incompetente y a un procedimiento inadecuado.

La forma o vía para ello ha sido el abuso (forzamiento) de la competencia móvil. Como se sabe, ésta es la que concede un cierto margen de discrecionalidad reglada al acusador para formular una acusación que abre un tipo de procedimiento ante un juez u otro, de manera que efectivamente se configura una regla competencial flexible. La técnica para ofrecer ese grado de flexibilidad es la previsión de reglas de competencia material atendiendo a la pena concreta pedida en lugar de hacerlo sobre la base de la pena abstracta asignada a cada hecho delictivo, como es el modo ordinario de competencias fijadas legalmente en términos absolutos. Con todo, ese margen de flexibilidad concedido por el sistema al órgano de acusación –en sí mismo bastante discutible– debe a lo menos suponer el uso de criterios racionales en la especificación de competencia, además del control jurisdiccional sobre el uso de esa discrecionalidad reglada, que vele en último término por la legalidad y objetividad de su uso. Estos mínimos exigibles a una institución, como decimos, bastante discutible (Roxin la considera aun bajo estos supuestos inconstitucional) no puede dar pábulo para la completa e incontrolada disposición en el caso a caso del juez materialmente competente y del procedimiento aplicable<sup>41</sup>, haciendo los jueces además abandono de su potestad de control de oficio sobre estos extremos a pretexto de que la función

---

<sup>40</sup> El juez se pone en una función de homologación más que de enjuiciamiento en el sentido propio. Así, podríamos decir –siguiendo a GOLDSCHMIDT– que la acusación o requerimiento aceptados se convierten en actos de causación más que de petición. Véase GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, Bosch, 1935), p. 63, y EL MISMO, *Teoría general del proceso* (Barcelona, Labor, 1936), pp. 148-152. También ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, EJE, 1962), pp. 118-119; DE DIEGO DÍEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pp. 138-139.

<sup>41</sup> Situación que ni siquiera está permitida en los procesos civiles dispositivos. La doctrina procesal moderna y más sólida es unánime en este sentido.

de acusación corresponde de forma exclusiva al Ministerio Público, como si a través de ella pudieran disponer del procedimiento y de la competencia o incompetencia caso a caso. Hasta el momento la falta de reacción crítica de nuestros jueces de garantía en los procedimientos abreviados y en los procedimientos simplificados ha sido patente.

Ciertamente, esta circunstancia apuntada no se dará siempre que haya una calificación degradada o una rebaja de la petición de pena, sino sólo en aquellos casos en que el recorte de hechos y/o la calificación y rebaja de pena sean tan gravemente incorrectos que por sí mismos importen el sometimiento de un hecho a un juez incompetente y a un procedimiento abreviado o simplificado (admisión de responsabilidad) que, ni abstracta ni concretamente, correspondería aplicar<sup>42</sup>.

A nuestro juicio en el caso apuntado debería declararse la inadecuación del procedimiento cuando sea evidente que los hechos y su calificación jurídica no se corresponden con el ámbito objetivo de aplicación del mismo (artículo 406 en relación con artículo 410), además de la incompetencia material (absoluta) para conocer del asunto del juez de garantía.

Al respecto se deben tener muy en cuenta las críticas que formula el mismo Roxin<sup>43</sup> para el caso alemán de las competencias móviles, que incluso en un contexto de mayor garantía de legalidad<sup>44</sup> en el comportamiento fiscal es cuestionado por el autor, ya que en su concepto sería lesivo nada menos que de la garantía del juez natural o legalmente predeterminado. En efecto, a través de estas prácticas el Ministerio Público acaba sometiendo el asunto a un juez (y a un procedimiento) que no es el previsto ni aun dentro del margen de flexibilidad dispuesto por la ley en la competencia móvil<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Un caso típico puede ser el del robo con fuerza en lugar habitado, ya que en principio su penalidad no admite el procedimiento abreviado, y, no obstante, mediante la incorrecta calificación jurídica de receptación se puede forzar su aplicación. Véase, por ejemplo, en este sentido el caso producido en sentencia del Juzgado de Garantía de Linares, de 23 de febrero de 2003, rol interno N° 1845-2002, base datos LexisNexis.

Otro caso que se puede citar es el del robo con violencia que tiene asignada una pena mínima de presidio mayor en su grado mínimo y que, por lo tanto, en principio no admite el procedimiento abreviado, pero que a través de la mala práctica de degradar la calificación jurídica a robo por sorpresa se puede acabar sometiendo a procedimiento abreviado. Véase, por ejemplo, Sentencia del Juzgado Mixto de Taltal, de 23 de marzo de 2002, rol interno N° 109-2002.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción al castellano de CÓRDOBA, Gabriela y PASTOR, Daniel, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000), pp. 31-32.

<sup>44</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz, *El proceso penal*, cit. (n. 6), pp. 23 ss.; SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal?* cit. (n. 7), pp. 288-302; y EL MISMO, *La reforma del proceso penal* (traducción al español de Sacher, Mariana, Madrid, Dykinson, 2005), pp. 9-112.

<sup>45</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), pp. 205-206, anota

### III. LA GARANTÍA DE LA NO AGRAVACIÓN PUNITIVA O LA LIMITACIÓN CONCÉNTRICA DEL “IUS PUNIENDI”: UNA LIMITACIÓN AL CARÁCTER COGNOSCITIVO DE LA JURISDICCIÓN

#### 1. *Planteamiento general.*

La ordinaria realización del *ius puniendi* por el juzgador<sup>46</sup> reconoce en nuestro modelo legal, tal cual hemos apuntado, una limitación fundamental como es la que impone el hecho esencial constitutivo del objeto del proceso contenido en la acusación, aparte, desde luego, la misma legalidad penal: entonces el primer límite relevante en este ámbito ha sido el deber de correlación de la sentencia con la acusación<sup>47</sup>, lo cual responde al esquema típico que no pone en entredicho la naturaleza claramente cognoscitiva de la jurisdicción tal como ha sido explicada en este estudio. Desde allí el juzgador ha podido calificar y extraer las consecuencias punitivas de acuerdo a la ley o, en otras palabras, ha debido declarar aquello que era lo legalmente procedente según el mérito fáctico y jurídico del proceso: ha aplicado en último término el Derecho penal en toda su extensión. Ello se ha expresado clásicamente en los aforismos de *iura novit curia* o *da mihi factum dabo tibi ius*. De esa manera las limitaciones conocidas al *ius puniendi* son el deber de correlación y la misma norma penal aplicable. No obstante, paulatinamente en la dogmática y Derecho comparado se ha ido perfilando una limitación dentro de la limitación tradicional (la ley), a la cual hemos denominado *limitación concéntrica*<sup>48</sup>. Ésta ha tenido su origen en una suerte de garantía de no agravación punitiva y su peculiaridad es que viene a poner un límite teórico y práctico a la conocida concepción de la aplicación jurisdiccional de la norma penal. Sufre esta última una limitación que ya no se explica por el deber de correlación, al menos en su forma de comprensión ordinaria, sino por una regla normativa (garantía) distinta, la cual, apostando por una categorización de la misma en el es-

---

que son tres las condiciones de validez de la decisión judicial, y la primera de todas es que ésta sea adoptada por un órgano competente. Las otras dos, dada la primera, es que sea el resultado de un proceso con reglas válidas y, por último, consistente con el derecho material, vale decir, constituir una correcta aplicación del mismo.

<sup>46</sup> Para un estudio profundo del problema de la aplicación judicial del Derecho resulta recomendable la consulta de WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), *passim*, en donde se podrá encontrar una aproximación descriptiva, normativa e ideológica al problema, fundamentales para su comprensión. Del mismo, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, cit. (n. 4), *passim*.

<sup>47</sup> Véase: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, cit. (n. 12), *passim*.

<sup>48</sup> Así, DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, cit. (n. 12), pp. 278 ss.

quema de la teoría de la aplicación jurisdiccional del Derecho, tendría una connotación claramente contra-epistemológica, que limita o entorpece la correcta aplicación del Derecho a través del establecimiento de los hechos corroborados, o cuando menos no-epistemológica en cuanto si bien puede no limitar tampoco favorece la correcta aplicación del Derecho, mediante el acertado establecimiento de hechos.

Consecuentemente no sólo el principio del consenso puede importar una lesión al carácter cognoscitivo de la jurisdicción, que en la realidad aplicativa chilena se expresa en las formas descritas. También es posible plantearse otras modalidades de aplicación del Derecho penal que de alguna manera impongan limitaciones a la función de conocimiento-enjuiciamiento del juzgador del caso concreto, como la que estamos enunciando.

Efectivamente se ha producido un desarrollo teórico que ha propuesto una visión más o menos novedosa del poder del juez de aplicar la norma penal al caso concreto, que parece apoyarse en una forma radical de comprender el derecho de defensa y la proscripción de la indefensión, a partir del cual se obtendría una nueva consecuencia normativa distinta de las tradicionalmente adscribibles a dicho derecho, que se traduciría en una forma diversa de entender los límites que la acusación pone a la sentencia del juez. Una corriente garantista (radical) ha venido sosteniendo que el juzgador en el ejercicio de sus poderes de aplicación del Derecho objetivo al caso concreto no puede acabar aplicando una calificación jurídica más grave que la pedida en la acusación. Para justificar esta afirmación esgrime el argumento de que la acusación marca el límite máximo de castigo que habría de soportar el acusado en caso de condena. Nace con ello una especie de garantía de no agravación punitiva (más allá de lo pedido por la acusación).

Una parte significativa de la dogmática española<sup>49</sup>, por ejemplo, ha sostenido esta opinión de manera permanente a la hora de analizar la formulación de la denominada tesis judicial de desvinculación y, por eso mismo, ha establecido que para el caso que la tesis plantease una calificación agravatoria respecto de la formulada en la acusación se requerirá adicionalmente que alguno de los acusadores la asuma para que el juez pueda estimarla en sentencia. Esta cuestión en nuestra práctica puede parecer poco relevante, ya que en un sistema como el nuestro se ha hecho una interpretación débil

---

<sup>49</sup> Véase IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal* (Universidad de Madrid, 1969), pp. 11-12; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez, Madrid, 2ª edición, Colex, 1997), pp. 214-215; RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo* (Madrid, Actualidad Editorial, 1994), pp. 203-204; MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio* (Granada, Comares, 1994), pp. 61-75.

del principio de objetividad en la conducta procesal del Ministerio Público, con lo cual es difícilmente imaginable a un fiscal que en función de dicho principio se oponga a una calificación más grave sugerida por el juzgador.

Pero también se ha propuesto por la misma doctrina<sup>50</sup> de la no agravación punitiva<sup>51</sup>, una segunda consecuencia general que nos parece muy relevante, tanto por sus implicaciones prácticas como teóricas, cual es que el juzgador, en virtud de esta garantía, no pueda desestimar las atenuantes o eximentes incompletas alegadas por el fiscal. Una sentencia del Tribunal Supremo español<sup>52</sup> muy característica de esta doctrina ha dicho que el juez del caso, que desestimó una atenuante alegada por el fiscal, infringió el principio acusatorio el cual “constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental en cuanto la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala lo considera implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial, y a la proscripción de toda indefensión, consagradas en el artículo 24 CPol. Esp., junto con el derecho que tiene todo acusado a ser informado de la acusación formulada contra él”. Y concluye que “Los términos de la acusación no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiera la apreciación de una circunstancia atenuante solicitada por la única parte acusadora”.

Una tercera manifestación de esta garantía tiene lugar en la supuesta imposibilidad de aplicación de penas o consecuencias punitivas accesorias de oficio, es decir, no pedidas por la acusación (analizada más adelante).

Cabe destacar que la doctrina que explicamos ha recibido sanción legal explícita en dos modelos procesales de nuestro entorno, aunque de un modo parcial. El primero es el modelo español. La *Ley de enjuiciamiento criminal* así lo dispone en el artículo 789.3 del procedimiento abreviado (que es un procedimiento ordinario y no especial como el chileno). La disposición citada

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*, cit. *supra*. El Tribunal Supremo se ha pronunciado señalando directamente que la calificación jurídica más grave realizada por el juzgador supone que este asuma la función acusadora. Véase la sent. TS (Esp.), de 26 de septiembre de 2000, sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\10668). En términos más generales, la sent. TS (Esp.), de 27 de marzo de 2000, sala de lo Penal, ponente Sánchez Melgar (BDA, m. RJ 2000\3480), y sent. TS (Esp.), de 13 de noviembre de 2003, sala de lo Penal, ponente Andrés Ibáñez (BDA, m. RJ 2003\8746).

<sup>51</sup> El Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de la no agravación punitiva en diversas sentencias; entre otras, en sent. TS (Esp.), de 28 de diciembre de 2000 (BDA, m. RJ 2001\257), en sent. TS (Esp.), de 22 de junio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\5666), en sent. TS (Esp.), de 4 de julio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\6364), y en sent. TS (Esp.), de 9 de julio de 2003 (BDA, m. RJ 2003\6897).

<sup>52</sup> Sent. TS (Esp.), de 9 de julio de 2003, sala de lo Penal, ponente Maraño Chávamari (BDA, m. RJ 2003\6897).

dice que “La sentencia no podrá imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito que conlleve diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que algunas de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal [...]”.

También el nuevo Código peruano ha recogido expresamente (en el procedimiento ordinario) la doctrina de la no agravación punitiva en el artículo 397.3, que dispone que “*El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación*”.

2. *El resultado del forjamiento de una garantía de no agravación punitiva, como garantía material limitadora del “ius puniendi”.*

Subyace a la garantía en cuestión una forma de configurar la acusación y sus efectos vinculantes para el juzgador que la aproximan a la pretensión en el proceso civil en cuanto a los efectos que ésta produce, pero esto no obedece a que en el proceso penal se sostenga una disponibilidad sobre el poder de castigar por parte del acusador, sino precisamente al contenido que se le atribuye a la garantía, esto es, al efecto de limitación del poder de castigar que se le confiere al derecho de defensa del acusado, interpretado como no agravación punitiva<sup>53</sup>, de modo que la agravación punitiva se opone al derecho de defensa en este peculiar contenido del mismo.

La reformulación parcial del derecho de defensa que la entiende como un derecho a la no agravación punitiva, plantea una cuestión delicada acerca de la vigencia del principio de legalidad penal y al carácter cognoscitivo de la jurisdicción, y que consiste en que considerado el derecho de defensa en este peculiar sentido ello puede suponer en el caso concreto una directa limitación a la correcta aplicación del Derecho penal objetivo por el órgano jurisdiccional, de modo que la garantía de la defensa se impondría incluso a la legalidad penal sustantiva y más aun a su correcta aplicación judicial<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Algo parecido sostiene ASENSIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, Trivium, 1991), p. 66. “En efecto, la vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes se fundamenta en el principio acusatorio en un primer plano, representando la defensa un papel de sujeción *a posteriori*, esto es, impidiendo la condena ante variaciones no sustanciales de la pretensión pero agravatorias –y no sólo en el sentido punitivo– de la situación del imputado. Así, acusatorio y defensa son principios distintos pero sucesivos en cuanto a su operatividad, aunque cada cual actúa en su ámbito concreto de tutela del proceso con todas las garantías”.

<sup>54</sup> NOBILI, Massimo, *Principio di legalità e processo penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1995), pp. 648-660, pone de relieve la tendencia a que el proceso cada vez somete más a una desnaturalización al Derecho penal sustantivo, en su principal fundamento como es el principio de legalidad sustantiva. Resulta interesante

En apariencia detrás de estas posiciones se encuentra la necesidad de diferenciar finamente la función de acusación de la de enjuiciamiento, de modo que esta garantía impida al órgano asumir la posición que corresponde al acusador, cual es la mantención o sostenimiento de la pretensión procesal, introduciendo elementos fáctico-jurídicos que implican la agravación de las consecuencias punitivas. Sin embargo, este argumento podría explicar la posición doctrinal de la no agravación cuando se basa en la introducción de un elemento fáctico que produce efectivamente una consecuencia jurídica agravatoria. En cambio, no logra justificarla cuando se trata de una pura cuestión jurídica, pues en ese caso la tesis judicial –del artículo 341 CPPCh.<sup>55</sup>– no resulta invasiva de la función acusatoria, ya que se mantiene en el estricto ámbito de los poderes jurisdiccionales como es la correcta aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, siendo utilizada ésta únicamente como una técnica de información oportuna de una modificación de la calificación jurídica *stricto sensu*, y no para introducir una circunstancia fáctica generadora de la agravación punitiva<sup>56</sup>. Entonces qué justificaría la aplicación de la garantía de la no agravación cuando ésta no halla su causa en la ampliación de la imputación fáctica.

Realmente en la base de la regla de la no agravación punitiva hay un argumento distinto, que es el que hemos adelantado: el forjamiento de una nueva garantía (el intento al menos). Nos referimos a la reformulación del derecho de defensa y la proscripción de la indefensión en su contenido de no agravación punitiva, el cual ha querido incardinarse en aquellas, integrando su contenido. Lo notable de esta evolución es que el derecho de defensa y la proscripción de la indefensión en ese contenido deja de ser una garantía procesal que actúa como un presupuesto para la calificación jurídica del juez, pasando a ser el elemento definidor o, mejor dicho, limitador de las facultades jurisdiccionales con respecto a la aplicación del *ius puniendi* (para la aplicación del Derecho). La garantía de la defensa ya no se colma sólo con la existencia de oportunidad de debate contradictorio y de todos los demás

---

también consultar opiniones que tienden a relativizar el principio de legalidad –pero no a negarlo– desde un enfoque epistemológico y lingüístico. En nuestro medio GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, *¿Qué queda del principio de “nullum crimen nulla poena sine lege”? Un enfoque desde la argumentación jurídica*, en *Política Criminal*, 8 (2009), A2-8, pp. 1-90, [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/\\_a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/_a_2_8.pdf)].

<sup>55</sup> Mecanismo que existe en Derecho comparado, así, por ejemplo, en Derecho alemán (parágrafo 265), español (artículos 733 y 788.3 y 4), en el *Código Modelo para Iberoamérica* (artículo 322) y también en Derecho chileno, justamente en el artículo 341 CPPCh citado.

<sup>56</sup> Nosotros hemos explicado que la tesis judicial también admite la introducción agravatoria de una calificación con sustrato fáctico. Véase: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, cit. (n. 12), pp. 217 ss.

elementos derivados de la defensa en juicio, sino que además se proyecta al ámbito penal sustantivo, adoptando la forma de una garantía material limitadora del *ius puniendi*. En esta reformulación está latente la idea de que el poder de calificación ejercido de oficio por el tribunal jamás puede agravar la situación punitiva del acusado más allá de lo que “pretende” el acusador<sup>57</sup>: la acusación notificada tendría una doble función, de una parte, informar al acusado de la totalidad de los elementos de que tratará el juicio dirigido en su contra (para hacer posible su defensa procesal) y, de otra, una función de garantía de conocimiento de lo que se arriesga como máximo en él (no agravación punitiva)<sup>58</sup>.

De esta teoría se desprendería una doble limitación en la aplicación del *ius puniendi*. En primer lugar, la limitación legal que se concreta en el pleno sometimiento de todas las facultades punitivas a la ley penal, y, en segundo lugar, junto con la limitación impuesta por la ley, se establecería una segunda esfera de limitaciones todavía más precisa y restrictiva, consistente en la prohibición de rebase (o de agravación penal) de la acusación. Algo así como una limitación concéntrica del *ius puniendi*. Resulta que con este argumento ya no vale distinguir entre supuestos de calificaciones jurídicas más graves, con o sin ampliación de imputación fáctica, pues ya no se trata de impedir la confusión de la función de acusación con la de enjuiciamiento, sino en realidad de una cosa distinta: se pretende producir una derivación de la especial formulación del derecho de defensa y de la proscripción de la indefensión que se traduzca en una directa limitación sobre los poderes del juez, al operar estableciendo un límite más allá del legal, o mejor dicho, dentro del legal, que aún acota más el poder punitivo jurisdiccional. Esta formulación opera con independencia de la causa de la calificación jurídica más grave: sea por ampliación de la imputación fáctica, sea por una pura valoración jurídica, o por la determinación e individualización de las consecuencias jurídicas, el juez no puede sobrepasar el límite punitivo acusatorio. Surge entonces una nueva garantía material que limita el *ius puniendi*.

En la línea indicada se pueden encontrar casos en que se ha dicho, por

---

<sup>57</sup> Esto explicaría la nula preocupación del Tribunal Supremo frente a la cuestión del debate contradictorio respecto de los elementos *favor rei* que de oficio puede apreciar el tribunal.

<sup>58</sup> Véase por ejemplo: GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal* (Madrid, Civitas, 1981), p. 204 n. 285, en el que se plantea partidario de la vinculación al *petitum de* pena, aunque con posterioridad en *Derecho procesal penal*, cit. (n. 50), pp. 216-219, rectifica su posición y sostiene la no vinculación. Dentro de la primera posición se puede citar también a MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción*, cit. (n. 50), p. 90.

ejemplo, que formulada una acusación por concurso medial de delitos la posterior condena por concurso real con el consecuente castigo separado ha infringido el principio acusatorio en su vertiente de proscripción de la indefensión, el cual impediría la agravación punitiva en el caso concreto<sup>59</sup>.

En otras oportunidades se ha estimado que una petición de atenuante por el acusador no acogida por la sentencia de instancia había infringido el principio acusatorio, el derecho de defensa, ocasionando indefensión. El argumento fue que el juzgador no podía agravar más la consecuencia penal que lo pedido por la acusación. Según este criterio el poder punitivo del juzgador se ve limitado por el límite máximo de la acusación. Un argumento análogo se ha utilizado para oponerse a la aplicación judicial de oficio de las penas o consecuencias punitivas accesorias.

Como se ve, no nos hallamos en estos supuestos ante un problema de calificaciones jurídicas más graves basadas en la ampliación de una imputación fáctica, ni ante el argumento de separación de las funciones de acusación y enjuiciamiento, sino ante un problema parcialmente distinto con su propio conjunto explicativo, y que se resuelve en que el juez no puede rebasar los límites de agravación marcados por lo que se pide en la acusación, de modo que la desestimación de la concurrencia de una relación medial entre varios delitos o la desestimación de una atenuante (pedida por el fiscal) o la aplicación de oficio de pena accesoria son situaciones contrarias al principio acusatorio<sup>60</sup> en su vertiente de derecho de defensa y proscripción de la indefensión, que impide la superación de la pretensión acusadora<sup>61-62</sup>.

---

<sup>59</sup> Entre muchas, por ejemplo, sent. TS (Esp.), de 8 de octubre de 1999, sala de lo Penal, ponente Ramos Gancedo (BDA, m. RJ 1999\8118); y sent. TS (Esp.), de 9 de julio de 2003, sala de lo Penal, ponente Marañón Chávarri (BDA, m. RJ 2003\6897).

<sup>60</sup> En los últimos años el Tribunal Supremo español ha reiterado el argumento de que el “principio acusatorio” impone la prohibición de superar la pretensión acusadora en sent. TS (Esp.), de 28 de diciembre de 2000 (BDA, m. RJ 2001\257), en sent. TS (Esp.), de 22 de junio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\5666), en sent. TS (Esp.), de 4 de julio de 2001 (BDA, m. RJ 2001\6364), y en sent. TS (Esp.), de 13 de noviembre de 2003 (BDA, m. RJ 2003\8746).

<sup>61</sup> Sorprende que esta posición no se cuestione la correcta aplicación judicial del Derecho penal y el principio de legalidad penal ante, por ejemplo, la petición del acusador de relación medial de varios delitos o de una atenuante que no sean procedentes, o basadas en una circunstancia fáctica que puede ser dada por no probada por el juez. ¿Qué pasa en esos casos? El Tribunal Supremo español nada ha dicho al respecto, sin embargo, tal como están expuestos los argumentos podría llegar a sostenerse que prima el criterio de no superación de la pretensión acusadora, aunque ello suponga la errada aplicación del Derecho penal (en el convencimiento del juez), debiendo estimar la relación medial de delitos donde hay concurso real o aplicar una atenuante inexistente, lo cual evidentemente es inadmisibile.

<sup>62</sup> Véase: NOBILL, Massimo, *Principio di legalità e processo penale*, cit. (n. 55), pp.

La doctrina explicada, como es obvio, no sólo plantea –para el sistema chileno– una duda acerca de la vigencia del principio de legalidad penal o de su significado, sino también respecto de la vigencia de la garantía de jurisdiccionalidad en la aplicación del Derecho penal y, por lo tanto, sobre la exclusividad de rango constitucional de las potestades jurisdiccionales otorgadas al juez penal (artículo 76 CPol.Ch), con absoluta exclusión del acusador en el ejercicio de las mismas (artículo 83 CPol.Ch y artículo 1 de la *Ley orgánica constitucional del Ministerio Público*). Justamente esto es lo que se rompería en caso de que el juez penal se hallare limitado por la proscripción de la agravación punitiva, no pudiendo desestimar una atenuante alegada por el fiscal, ya que en ese supuesto se le estaría imponiendo de esa manera al juez la necesaria acreditación de la circunstancia fáctica en que se apoya la atenuante, más allá del mérito probatorio, y la correspondiente consecuencia jurídica, con independencia del mérito jurídico de la alegación. En la práctica al juez se le estaría privando de hacer un juicio jurisdiccional completo, imponiéndosele en su lugar el juicio del acusador sobre ese extremo<sup>63</sup>. Algo parecido acontece con la limitación que se pretende vislumbrar en la aplicación *ex officio* de penas accesorias.

He aquí la lesión o limitación al carácter cognoscitivo de la jurisdicción que podría implicar una garantía de este tipo. El punto de interés jurídico es la ponderación que *lege ferenda* correspondería al legislador y que en concreto debería ser aplicada por el juzgador. En efecto, que lo anterior significara una limitación al carácter cognoscitivo de la jurisdicción no convierte a la misma garantía de no agravación punitiva en rechazable. El proceso jurisdiccional

---

648-660, que evidencia la tendencia a la desnaturalización del Derecho penal sustantivo, especialmente en su principal fundamento, el principio de legalidad, situación provocada por las nuevas tendencias procesales propiciadoras de una más amplia aplicación de la oportunidad y de la discrecionalidad.

<sup>63</sup> Han de rechazarse en nuestro Derecho las formas laxas de entender la legalidad penal y la jurisdiccionalidad del juicio penal, como defienden visiones pragmáticas anglosajonas. Así, por ejemplo: FLETCHER, George P, *Grammatica del Diritto penale*, cit. (n. 28), pp. 323-332. Creemos que la visión correcta de la garantía jurisdiccional es fundamentalmente la que defienden autores como MONTERO AROCA, *Principios*, cit. (n. 30), pp. 15-23; o FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. (n. 3), pp. 537 ss. Este último en la obra citada explica que la jurisdiccionalidad estricta y la garantía del proceso previo antes de la condena, sólo se articula adecuadamente con el principio de la obligatoriedad de la acción penal, y aclara cuán pernicioso resulta la discrecionalidad para estas garantías. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción “representa una fuente inagotable de arbitrariedades: de arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que pueden sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación...”. Y lo peor de todo es que aquello luego le resta legitimidad al ejercicio completo y legal de las potestades acusatorias y hace ilusoria la igualdad ante la ley penal y la garantía jurisdiccional y la inderogabilidad del proceso.

tiene necesariamente que conciliar y equilibrar la consecución de la decisión correcta con otros intereses tutelados, incluso por el mismo proceso. De nuevo, la clave está en el hallazgo del punto de equilibrio entre la necesaria vocación cognoscitiva del proceso y el reconocimiento de limitaciones necesarias y legítimas a ella, el cual sólo puede ser encontrado mediante una ponderación normativa general y abstracta.

La jurisprudencia chilena aunque no se ha planteado la cuestión en los términos expuestos y de manera sistemática, sí ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en sentencia del Tribunal de Juicio Oral (en lo penal) de Rancagua, de 20 de marzo de 2006, rol interno N° 13-2006. En esta sentencia se presenta el caso en que el Ministerio Público alega a favor del acusado la atenuante del artículo 11 N° 9 del *Código Penal* de Chile (colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos), ante lo cual el Tribunal decide desestimarla estableciendo que ello es perfectamente posible en virtud del ejercicio de las facultades jurisdiccionales y que por esa misma razón no se puede entender vinculado al juzgador a la petición realizada por el Ministerio Público. La desestimación de la atenuante, sostiene, no puede considerarse una infracción al deber de correlación. Con todo, debe advertirse que la desestimación del elemento favorable al acusado en este caso no supuso una concreta agravación punitiva, pues en definitiva se castigó con una pena incluso menos grave que la pedida por la acusación.

### 3. *La garantía de la no agravación punitiva y la aplicación de penas accesorias no pedidas por el Ministerio Público.*

Un problema análogo específico, según hemos adelantado, se presenta respecto de los poderes de determinación (imposición) de penas no pedidas por el acusador, lo cual resulta especialmente relevante para las penas accesorias. También a este respecto se ha predicado la aplicación de la garantía de la no agravación punitiva<sup>64</sup>. El problema entonces en el asunto que nos ocupa es si el juzgador puede de oficio imponer (establecer) una pena, agravando entonces de oficio las consecuencias jurídicas de la condena si ello es lo procedente, vale decir, si es lo que corresponde conforme la correcta aplicación del Derecho. Indudablemente desde una perspectiva cognoscitivista de la jurisdicción se puede inferir que el juez deba velar siempre por la aplicación correcta y justa del Derecho, implicando ello la determinación de las consecuencias punitivas. El punto entonces en el caso concreto es si se puede reconocer un límite racional al poder de oficio en cuestión. El equilibrio necesario entre la imprescindible vocación cognoscitivista de la ju-

---

<sup>64</sup> Para un análisis detallado: DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, cit. (n. 14), pp. 285-299.

risdicción y la garantía de la no agravación punitiva se encuentra en el trazado de un ámbito adecuado en el cual esta última pueda operar sin detrimento sustancial de la legalidad y su aplicación judicial. A nuestro juicio aquel equilibrio se logra distinguiendo entre penas (o consecuencias) accesorias imperativas y facultativas. En efecto, el legislador en ciertos casos ha querido que se impongan necesariamente y en otros, en cambio, deja su procedencia entregada a la valoración discrecional del juzgador. En la primera hipótesis –caso de penas imperativas– el juzgador tiene el poder-deber de declararlas e imponerlas, ya que de lo contrario se generaría una aplicación incorrecta del Derecho, que podría generar perniciosas situaciones de incoherencia aplicativa y de desigualdad de trato. Por el contrario, caso de las penas (o consecuencias) accesorias facultativas, cuya imposición queda entregada a la valoración discrecional del juez en el caso a caso, ha de entenderse que tal poder discrecional es o ha de ser pasivo y no activo, de modo que para su ejercicio se requiere petición expresa del acusador. De lo contrario, efectivamente se produciría una agravación punitiva más allá de lo pedido por la acusación, que no aparece como necesariamente exigible por la eficacia de norma legal alguna; que no constituye secuela jurídica inevitable de la misma y que por lo tanto se resuelve en una potestad parcialmente valorativa y no empíricamente contrastable, ni jurídicamente verificable como aplicación de una norma penal taxativa, generándose entonces un plus de castigo que en parte se adopta en virtud de criterios valorativos de compleja o difícil corroboración o verificación. A nuestro juicio en este caso sí se abriría un ámbito legítimo de operatividad de la garantía de no agravación punitiva, de manera que la aplicación *ex officio* de penas accesorias facultativas en el último momento de la instancia supondría efectivo quebrantamiento de la misma. La jurisprudencia chilena ha intuido correctamente el problema en al menos dos sentencias del último tiempo: de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 9 de mayo de 2008, rol N° 75-2008, y de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 23 de septiembre de 2008, rol N° 170-2008, a las que nos remitimos.

Tal vez la solución que proponemos encuentre respaldo normativo en el artículo 76 del *Código Penal* de Chile, disposición de la cual se puede extraer *contrario sensu* la regla en cuestión, cuando dispone que “Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposición de la ley [...] condenará también al acusado expresamente en estas últimas.” En efecto, del precepto transcrito se puede inferir que se refiere a las penas accesorias imperativas o necesarias, que “por disposición de la ley” deben ser impuestas junto con la principal, en cuyo caso el juez se limita a hacer la declaración que viene determinada por la ley expresamente, de modo que se hace innecesario o, mejor, irrelevante la petición expresa de la dicha pena

que ya se halla completamente prevista en la ley: procede su aplicación *ope legis*. *Contrario sensu*, la norma que dispone tal cuestión, esto es, el deber ineludible del juez de declarar también la procedencia de pena accesoria prescindiendo de la existencia o no de petición expresa, no dispone nada sobre las penas accesorias facultativas, de modo que en ese ámbito se hace imprescindible condicionar el ejercicio de discrecionalidad en la determinación de las consecuencias punitivas facultativas a la garantía de no agravación, exigiendo entonces su ejercicio sólo a petición de parte.

Nótese que en el modelo italiano, por ejemplo, se aplica una lógica semejante, distinguiendo penas accesorias necesarias o imperativas y las facultativas para el tribunal. En cuanto a las primeras, que son aquellas que se derivan de la misma declaración de condena, resulta que el juzgador tiene el deber de aplicarlas, ya que proceden *ope legis*, al punto que su no imposición se considera un vicio de la sentencia que puede ser corregido a través del procedimiento de corrección de errores materiales<sup>65</sup>, o puede ser corregido de oficio por el mismo tribunal de apelación<sup>66</sup>, aun sin necesidad de apelación sobre ese extremo por el Ministerio Público, e incluso puede ser pedida su aplicación en fase de ejecución aun cuando la sentencia de condena no la haya impuesto<sup>67</sup>, siempre y cuando la ley las determine en especie y duración. Se le considera, tal como proclama el mismo artículo 20 del *Codice Penale* italiano, una consecuencia de Derecho de la condena: como efecto penal de la misma. Si la pena accesoria en cambio es facultativa para el juzgador no opera la corrección de oficio por el tribunal de apelación, ni la corrección como error material o su aplicación en fase de ejecución<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Véase: RUSSO, Maria, *Commento al Codice di procedura penale*, en CORSO, Piermaria (editor) (Piacenza, Latribuna, 2005), p. 1.998; D'ANDRIA, Mario, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, en LATTANZI, Giorgio - LUPO, Ernesto (directores) (Milano, Giuffrè, 2008), VI, p. 298.

<sup>66</sup> Véase: NUZZO, Francesco, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, en LATTANZI, Giorgio y LUPO, Ernesto (directores) (Milano, Giuffrè, 2008), VII, p. 371.

<sup>67</sup> Véase: NUZZO, Francesco, *Codice di procedura penale*, cit. (n. 66), p. 371. Consultar expresamente el artículo 183 de las Normas de Actuación del CPPi.

<sup>68</sup> Véase: WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), pp. 189-207, quien apunta ideas sobre la aplicación de las consecuencias jurídicas del caso que coinciden con las que se mantienen aquí. En efecto, el modelo de determinación de consecuencias propuesto por el autor calza muy bien con nuestras conclusiones, en donde, de una parte, se distinguen situaciones en las cuales el juez simplemente tiene que adoptar una decisión sobre las consecuencias que están determinadas en su forma y aplicación por el legislador, supuesto en el que éstas se desprenden de la subsunción; es una secuela lógico-jurídica (mecánica dice Wróblewski). De otra parte, en cambio, se distinguen situaciones en donde la ley no determina de manera unívoca la adopción de decisión de consecuencias, sino que entrega una cierta discrecionalidad en ello, aunque

IV. EL RIESGO DE CAER EN LA IDEOLOGÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL LIBRE O MÁS PRECISAMENTE EN LA IDEOLOGÍA DE LAS DECISIONES “CONTRA LEGEM” (EL SURGIMIENTO DEL “JUDGE-MADE LAW” Y LA LEY PENAL “AD HOC”)

Al tomar en cuenta los problemas descritos y la falta de claridad de criterios para su resolución se puede vaticinar un riesgo, como es que se acabe enquistando en una parte relevante del proceso penal la ideología de la decisión judicial libre (de la ley pero sometida a otros criterios), con el conjunto de consecuencias que supone.

Utilizamos una expresión que tiene su origen en las explicaciones de Wróblewski<sup>69</sup> acerca de las ideologías sobre la aplicación judicial del Derecho, quien, aun cuando reconoce la dificultad para exponer unos rasgos característicos de esta ideología por la variedad de versiones<sup>70</sup>, intenta explicar que en esencia se resuelve en la idea que la decisión del juez no viene vinculada por la ley y que entonces el juez posee ámbitos de libertad en donde priman evaluaciones de la decisión justa o correcta, que es aquella más consistente con valores o intereses que no siempre son los que se reconocen en la norma legal. Junto a esto se suelen reconocer al margen de la norma legal otras fuentes normativas de donde el juez extrae el criterio para la adopción de la decisión. Casi como consecuencia natural de lo anterior, si la decisión judicial depende de evaluaciones sobre la mejor decisión, la más consistente con intereses o valores dados, tiende a imponerse la paradoja de la posible decisión *contra legem*: en una versión radical, la ideología de la decisión judicial libre preconiza la consistencia de la decisión con los valores o intereses encontrados en el conjunto de fuentes extra legales, y si ellos se oponen a los de la norma legal (en sentido formal) se legitima justamente la decisión que se aparta conscientemente de ésta, vale decir, legitima la decisión (que no aplicación) contraria a la ley<sup>71</sup>.

No obstante, la peculiaridad aplicativa a la que estamos expuestos en Chile —especialmente en los procesos con consenso de partes— se aparta en

---

dando determinadas reglas o directivas para su determinación. Ciertamente a veces la norma entrega directivas que en la práctica se remiten a la misma discrecionalidad. Es justamente en este ámbito en el cual, a nuestro juicio, puede encontrar justa aplicación la garantía de la no agravación punitiva, como condicionamiento a la discrecionalidad más o menos amplia del juzgador para imponer determinadas consecuencias.

<sup>69</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), pp. 265 ss.

<sup>70</sup> Incluso conocidas versiones del análisis económico del Derecho, tan extendidas en el ámbito del Derecho privado, sostienen concepciones matizadas de esta ideología de la decisión judicial libre. Véase interesante estudio de MESTMÄCKER, Ernest-Joachim, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2007), pp. 32 ss. y 50 ss.

<sup>71</sup> Intuimos el problema en *Proceso penal*, cit. (n. 6), p. 114, n. 121.

un sentido de lo descrito, pues el riesgo de decisiones *contra legem* responde más bien a una función valorativa, instrumental y discrecional que realiza preferente el órgano de acusación y no tanto al juzgador, en la cual a éste le cabe una función de homologación o de complementación *ex post facto* de la norma penal *ad hoc* y de la misma decisión. Tal fenómeno se puede observar de manera patente en la realidad aplicativa del principio del consenso, respondiendo a una convicción (errada a nuestro juicio) de que no cabe otra conducta jurídica posible. En la práctica la libertad valorativa para la adopción de la decisión se la toma no tanto el juzgador imparcial sino más bien el órgano de acusación con el concurso por adhesión del acusado.

En esta línea además el juez deja su función que se define esencialmente como de aplicación y emerge en su lugar la figura del “Judge-made law”, pero en buena medida residual, en cuya virtud puede intervenir en la creación de la norma que en concreto se aplica en el caso, integrando o completando la decisión penal, valorativamente determinada por el acusador. La versión que podría surgir en el caso chileno de la ideología de la decisión libre es aquella en que la función valorativa y discrecional se desplaza en buena medida desde el juez al acusador, que es quien asume de manera activa y preferente la función creadora de norma con independencia de la sancionada en el Ordenamiento positivo. Tal fenómeno, conviene aclarar, poco tiene que ver con la inevitable función creadora asignada al juzgador en la concreta aplicación del Derecho. El problema que se vislumbra es si el acusador o el juez –y como consecuencia de la libre decisión del caso– pueden erigirse a su vez en los creadores de la norma que se aplica con prescindencia del Derecho sancionado, generando una norma jurídica *ad hoc*, cuestión que, por ejemplo, Wróblewski<sup>72</sup> (por no mencionar a Ferrajoli, en una posición mucho más exigente de legalidad y jurisdiccionalidad) rechaza abiertamente como un serio peligro.

La crítica que intentamos describir tiene tres facetas que se incluyen mutuamente. Primero, el apartamiento consciente de la norma legal (procesal y penal) y la aplicación de soluciones normativas jurídicamente inadecuadas a ella (inconsistentes), pero que satisfacen valores, fines o intereses prácticos de distintos órganos y sujetos que intervienen en el proceso penal. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, esto es, de la ideología de la decisión judicial libre en su versión más radical (a nuestro juicio) se acaban legitimando (solapadamente) aplicaciones claramente *contra legem*. En tercer lugar, surge en reemplazo de la norma penal sancionada en Derecho otra, una que denominamos ley penal *ad hoc*, que en la práctica se resuelve en la

---

<sup>72</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, cit. (n. 2), p. 301. También nosotros nos habíamos referido a este punto en *Proceso penal*, cit. (n. 6), p. 114 n. 121.

gravísima distorsión de la aplicación de una norma penal legalmente prevista pero inadecuada para el caso concreto de que se trata (en el consenso penal) o en la aplicación incompleta de la misma<sup>73</sup>.

Por su parte, la no agravación punitiva aparece en principio más bien vinculada a una suerte de limitación en la aplicación del Derecho, importando una aplicación incompleta de la norma penal (tal cual acontece en el supuesto de prohibición de aplicación de oficio de penas accesorias), y no estrictamente con decisiones *contra legem*, salvo que se sostenga que esta garantía impone incluso el deber de no desestimar calificaciones jurídicas favorables al acusador como una atenuante o eximente incompleta, cuando han sido alegadas por el acusador, atendido el efecto agravatorio de las consecuencias punitivas que supone. Una interpretación como ésta desde luego que también estaría abonando una decisión judicial eventualmente *contra legem*, como declaración impuesta al juez contraria al carácter cognoscitivo de la jurisdicción.

[Recibido el 6 de abril y aceptado el 15 de mayo de 2010].

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, EJE, 1962).
- ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal* (Madrid, Trivium, 1991).
- CAPPA, Alessandra, *Profili problematici della revisione della sentenza 'patteggiata'*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004).
- CECANESE, Gianfederico, *Natura della sentenza che applica la pena e procedimento disciplinare*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004).
- COLOMA CORREA, Rodrigo - PINO YANCOVIC, Mauricio - MONTECINOS SANHUEZA, Carmen, *Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2009) 2.

---

<sup>73</sup> Cabe consignar que no se puede negar la inevitable labor de evaluación que el juez realiza cuando aplica el Derecho, lo cual incluso acontece en el ámbito del Derecho penal, que sin duda es el área en donde la norma legal posee el mayor grado de taxatividad, es decir, que asegura la mejor descripción de supuestos fácticos de mayor especificación empírica, lo cual reduce lo más posible la necesidad de evaluaciones libres del juzgador. El neopositivismo suscribe sin duda esa labor de evaluación inevitable del juez, pero afirma con la misma fuerza que el juez aplica el Derecho, y rechaza de manera clara las versiones de decisionismo judicial o de la decisión libre.

- D'ANDRIA, Mario, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, en LATTANZI, Giorgio y LUPO, Ernesto (directores) (Milano, Giuffrè, 2008), VI.
- DAMAŠKA, Mirjan, *Il diritto delle prove alla deriva* (traducción italiana de CUOMO ULLOA, Francesca y RIVA, Valentina, Bologna, Il Mulino, 2003).
- DAMAŠKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (traducción castellana de Morales Vidal, Andrea, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- DE CARO, Agostino, *Le linee politiche della legge n. 134 del 2003, principi fondamentali e nuovo 'patteggiamento'*, en EL MISMO (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004).
- DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).
- DE ROSA, Damiano, *La diferente tipologia delle sentenze 'di patteggiamento e i nuovi effetti premiali connessi alle specifiche forme procedurali'*, en DE CARO, Agostino (editor), *Patteggiamento allargato e sistema penale* (Milano, Giuffrè, 2004).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 1.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del derecho español con el chileno* (Valencia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, 2007).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia, 2009).
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I: Teoria de Diritto (Roma-Bari, Laterza, 2007).
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohíno, Terradillos Basoco, Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995).
- FERRAJOLI, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en *Derecho y garantías. La ley del más débil* (traducción al español de Andrés Ibáñez, Perfecto y Greppi, Andrea, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2004).
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II: Teoria della democrazia (Roma-Bari, Laterza, 2007).
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Madrid y otras, Marcial Pons, 2007).
- FLETCHER, George P, *Grammatica del Diritto penale* (traducción al italiano de Michele Papa, Bologna, Il Mulino, 2004).
- GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, *¿Qué queda del principio de nullum crimen nulla poena sine lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica*, en *Política Criminal*, 8 (2009) A2-8, [http://www.politicacriminal.cl/n\_08/\_a\_2\_8.pdf]
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999).
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez, Madrid, segunda edición, Colex, 1997).
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho procesal* (Madrid, Civitas, 1981).

- GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, Bosch, 1935).
- GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso* (Barcelona, Labor, 1936).
- GÖSSEL, Karl-Heinz, *El proceso penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal* (traducción al español de Polaino Navarrete, Miguel, Lima, Grijley, 2004).
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal* (Madrid, Universidad de Madrid, 1969).
- ILLUMINATI, Giulio, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, en *Istituto della Enciclopedia Italiana, Enciclopedia Giuridica* Roma, 1988), I.
- MARCOLINI, Stefano, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata* (Milano, Giuffrè, 2005).
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio* (Granada, Comares, 1994).
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra, *Justicia restaurativa y proceso penal. Garantías procesales: límites y posibilidades*, en *Ius et Praxis*, 15 (2009) 2.
- MESTMÄCKER, Ernest-Joachim, *A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2007).
- MONTECINOS SANHUEZA, Carmen - COLOMA CORREA, Rodrigo - PINO YANCOVIC, Mauricio), *Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2009) 2.
- MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).
- NOBILL, Massimo, *Principio di legalità e processo penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (1995).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009).
- NUZZO, Francesco, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, en LATTANZI, Giorgio - LUPO, Ernesto (directores) (Milano, Giuffrè, 2008), VII.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (traducción al castellano de Córdoba, Gabriela y PASTOR, Daniel, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000).
- RUGGIERO, Andrea, *Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato*, en DE CARO, Agostino (editor) (Milano, Giuffrè, 2004).
- RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo* (Madrid, Actualidad Editorial, 1994).
- RUSSO, Maria, *Commento al Codice di procedura penale*, en CORSO, Piermaria (editor) (Piacenza, Latribuna, 2005).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento americano en el mundo?*, en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (Madrid, Tecnos, 2002).
- SCHÜNEMANN, Bernd, *La reforma del proceso penal* (traducción al español de Sacher, Mariana, Madrid, Dykinson, 2005).
- TARUFFO, M., *¿Verdad negociada?* en *La prueba* (apéndice) (Madrid y otras, 2008).

- TARUFFO, M., *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en *Consideraciones sobre la prueba judicial* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009).
- TARUFFO, M., *La prueba* (traducción al español de Manríquez, Laura y Ferrer Beltrán, Jordi, Madrid y otras, Marcial Pons, 2008).
- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción al español de Ferrer Beltrán, Jordi, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005).
- TARUFFO, M., *Vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (traducción al español de Monroy Palacios, Juan y Monroy Gálvez, Juan, Lima-Perú, Palestra, 2005).
- TWINING, William, *What is the Law Evidence?*, en *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (2ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2006).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Facts in Law*, en *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Edit. Aarnio, Helsinki, Juridica, 1979).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Ed. Aarnio, Helsinki, Juridica, 1979).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law* (Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1992).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Problem of the So-Called Judicial Truth*, en *Meaning and Truth in Judicial Decision* (Ed. Aarnio, Helsinki, Juridica, 1979).