

VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

PONENCIA PRINCIPAL PANEL V

PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ORDENAMIENTO CHILENO. UNA PERSPECTIVA PROCESAL*

CARLOS DEL RÍO FERRETTI**

SUMARIO: I. Objeto del análisis II. Taxatividad penal y sistema acusatorio. 1. La posibilidad de configurar el hecho procesalmente relevante bajo un concepto extremo (exigente). 2. La posibilidad de configurar el hecho procesalmente relevante bajo un concepto normativo (abstracto). 3. La solución al problema planteado. 4. La acusación como término de correlación (comparación) limitador. 5. El tránsito hacia un sistema de configuración flexible y progresiva de imputación-acusación requiere de normas coherentes. III. Derecho penal y principio del consenso en los procedimientos especiales. Problemas concretos. 1. Propuestas de mejoras o modificaciones necesarias para superar los problemas descritos. A) Con relación a la iniciativa y decisión de someter el asunto al procedimiento abreviado. B) Regulación precisa de ámbitos de aplicación del consenso de partes con el fin de evitar malas prácticas. C) El establecimiento de un sistema regulado y tasado de incentivos. D) La corrección de importantes incongruencias técnicas. IV. Aplicación del Derecho penal y control recursivo. 1. El recurso de nulidad como medio para la unificación de interpretación jurisprudencial: un instrumento insuficiente y la necesidad de lege ferenda de normas que refuercen dicha finalidad. 2. El recurso de nulidad como recurso polifuncional fallido, y la conveniencia establecer recursos distintos orientados a distintas funciones: un presupuesto para cualquier reforma. 3. Mecanismos que potencien la unificación ausentes en el recurso de nulidad y que convendría introducir.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal penal, acusación, principio de consenso, recurso de nulidad.

* Este trabajo hace parte del proyecto de investigación FONDECYT N° 1100865, titulado “El derecho al recurso en el proceso penal: su contenido, eficacia y condicionamientos normativos y jurisprudenciales”, del que el autor es investigador responsable.

** Profesor de Derecho procesal de la Universidad Católica del Norte (Coquimbo).

I. OBJETO DEL ANÁLISIS

En esta ponencia no se busca hacer un análisis de los innumerables vínculos del Derecho procesal penal con el Derecho penal, cuestión que supera con mucho mi pretensión. Con un propósito más modesto me ocuparé de apuntar algunas ideas en torno a las relaciones concretas que en nuestro Ordenamiento parecen haberse hecho más visibles con la reforma procesal penal y que de algún modo plantean dificultades de armonía y correspondencia.

Como se sabe, cada vez más el análisis de la dogmática penal abarca ya no solamente al Derecho penal en su faz normativa sino también y al mismo tiempo en su faz aplicativa. Tal vez esta misma ampliación de la mirada del Derecho penal que no parece limitarse a la pura expresión normativa del mismo sino también a su cariz aplicativo, ha permitido la potenciación de una lectura más integrada del Derecho penal y procesal penal, lo cual ha puesto con más claridad todavía los puntos de convergencia de estas disciplinas, tanto como aquellas zonas en donde surgen orientaciones contradictorias entre estos dos órdenes jurídicos, y que inciden quitándose eficacia jurídica recíprocamente.

Desde el punto de vista antes referido el proceso penal chileno en determinados aspectos de su regulación y praxis no resulta armónico con el Derecho penal material, y por ello en una medida importante no asegura una correcta aplicación de las previsiones normativas, ni aparece propiciando la eficacia de determinados principios y garantías sustanciales, sino, antes bien, mediante distintos institutos procesales introduce distorsiones más o menos importantes, que contrastan con aquellas o que como mínimo inducen de hecho un contraestímulo procesal a la previsión normativa penal.

A continuación se expondrán tres asuntos concretos que resultan síntomas del mismo problema.

II. TAXATIVIDAD PENAL Y SISTEMA ACUSATORIO

El primer asunto problemático, a mi juicio, es la supuesta relación entre la característica propia de taxatividad de la disposición penal y el sistema acusatorio: se suele afirmar que una de las relaciones concretas del proceso penal con el Derecho penal es aquella que se produce como consecuencia del carácter más o menos acusatorio del juicio penal y de la formación de la prueba en este, en donde los sistemas acusatorios que aseguran la formación de la prueba con pleno vigor del debate contradictorio, orientado a la comprobación o refutación de precisas imputaciones demanda la existencia de preceptos penales con un alto grado de taxatividad, que realmente describan conductas empíricamente contrastables y repele al mismo tiempo las normas que recogen, más que una descripción taxativa, elementos valorativos solo mediatamente verificables, previa dotación de contenido

por parte del juez-intérprete, que en realidad deviene más bien juez-integrador de la disposición¹. Este último tipo de preceptos penales embaraza o compromete el mismo sentido del proceso acusatorio que exige de imputaciones de hechos como hipótesis que se puedan confirmar o refutar, y no de la imputación –como diría Franco Cordero²– de fantasmas legales.

La relación puede plantearse en un sentido bidireccional, los preceptos penales deben formularse taxativamente para conciliar adecuadamente con las características del sistema acusatorio como típico enjuiciamiento con eficacia del contradictorio, esencialmente dialéctico en torno a una hipótesis delictiva discutida; pero ello al mismo tiempo opera en sentido inverso, vale decir, el sistema procesal debe realmente contener los mecanismos procesales que aseguren y potencien la taxatividad a nivel procesal, en lugar de desvirtuarla o desvanecerla, pues, de otro modo, la previsión normativa sustancial queda en una medida más o menos importante en la ineficacia.

Desde esta última perspectiva anotada cabe reparar cómo en el ámbito procesal se trata la cuestión de la interposición de una imputación precisa y las normas procesales o la falta de ellas que puedan poner en riesgo o menoscabar la taxatividad. En este punto surge el cuestionamiento sobre el régimen rígido de preclusión acusatoria y los poderes del juez, en definitiva, lo que ha empujado a la jurisprudencia a moverse entre formas hiper exigentes de imputación para conceder algún grado de poder de garantía a la imputación-acusación, y formas muy poco exigentes, posición contrastante con la anterior y destinada a no lesionar la eficacia de la norma, y generar resultados indeseados de ineficacia punitiva, que son justamente las consecuencias nocivas de la primera. Pero como contrapartida, la segunda posición genera una potencial indefensión del imputado, cuestión que, en cambio, parece tutelada por la primera, que en lugar de indefensión, por el contrario, puede producir impunidad.

La crítica al sistema chileno en este aspecto estriba, como se ha dicho, en la extrema rigidez en la regulación de la preclusión acusatoria, pues es el origen de todas las interpretaciones con sus respectivos inconvenientes como consecuencias. El despropósito legal se traduce en la previsión de un único acto de acusación formulado antes de la práctica de la prueba sin posibilidades reales de ajustes al resultado probatorio, tal como parece estar concebido en el Código. Esta rígida preclusión acusatoria en el modelo procesal chileno implicaría por regla general dos posibilidades, cada cual insatisfactorias.

¹ Por todos, BRICOLA, Franco, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, en *L'indice penale*, XXIII, 2 (1989), pp. 317-319.

² CORDERO, Franco, *Procedura penale* (Milano, 2001), p. 444.

1. La posibilidad de configurar el hecho procesalmente relevante bajo un concepto extremo (exigente)

La primera de ellas consiste en entender que el deber de correlación se encuentra tan estrictamente formulado que cualquiera modificación introducida en la sentencia, por insignificante que ella sea, lesiona el deber de correlación de ésta con la acusación inicial, lo cual no sería sino una (mala) forma de resolver el problema de la imposibilidad de ajustar la acusación al resultado probatorio, pues sólo de esa manera la preclusión acusatoria sería capaz de obrar como límite eficaz, delimitador eficaz de los poderes de resolución jurisdiccional: de otra manera, el juez de improviso introduciría en el último momento modificaciones fácticas no asumidas e introducidas por la acusación que podrían alterar el objeto del proceso o, sin alterarlo, podrían provocar lesiones al derecho de defensa por modificaciones al objeto del debate, como es el caso de la introducción de hechos accidentales. Esta ha sido la alternativa o solución que inicialmente parecía imponerse en buena parte de la doctrina jurisprudencial sin muchos matices. Se tendía a considerar de manera extrema la correlación, sobre la base de una preclusión rígida en la formulación de la acusación, lo cual importaba la total inmodificabilidad (inmutabilidad) de los hechos de la acusación inicial. Ésta quedaba rígidamente definida antes del juicio y esa delimitación operaba en forma absoluta. Con esta solución se produjeron fallos aberrantes: se dictaron sentencias de absolución por modificaciones en la ubicación temporal del hecho (error en una fecha) o de un dato espacial (cambios del lugar de acaecimiento), o por la modificación de la modalidad concreta de comisión, elementos fácticos claramente irrelevantes desde el punto de vista del objeto del proceso. Bien es verdad, eso sí, que en casos concretos una circunstancia histórico-natural puede tener relevancia ya no por su trascendencia para el objeto del proceso, sino en función del derecho de defensa, pero ello podría haber sido resuelto justamente a través de la técnica de configuración flexible y progresiva de la acusación con posibilidades de ampliación del debate y prueba durante el desarrollo del proceso (juicio oral), vía que no parece todavía vislumbrada por la jurisprudencia.

Por otra parte, un sistema rígido de preclusión acusatoria anterior a la práctica de la prueba, combinado con una concepción hiper exigente de hecho para efectos de correlación, puede estimular formas elusivas o indeterminadas de formulación de la imputación incluso ya en la formalización de la investigación, como un medio para eludir el fuerte efecto vinculante de la imputación-acusación en detrimento de los poderes de enjuiciamiento, para lo cual se evita afirmar hechos concretos referidos a las coordenadas espacio-temporales o a las modalidades comisivas, justamente con el propósito de escamotear los efectos drásticamente preclusivos al punto de ya no poder ajustar esos aspectos de la imputación, tan-

to como los notables efectos limitadores de los poderes de enjuiciamiento del juez, quien tampoco podrá dar por probados los hechos tal como acaecieron y resultaron acreditados.

Un problema añadido a lo anterior reside en la eficacia excluyente de aquel pronunciamiento sobre un hecho así concebido para la determinación del objeto procesal. En efecto, es bastante claro que el legislador chileno ha querido consagrar un concepto único de hecho (de objeto procesal) tanto para fines de correlación como de cosa juzgada (y litis pendencia), tal como se desprende del mismo tenor del artículo 1º inciso 2º del CPP, que dispone que “La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”, con lo cual debemos concluir que una concepción hiper exigente de hecho en un sistema unitario de objeto procesal (de hecho) nos llevaría a la incomfortable situación de que la eficacia excluyente sería sumamente reducida, y el enjuiciado quedaría a merced de un segundo juicio con tal que se introdujeran unas mínimas modificaciones fácticas que alterasen en esta lógica la identidad del hecho. Y nótese que en dicho caso el MP en virtud del principio de legalidad tanto como por un elemental sentido de coherencia tendría el deber de formular una nueva imputación-acusación por el “hecho distinto”. En último término el sistema –visto desde este punto de vista– parece operar sobre la base de una concepción que podríamos denominar de contrataxatividad, vale decir, con fundamento en una suerte de taxatividad procesal invertida y contra reum, en virtud de la cual la más mínima modificación de cualquier referencia empírica contenida en la acusación expone al acusado a un nuevo juicio con elusión de la eficacia negativa o excluyente de cosa juzgada.

2. La posibilidad de configurar el hecho procesalmente relevante bajo un concepto normativo (abstracto)

La otra forma de enfrentar el problema (insatisfactoria así mismo) es aquella que tiende a imponerse en la más reciente jurisprudencia. En ella también se parte de la preclusión estricta del acto de acusación del art. 259 CPP, pero frente a esa preclusión producida antes de la práctica de la prueba no se está dispuesto a dejar limitado de manera extrema al juez, al punto de llegar a las situaciones de pronunciar absoluciones por cambios de lugar, de tiempo o de modalidad comisiva, con todas las consecuencias que ello conlleva. Para esto se ha acudido a una concepción normativa simplificada e imprecisa sobre el hecho. Así, se esgrime esta teoría –sin mucha claridad– a efectos de correlación y se afirma, de este modo, que el juez se halla limitado por el hecho procesalmente relevante definido por el núcleo esencial del mismo (aunque nunca se diga cuál es ese núcleo), pero no por las circunstancias o fragmentos fácticos accesorios

jurídicamente irrelevantes (*rectius*, accidentales). Con esa afirmación general e imprecisa la jurisprudencia suele resolver sin más la cuestión, llegando a la conclusión de que las circunstancias o hechos accesorios pueden ser introducidos o modificados por el juez en la sentencia.

La solución a la que se puede llegar con este criterio tal vez sea parcialmente correcta respecto al deber de correlación, pero olvida por completo que hechos accidentales y, por lo tanto, irrelevantes a efectos de objeto del proceso pueden tener importancia jurídico-penal o, sin ella, pueden ser importantes a efectos de la determinación del objeto del debate y de la eficacia del derecho de defensa. La introducción tardía en la sentencia definitiva privaría a las partes de ampliar su defensa a los nuevos términos del objeto del debate con necesidad incluso de nueva prueba³.

La sentencia con ello, si bien puede estar en lo cierto en cuanto al carácter accidental de los hechos añadidos con relación al objeto del proceso y fines de correlación, elude de forma palmaria la repercusión que el asunto puede tener con relación a la determinación del objeto del debate, pues debería de haberse tenido en cuenta que los hechos siendo normativamente accidentales y, por lo tanto, susceptibles de ser introducidos por el juez pueden lesionar la posición procesal de defensa o alterar su eficacia, frente a lo cual habría que asegurar un mecanismo de debate contradictorio para la introducción de esas modificaciones fácticas. Esto último es lo que habría de asegurarse a través del mecanismo de la ampliación en el juicio del debate, articulado por la posibilidad de ajustar la acusación al resultado probatorio con la consiguiente y correlativa oportunidad de la defensa de responder (*refutar*) y, en su caso, introducir nueva prueba.

³ Justamente un ejemplo claro de lo que se viene diciendo subyace al problema de la SCS de 24 de diciembre de 2007, Rol N° 5415-2007, en la cual se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la imputada en contra de una sentencia de condena por parricidio frustrado. El caso, en lo que nos interesa, es el siguiente: los hechos de la acusación sostienen que un día determinado la madre de la víctima, de profesión médico-cirujano, ingresa clandestinamente al hospital y a la habitación de la víctima (su hijo), que en ese momento se hallaba hospitalizado, y sin autorización ni conocimiento del equipo médico tratante le suministra fármacos al margen del tratamiento médico, lo que le causa un súbito y severo deterioro de sus funciones vitales que implicó hipoglicemia, inestabilidad hemodinámica y desadaptación al ventilador, presentando un edema pulmonar que hizo necesario efectuar diversas maniobras de reanimación, dado que sus signos vitales variaron repentinamente de rangos, principalmente la presión venosa central, funciones respiratorias y funciones cardíacas, todo lo cual, de no haber mediado oportuna intervención de facultativo, habría producido la muerte de la víctima.

A este conjunto de hechos la sentencia impugnada habría añadido explícitamente el fármaco preciso suministrado y la dosis del mismo. En concepto del tribunal de instancia, estos elementos que él añade carecen de trascendencia jurídica para la determinación de una eventual infracción al deber de correlación.

3. La solución jurídica al problema planteado

Un sistema rígido de preclusión acusatoria como el que está en vigor en la práctica no puede ser corregido con ninguna de las interpretaciones señaladas. Si se opta por la concepción hiper exigente de hecho, aquello puede acabar o en una grave generación de ineficacia punitiva o en una peor estimulación de la técnica de textura abierta en la formulación de la imputación-acusación, como medio para sortear el fuerte efecto vinculante que se produce con las concepciones extremadamente exigentes de hecho.

Por el contrario, si conscientes de los problemas anteriores se busca evitarlos –como de hecho acontece en mucha jurisprudencia del último tiempo– y se prefiere una concepción abstracta (normativa) y poco vinculante de hechos constitutivos del objeto del proceso, resulta que tal concepción combinada con un sistema rígido de preclusión acusatoria arroja como resultado el grave resentimiento de la taxatividad procesal, entendida ésta como una manera precisa de formación de la prueba en los procesos acusatorios, destinada a confirmar o refutar hipótesis de incriminación formuladas por la acusación, cuestión que ciertamente tiende a decaer o a perder parte de la fuerza que se le reconoce en teoría.

Por todo lo dicho es que es tan importante considerar el problema en su integridad. No se resuelve todo con un concepto simplista de hecho procesalmente relevante; por el contrario, es menester hacer precisiones sobre el hecho y luego sobre esa base distinguir bien el problema de la correlación y objeto del proceso, por una parte, y el debate contradictorio y objeto del debate, por otra⁴.

Se entiende con lo explicado la importancia de regular adecuadamente la preclusión acusatoria y el interés técnico que tiene el optar por un modelo de configuración flexible y progresiva, previendo oportunidades procesales posteriores a la prueba para ajustar el contenido acusatorio, y aparejando a ello oportunidades de ampliar el debate. Esto potencia la taxatividad a nivel procesal y limita la abstracción normativa que permite acoger diversas reconfiguraciones de hechos que difieran de las que fueron objeto de imputación, lo cual se logra con plena vigencia de las garantías a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, posibilitando al mismo tiempo la correcta aplicación del Derecho penal y el funcionamiento adecuado del efecto excluyente del enjuiciamiento (non bis in idem procesal).

Un modelo de configuración flexible y progresiva de acusación opera como un mecanismo que media entre la conveniente individualización normativa del objeto del proceso y la necesidad de imputaciones-acusaciones completas y precisas. En otras palabras, por esta vía se consigue la taxatividad a nivel procesal pero ello no

⁴ Esta cuestión resulta clave para entender el problema que se explica. *Vid.* DEL RÍO FERRETTI, Carlos, Los poderes de decisión del juez penal (Santiago, 2009), pp. 38-65.

se traduce en la imposición de una grave atadura al juzgador que queda limitado a la exacta declaración en su sentencia de aquella. Y al revés, pues no obstante el carácter normativo de la consideración del objeto procesal se puede exigir a la acusación la más completa y precisa imputación, la que en todo caso podrá o, mejor, deberá ser actualizada hasta el último momento del juicio, lo cual es perfectamente posible, puesto que se entiende que su modificación en sus parámetros de determinación naturalística o comisiva o en los elementos subjetivos del tipo o en el mismo tipo subjetivo o en el nexo causal o en los elementos fácticos que operan la progresión o regresión delictiva, por ejemplo, no alteran la individualización del objeto normativo del proceso.

4. *La acusación como término de correlación (comparación) limitador*

La acusación es el término de correlación (comparación) limitador de la sentencia en cuanto es el acto de postulación por el cual se fija con precisión el objeto del proceso, es decir, el hecho atribuido al acusado, además de la calificación jurídica del mismo (art. 341).

En los ordenamientos de matriz europea continental se dispone la actualización de la acusación al resultado probatorio: podríamos decir que en ellos se sanciona un concepto progresivo y flexible de acusación, del contenido acusatorio, según el mérito del proceso. Así es como en los casos del derecho italiano⁵, alemán⁶ y español⁷ se establece que el término de correlación (comparación) son las calificaciones definitivas o la imputación o acusación como se presente después de la vista del juicio oral y una vez practicada la prueba, ya que tras el resultado probatorio

⁵ En el *Codice di procedura penale*, art. 521. *Vid.* NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, (Bologna, 1989), pp. 330-345; FASSONE, Elvio, *Manuale Pratico del nuovo processo penale*, en FORTUNA, Ennio; GIUSTOZZI, Raimondo; FASSONE, Elvio; DRAGONE, Stefano, misma obra, (Padova, 1993), pp. 845-847; RAFARACI, Tommaso, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, (Milano, 1996), pp. 33 y ss.; CORDERO, Franco, *Procedura penale*, (Milano, 2001), pp. 449-455; CALAMANDREI, Iolanda, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel Codice di Procedura penale del 1988*, en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, (1996), pp. 643 y ss.; GIANNITI, Pasquale, *Rilievi sul "fatto" nel processo penale*, en *Rivista italiana de Diritto e Procedura penale*, (Milano, 1999), pp. 412 y ss.; GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, *Codice di procedura penale. Commentario*, segunda edición, (2001), pp. 1463 y ss.

⁶ En la StPO alemana se debe tener presente la correcta regulación de los parágrafos 264 y 265. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000), pp. 160-161; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, (Barcelona, 1985), pp. 39-42 y 366-367.

⁷ *Vid.* PÉREZ MORALES, Mónica Galdana, *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y jurisprudencia*, (Granada, 2002), *pássim*; CUCARELLA GALIANA, Luis, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, (Pamplona, 2002), *pássim*; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno*, (Valencia, 2007), pp. 90 y ss.

puede haber necesidad de replantear parcialmente la acusación, de modo que sólo después de este momento se tiene la acusación definitivamente depurada y establecida. La sentencia debe guardar correlación con esta acusación.

El CPP dispone en cambio que la acusación se interponga, si es que hay mérito para ello, una vez concluida la etapa de investigación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 259, dejando abierto un punto que a nuestro juicio trae un importante grado de incertidumbre si no se intenta esclarecer. Nos referimos a la falta de previsión legal expresa de una oportunidad posterior a la práctica de la prueba que tenga la finalidad de adecuar las conclusiones fácticas y jurídicas de la acusación inicial –art. 259⁸– ya que ésta se basa en puros antecedentes de la investigación: fuentes probatorias que todavía no han producido sus efectos jurídicos en el juicio, de modo que la acusación inicial es una acusación con base en conjeturas sobre lo que será la prueba. De ahí su radical provisionalidad. Analizadas las cosas desde esta perspectiva –la radical provisionalidad del acto acusatorio– se muestra absurdo concluir que la falta de expresa regulación de un segundo acto acusatorio pueda implicar la intención del legislador de establecer un sistema rígido de preclusión acusatoria previo a la misma producción de prueba. La acusación que se realiza en la etapa intermedia debería ser entonces una acusación provisional en cuanto no puede recoger las modificaciones que probablemente sea menester efectuar, considerando el resultado probatorio; por ello convendría contemplar expresamente la posibilidad de un segundo momento procesal para actualizar y ajustar la acusación al resultado probatorio, pero mientras esto no acontezca a través de la reforma legal correspondiente, creo que el sistema en su conjunto ofrece indicios que permiten inferir que tal cosa es posible, aunque con dificultades.

Establecida la provisionalidad de la acusación precedente necesitamos encontrar el acto y el momento procesal oportuno en el cual se debe interponer la acusación definitivamente, con el fin de saber precisamente cuál es el término de comparación de la sentencia. Ésta ha de ser la acusación planteada definitivamente en el juicio oral.

Después de la acusación, y ya dentro del juicio oral, hay dos actos de parte acusadora fundamentales. Uno al inicio de la audiencia del juicio y otro al final. El acto inicial que se ha denominado “alegato de apertura” (art. 325), es un acto oral de alegación que tiene lugar al inicio de la audiencia, con la evidente finalidad de presentar oral y resumidamente la acusación inicial, y además tiene, a nuestro juicio, el propósito de centrar e introducir a las partes y al tribunal en las cuestiones sustanciales del juicio penal, siendo útil a la dinámica de la oralidad y de la inmediatez. Es decir, sirve para “presentar el caso” y las tesis fácticas y jurídicas sostenidas y que se han de debatir y probar.

⁸ La acusación que nosotros denominamos inicial es la única acusación prevista explícitamente en el nuevo CPP, denominada “acusación” a secas.

En este momento procesal inicial, las partes, en principio, no cuentan con ningún elemento de juicio nuevo –prueba– como para justificar un cambio de lo que se ha sostenido en la acusación antes de la apertura del juicio, de tal modo que no se presenta como el acto procesal más idóneo para la modificación de la acusación inicial⁹.

Diametralmente opuesta es la finalidad del denominado “alegato final” (art. 338), ello en razón de que este acto al estar previsto al cierre de la audiencia, una vez que se ha practicado toda la prueba, no puede tener otra finalidad que el que todas las partes y, en concreto, las partes acusadoras concluyan al tenor del resultado probatorio, debiendo admitirse las modificaciones que correspondan, tanto fácticas como jurídicas. Es por ello que el art. 338 dice que este acto es para que las partes “expongan sus conclusiones”, de modo que éstas deben ser consideradas las “conclusiones definitivas”¹⁰, en orden a fijar irreversiblemente y con toda precisión el hecho punible, las circunstancias fácticas y las calificaciones jurídicas y el *petitum*. Y por eso mismo es que realizado el “alegato final” las partes podrán “replicar” a las conclusiones de la otra, conforme lo establece el mismo art. 338, inciso 2º.

En consecuencia, esta acusación definitiva (alegato final) realizada en la oportunidad procesal del art. 338, antes del cierre de la audiencia del juicio oral, es el genuino término de correlación o comparación limitador de la sentencia, pues representa la más depurada configuración del objeto del proceso y de la calificación jurídica¹¹.

⁹ Salvo que se haya excluido prueba en la audiencia de preparación, y que por ese motivo se requiera modificar la acusación tanto en su contenido fáctico como jurídico, en cuyo caso parece oportuno aprovechar los alegatos de apertura para introducirlos. La exclusión de uno o más medios de prueba pueden justificar, por ejemplo, una degradación delictiva, desde el tipo agravado al tipo base o la eliminación de una circunstancia agravante. Esta es una situación distinta a la que se regula en el inciso final del art. 277 CPP, ya que la norma está reglando la hipótesis de que con motivo de la exclusión de prueba el MP se quede sin prueba suficiente para sostener su acusación, trance en el cual no puede sino pedir el sobreseimiento definitivo en ese momento, antes de la apertura del juicio, para evitar el inicio de este en un caso en donde no tiene posibilidades racionales de probar su acusación. En cambio, si la exclusión de prueba sólo afecta parcialmente la acusación, de modo que si bien ya no se puede mantener la primera calificación jurídica, por reducción del hecho, pero sí una degradada, es menester hacer la recalificación al inicio del juicio oral en el alegato de apertura.

¹⁰ Pretendemos expresar que el alegato final regulado en el art. 338 contiene la oportunidad procesal de realizar los ajustes finales a la acusación inicial, razón por la cual la denominamos “conclusión definitiva”.

¹¹ Lo dicho con anterioridad parte de un presupuesto que al mismo tiempo opera como límite, como es precisamente la identidad normativa del hecho (objeto del proceso). En efecto, en el modelo chileno que se decanta por una concepción unitaria de objeto del proceso, cuestión que cabe inferir de la interpretación de los arts. 341 y 1º del CPP, no puede sostenerse sino una

5. *El tránsito hacia un sistema de configuración flexible y progresiva de imputación-acusación requiere de normas coherentes*

La afirmación consistente en que el término de correlación de la sentencia es la acusación como aparece formulada en el denominado “alegato final”¹² parte del supuesto de que es posible que la acusación inicial (la de la fase intermedia) sea modificada en algunos de sus aspectos a causa del resultado probatorio.

aproximación normativa de la identidad del hecho procesalmente relevante. Se quiere decir con identidad normativa del hecho que aquella viene configurada por la concurrencia de la identidad al menos parcial de los actos de ejecución típicos y/o la concurrencia de la identidad del objeto material de la tutela (bien jurídico protegido).

Por cierto, en determinados casos se ha de aplicar uno u otro criterio exclusivamente, pero en general se debe partir de la idea copulativa o complementaria, reconociendo casos de aplicación exclusiva de uno u otro criterio. Parece lógico suponer que la aplicación copulativa es procedente en la mayoría de los supuestos en que se trata de hechos penales únicos, mientras que en el caso de pluralidad de hechos penales, como el concurso ideal, pareciera resolverse más bien bajo el criterio de la acción, y, por el contrario, en el caso de las diversas formas de participación se resolvería de forma adecuada bajo el criterio del bien jurídico únicamente.

Con todo, la aplicación copulativa del criterio del bien jurídico lesionado al de la acción supondrá considerarlo de un modo distinto al resultado lesivo concreto de la acción delictiva de que se trate. En efecto, si la consideración del bien jurídico permite recoger normativamente el resultado de la acción delictiva y hace posible su valoración procesal con miras a la identificación del hecho, no se les puede considerar equivalentes, ya que ello importaría trasladar sin más el concepto de hecho penal al proceso. Este traslado conduciría a la perniciosa consecuencia de que variaría el resultado –el bien jurídico en concreto– cada vez que se modificara el hecho penal y su correspondiente calificación jurídica, pues cada hecho penal *stricto sensu* tiene una calificación jurídica diversa que varía cada vez que varía su resultado. Por consiguiente, el juez en ese caso quedaría vinculado no sólo al *factum* introducido por la acusación, sino además a la concreta calificación jurídica realizada por ésta, privándosele de su poder de aplicación del Derecho al caso concreto. Es por ello que con el fin de evitar esta distorsión normativa es que es menester considerar el bien jurídico lesionado desde una perspectiva abstracta y general como equivalente a aquel bien o bienes tutelados por un conjunto coherente de normas penales pertenecientes a un mismo o próximo ámbito de tutela penal. El problema del objeto del proceso en el proceso penal está tratado en detalle en DEL RÍO FERRETTI, Carlos, Los poderes de decisión del juez penal, (Santiago, 2009), *cit.*, pp. 131-215.

¹² Lamentablemente cierta jurisprudencia mantiene una posición absolutamente extrema y rígida, señalando que no hay otro acto acusatorio que el de la acusación inicial del art. 259, y el cual a su vez se halla sometido en su contenido de manera casi literal al relato fáctico de la imputación realizada en la formalización, de modo que ni siquiera se admite que en la acusación se corrijan errores de la formalización de carácter temporal. *Vid.* un ejemplo extremo en SCA de La Serena, 06.09.2006, Rol N° 233-2006. Se trata de una acusación por violación donde se comete un error en la fecha: se dice que el delito fue cometido el 2003, pero la fecha correcta es el 2004. Se advierte el error por la fiscalía y se trata de corregir en la acusación inicial del 259, pero el juez de garantía impide al fiscal introducir esa modificación, luego lo intenta en los alegatos iniciales y de clausura, y también el TJOP rechaza dicha modificación. En definitiva, se absuelve al acusado por la diferencia en las fechas, que no se permitió corregir.

Las modificaciones que puedan hacerse a la acusación inicialmente interpuesta debieran respetar –desde luego– la identidad del objeto del proceso introducido al juicio oral mediante la primera acusación. Respecto al hecho punible, sólo se podrían admitir modificaciones de carácter accidental, sin que llegaran a producir cambios de carácter esencial que supongan romper la identidad del hecho¹³. De lo contrario, en caso de admitir la modificación fáctica sin este límite se estaría autorizando al acusador a introducir unilateral e intempestivamente un nuevo objeto del proceso a enjuiciamiento en las postrimerías del proceso, y sin que haya mediado posibilidad alguna de realizar una adecuada actividad preparatoria de la defensa respecto de ese nuevo objeto procesal en las etapas precedentes del proceso¹⁴.

¹³ Nos remitimos en este punto a todo lo argumentado en los apartados dedicados al objeto del proceso.

¹⁴ Nótese que tanto en los sistemas italiano, alemán y portugués es posible la introducción de un nuevo objeto del proceso en las postrimerías del juicio, pero siempre que el acusado preste su consentimiento y así lo autorice el juez, además de la posibilidad de desarrollar una actividad de preparación respecto del hecho nuevo.

La acumulación de hechos nuevos procede en el sistema italiano sólo con el consenso del acusado y previa autorización del Presidente de la Audiencia (art. 518). Hemos dicho que el supuesto trata del caso de que en juicio aparezca un hecho nuevo y distinto del que ha motivado la acusación. El art. 518 se refiere a la posibilidad de acumular al proceso un hecho nuevo, diverso y autónomo del que se haya incluido en la acusación. El hecho nuevo es extraño, diverso al de la acusación desde un punto de vista histórico, y no ligado con éste por un vínculo de conexión.

En principio el hecho nuevo debería producir un proceso nuevo y distinto, conforme las reglas generales del Código italiano, que es lo que dispone el art. 518, *comma* 1. Sin embargo, con vista a atenuar el rigor de esta regla, cuando el imputado consiente en el enjuiciamiento simultáneo del “hecho nuevo”, la ley permite que se acumule el hecho, con la previa autorización del Presidente de la Audiencia.

En fin, el art. 518, *comma* 2, no sólo admite la acumulación de hechos nuevos, sino también comprende la posibilidad de que el hecho nuevo emerja “en lugar” del que inicialmente se había imputado. Esto ocurrirá en caso en que de la práctica de la prueba se deriven radicales modificaciones sobre el hecho inicial. Esta modificación o mutación del hecho debe ser sustancial, de modo que se entienda como un hecho nuevo, porque de lo contrario procede el uso del cauce del art. 516, que permite la adecuación de la imputación cuando se trata de modificaciones no sustanciales. *Vid.* RAFARACI, Tommaso, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, (Milano, 1996), *cit.*, pp. 51-57; TONINI, Paolo, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 3ª edición, (Milán, 2005), pp. 309-311.

En el Derecho alemán la situación producida por un hecho nuevo que aparece en el juicio oral está resuelta en el parágrafo 266 de la StPO, mediante la regulación de la denominada *nachstragklage*, que no es otra cosa que la ampliación de la acusación a hechos punibles nuevos, siempre que el acusado lo acepte y el juzgador fuere competente para juzgar aquellos hechos punibles. Como hemos dicho, en este caso se asegura el derecho de defensa del acusado. *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*. CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000), *cit.*, p. 367; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, en

En cuanto a las modificaciones de la calificación jurídica, se pueden admitir libremente, con la única limitación referida a la identidad del objeto del proceso. En otras palabras, siempre que la calificación no suponga un cambio sustancial o esencial del hecho. Por lo tanto, los cambios de calificación realizados sobre la acusación inicial en el momento de las “conclusiones” previstas en el art. 338 pueden abarcar modificaciones del título de condena, de la forma de participación o del grado de ejecución, o estar referidas a la estimación de una circunstancia modificatoria de la responsabilidad o incluso de una eximente.

Fijados la amplitud y límite de las modificaciones a la acusación inicial derivadas del resultado probatorio, se suscita el problema de la necesidad de reaccionar frente al cambio fáctico-jurídico que se pudo haber producido en la acusación, es decir, de la necesidad de preparar con cierto tiempo la defensa, incluso con aportación de nueva prueba, cuando se producen estos cambios. Tocante a esta materia, el art. 338 contempla sólo la posibilidad de debate mediante el reconocimiento del derecho a la “réplica”, pero no asegura el derecho a preparar adecuadamente la defensa mediante la solicitud de suspensión del juicio y, en su caso, de prueba, como de hecho se prevé y acontece en los ordenamientos italiano¹⁵, alemán¹⁶ y español¹⁷. Una vez más el Código chileno adolece de imprevisión normativa.

A pesar de no encontrarse prevista ninguna suspensión del juicio y petición de nueva prueba para estos casos, la falta de previsión normativa podría ser subsanada por aplicación de dos normas que correctamente interpretadas podrían servir a

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, el mismo, segunda edición, (Madrid, 1997), pp. 225-226.

En el Derecho portugués también se admite la posibilidad de ampliar la acusación siempre que el ministerio público y el acusado estuvieren de acuerdo con el juzgamiento de los nuevos hechos, y el tribunal fuere competente para enjuiciarlos. También asegura la suspensión del juicio para la preparación de la defensa (art. 359.2 y 3 del CPP).

En el sistema español existe una posibilidad análoga con la instrucción suplementaria. El art. 746.6 dispone que ha de procederse a la suspensión del juicio oral “Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria”.

En el sistema chileno no existe ninguna previsión normativa análoga de modo que hay que concluir que es totalmente imposible la modificación sustancial del hecho o la acumulación de hechos nuevos al proceso en el mismo juicio oral.

¹⁵ Vid. FASSONE, Elvio, *Manuale Pratico del nuovo processo penale*, en FORTUNA, Ennio, GIUSTOZZI, Raimondo, FASSONE, Elvio, DRAGONE, Stefano, misma obra, (Padova, 1993), *cit.*, pp. 309-311. Art. 519 del CPP italiano.

¹⁶ En el caso de la STPO el § 265 (3) y (4), prevé con gran precisión la posibilidad de suspensión. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000), *cit.*, p. 362.

¹⁷ En la LECrime, art. 788.3 y 4, previsto para el procedimiento abreviado, pero que por vía interpretativa algunos autores entienden aplicable para el procedimiento ordinario.

estos objetivos. La primera es aquella contenida en el art. 283 del nuevo CPP, que autoriza al tribunal para suspender la audiencia hasta dos veces por razones de absoluta necesidad y por un máximo de diez días. Esta norma, pese a su carácter general y a no señalar los casos de procedencia, se podría utilizar para abrir la posibilidad de que de oficio o a petición de parte se otorgara a la defensa un plazo para preparar la defensa frente a la modificación de la acusación.

La segunda norma se refiere a la posibilidad de presentar prueba. Estimamos que se ha de acudir al art. 336 que permite la petición de prueba no solicitada oportunamente. El problema es que la norma se limita al caso de que no se hubiere sabido de la existencia de la fuente de prueba, con lo cual habría que hacer una interpretación extensiva de ese presupuesto con el fin de abrir la posibilidad de pedir esa prueba en aquellos casos en que, aun sabiendo de la existencia de la fuente de prueba, no se pidió en su momento por ser irrelevante y que ello posteriormente, por la modificación de circunstancias de la defensa, adquiere relevancia¹⁸. En esta hipótesis se está no tanto (o no necesariamente) en una situación de ignorancia de la fuente de prueba, sino más bien ante la imposibilidad de prever la relevancia probatoria de una fuente, justamente porque ésta deviene relevante por una alteración subsecuente del objeto del debate, que se va configurando de forma flexible durante el mismo juicio oral.

En fin, una hipótesis aparte sería el caso de que en la conclusión definitiva se apreciara una circunstancia agravante, en cuyo supuesto habría que tener en cuenta la solución que se desprende del inciso 4º del art. 343, que contempla como excepción a la regla de la resolución inmediata en la sentencia de condena de todas las circunstancias modificatorias, para un momento posterior y previo debate, lo que permitirá que en esa oportunidad se discuta sobre la determinación de la pena y de su cumplimiento. Esto abriría la posibilidad de preparar una defensa respecto de las circunstancias agravantes al menos. Sin embargo, se trata de un cauce procesal muy restrictivo, pues el debate se producirá a continuación de la misma audiencia del juicio oral sin mediar un tiempo adecuado para la preparación de defensas que pueda requerirse para enfrentar eficazmente ese debate, sobre todo teniendo en cuenta que puede haber necesidad de actividad probatoria sobre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Más adecuado nos parecería (aunque no satisfactoria) la regulación anterior a la denominada Ley de Ajustes en la que se disponía de una audiencia especial para debatir sobre las circunstancias ajenas al hecho punible (art. 345 derogado)¹⁹.

¹⁸ Se trataría no tanto de una novedad sobre la fuente de prueba, como está previsto originalmente en la norma, sino más bien de nueva prueba sobre la base de una novedad sobre el objeto de prueba.

¹⁹ Los requisitos que se establecían para dar lugar a esta audiencia especial de determinación y cumplimiento de pena eran bastante restrictivos, pues se concedía sólo para aquellas circunstancias

Por otra parte, la exigencia de ser “ajenas al hecho punible” hace excepcional la posibilidad de extender la audiencia para el debate de las circunstancias, pues la mayoría de ellas y las más importantes son aquellas que están integradas en el hecho punible (desde un punto de vista histórico)²⁰. En todo caso se nos ocurren como ejemplo de circunstancias agravantes ajenas al hecho la reincidencia o reiteración de delitos, o la que consiste en cometer el delito mientras se está cumpliendo una pena o después de haber quebrantado otra, o la que consiste en cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa, y, como ejemplos de atenuantes, la reparación con celo del mal causado o la conducta anterior irreprochable. Pero son estas las circunstancias que por regla generalísima no requieren de un gran debate.

Lo sugerido precedentemente es una forma de corregir el problema descrito al principio y que compromete cuestiones de Derecho penal y procesal penal. Otra forma de enfrentar el asunto –aun más recomendable, desde luego– consiste en acoger estas interpretaciones en precisos y claros preceptos legales, los cuales no dejarían márgenes a las dudas y resistencias que naturalmente pueden plantearse con la actual regulación.

III. DERECHO PENAL Y PRINCIPIO DEL CONSENSO EN LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. PROBLEMAS CONCRETOS

Un segundo asunto que genera un escenario jurídico problemático y todavía de mayor alcance que el precedente por su amplitud aplicativa es el derivado de los procedimientos especiales que admiten el consenso de las partes y dentro de ellos sobre todo el procedimiento abreviado. Hay aquí un concreto impacto del Derecho procesal penal en el Derecho penal sustantivo. Este es –con toda probabilidad– uno de los ámbitos donde más fuertemente ha incidido la reforma procesal penal en la aplicación del Derecho penal.

modificatorias que eran ajenas al hecho punible, y siempre que el tribunal la estimara necesaria (la audiencia), requisitos copulativos sin los cuales no había audiencia, dejando el derecho de defensa de las partes en manos del arbitrio judicial: que el tribunal estimara precedente el debate sobre las circunstancias, las que además debían ser “ajenas al hecho punible”. *Cfr.* DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *Proceso penal*, (Santiago, 2007), pp. 401-404.

²⁰ Aquí cabe resaltar que la ley usa el concepto de “hecho punible” en un sentido de hecho histórico, como relato fáctico en que se sustenta la acusación, pero no puede usarlo en el sentido normativo, ya que en ese caso ninguna agravante estaría incluida en el “hecho punible” y todas serían ajenas al mismo. Una circunstancia agravante nunca puede estar incluida en el “hecho punible” desde el punto de vista normativo. Si una circunstancia está incluida en el “hecho punible” desde el punto de vista normativo esa circunstancia lo es del mismo “hecho punible” y no de una agravante, de modo que si ella no concurre no se habrá constituido el tipo penal mismo, mientras que cuando no concurre una verdadera agravante, el tipo penal existe, pero sin la agravación correspondiente.

Un rasgo de la tutela penal que se ha visto muy afectado es el de la garantía de legalidad penal. Este se resume en dos aforismos latinos: *nulla poena et nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*, los cuales significan que el juez se halla sometido a la ley, no pudiendo calificar como delitos “sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena”²¹ y que el sometimiento del juez lo es a la ley en la medida que “las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas”²².

Sólo a la ley está encomendada la tarea de determinar qué hechos precisos se consideran lo suficientemente lesivos como para describirlos como delitos y, por lo tanto, como presupuestos de una pena²³. Esto quiere decir que a la norma legal corresponde establecer los hechos lesivos que se deben hallar previamente calificados de delitos, y de los cuales depende la pena.

Como se ve, la ley establece anticipadamente una coherente relación entre hecho lesivo, delito y pena atribuida²⁴. Esta imbricación de conceptos se vincula con la retribución penal en el sentido de que es la ley la que establece el nexo lógico entre delito y sanción, enlazando la proporcionalidad de la pena atendido el delito y, en último término, la proporcionalidad de la pena respecto del hecho²⁵⁻²⁶.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.). (Madrid, 1995), p. 35.

²² FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.). (Madrid, 1995), p. 35.

²³ *Vid.*, entre muchos MESSINA, Salvatore, La discrezionalità nel diritto penale, (Roma, 1947), *pássim*; CORDERO, Franco, Le situazioni soggettive nel processo penale, (Torino, 1956), *passim*; BRICOLA, Franco, La discrezionalità nel diritto penale, (Milano, 1965), *pássim*; FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.). (Madrid, 1995), *cit.*, pp. 703-704. También MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte general, I, AIMONE GIBSON, Enrique y BOFILL GENZSCH, Jorge (trad.) (Buenos Aires, 1994), pp. 155-156.

²⁴ *Vid.* MARCOLINI, Stefano, Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata, (Milán, 2005), p. 116.

²⁵ *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.), (Madrid, 1995), *cit.*, pp. 397-402; MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte general, I, AIMONE GIBSON, Enrique y BOFILL GENZSCH, Jorge (trad.) (Buenos Aires, 1994), *cit.*, pp. 155-156.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, El proceso penal español ante una perspectiva penal negociada, en *Revista de Derecho Procesal*, (1991), pp. 290-295, anota que la debida proporcionalidad del hecho, el delito y la pena se rompe con las formulaciones de acusaciones sobre la base de

Pues bien, todo esto se ve desbaratado con la introducción de las prácticas inadecuadas en el procedimiento abreviado²⁷. En efecto, la negociación penal que se ha producido mediante las prácticas del forzado ajuste de hechos a una calificación, o de las calificaciones inadecuadas al mismo, o de la petición de atenuantes o del abandono de agravantes en la modificación de la acusación suponen una grave infracción a la legalidad penal sustantiva. Es más este tipo de manifestaciones del consenso en materia penal parecen sostenerse en nuestro medio en una deliberada aplicación incorrecta de las normas penales, que incluso en cuanto prácticas más o menos constantes pueden ser clasificadas o tipificadas²⁸.

En el fondo, a través de estos medios se crean normas (leyes) penales ad hoc²⁹ aplicables al caso particular (¿igualdad ante la ley penal?), fruto de una acusa-

hipótesis fácticas irreales. También LAFAVE, Wayne e ISRAEL, Jerold, *Criminal procedure*, 2ª segunda edición, (St. Paul, 1992), pp. 926 y ss.

²⁶ En el Ordenamiento chileno es claro que el Derecho penal no resulta un buen ejemplo de proporcionalidad entre hecho, delito y pena. La incoherencia y desproporcionalidad en el tratamiento y castigo de las distintas figuras penales acaba siendo muy frecuente, fenómeno vinculado a una suerte de producción legislativa de emergencia tan propia de las sociedades latinoamericanas, en las cuales se responde punitivamente a graves y profundos problemas sociales.

Con todo, las prácticas criticadas vienen a agravar todavía más esa falta de rigor sistemático en la elaboración de las normas penales y que tienen por objeto asegurar la coherencia y proporcionalidad, pues a esa falta de aplicación de criterios dogmáticos cuidadosos por parte del legislador hay que añadir la producción arbitraria de normas penales generadas en el casuismo desbordado de la praxis procesal.

²⁷ Resulta interesante constatar cómo esta cuestión que nosotros estamos criticando en el sistema chileno, a propósito de las malas prácticas del MP, ha sido reconocida en otros sistemas. De este modo, por ejemplo, el fenómeno tiene una identidad propia y reconocida en la justicia penal estadounidense. En este sistema se habla del *law-making* como una función del juez y que se justifica en los márgenes de discrecionalidad que este posee, de manera que la ley penal sustantiva legislada, general y abstracta, no es el único parámetro normativo del juez, el cual puede ser modificado con bastante amplitud por su mismo criterio de solución en el caso concreto. A este respecto, puede consultarse el trabajo FANCHIOTTI, Vittorio, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, en *Cassazione penale*, fascicolo 1, (1998, *pássim*, y especialmente pp. 323-324. También JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, I, MIR PUIG, Santiago; MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), (Barcelona, 1981), pp. 171 y ss., CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *El proceso penal español ante una perspectiva penal negociada*, en *Revista de Derecho Procesal*, (1991), *cit.*, pp. 231-298, y especialmente pp. 290-295; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias del Derecho comparado*, (Salamanca, 1997), pp. 96-97; AGUILERA MORALES, Marien, *El "principio de consenso". La conformidad en el proceso penal*, (Barcelona, 1998), pp. 25-39. Una visión estadounidense de su sistema en LAFAVE, Wayne e ISRAEL, Jerold, *Criminal procedure*, 2ª segunda edición, (St. Paul, 1992), *cit.*, pp. 900 y ss., y especialmente 926-928.

²⁸ *Vid.* la clasificación de estas prácticas en DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*, (Santiago, 2009), pp. 77-108.

²⁹ Con este giro (ad hoc) se expresa la idea de que la norma penal en estos casos no viene fijada por la ley, sino por la misma actividad *negociadora* realizada por el fiscal, a través de las

ción que se aparta de lo dispuesto en la ley, y que no responde a ningún criterio normativo fijado previamente (¿certeza de la ley penal?) ni mucho menos a una correcta sistemática dogmático penal³⁰⁻³¹, sino más bien a criterios utilitaristas del fiscal y del MP y a la habilidad negociadora del imputado en cada caso, de modo que pueden existir dos hechos iguales y con iguales circunstancias, pero que se someten a normas penales ad hoc y consecuencias penales concretas no-

nocivas prácticas denunciadas. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocio (Trad.), (Madrid, 1995), *cit.*, pp. 749-752, incide en este punto. Dice que el acusador público usando y abusando de las posibilidades de negociación puede generar una modificación de Derecho penal sustantivo mediante la técnica de rebajas de penas.

La modificación de la ley penal sustantiva que se da en las negociaciones penales, reviste varios problemas. En primer lugar, la ausencia de permanencia y estabilidad de la norma, ya que su validez normativa sólo se extiende al caso particular, es decir, es una norma penal ad hoc, de modo que pueden haber dos casos particulares iguales con distintas normas penales. Una más grave que otra, lo cual dependerá en cada caso de la habilidad negociadora del acusador versus la del imputado y su defensa. En segundo lugar, como es evidente, la existencia de tantas normas penales como casos de negociación penal existan, sin obedecer a un criterio único, infringe el principio de igualdad y de seguridad jurídica, pilares básicos de los ordenamientos jurídicos dentro de un Estado democrático de Derecho.

Otro autor que ha puesto de manifiesto este fenómeno es FANCHIOTTI, Vittorio, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, en Cassazione penale, fascicolo 1, (1998), *cit.*, *pássim*, y especialmente pp. 323-324, pero referido a los amplios márgenes de discrecionalidad de la acusación pública norteamericana en la determinación de la *norma penal* aplicable al caso concreto, pudiendo alterar las previsiones legales (*law making*). *Vid.* también RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias del Derecho comparado*, (Salamanca, 1997), *cit.*, pp. 39 y ss., y especialmente, pp. 95-109.

³⁰ *Vid.* FANCHIOTTI, Vittorio, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, en Cassazione penale, fascicolo 1, (1998), *cit.*, *pássim*. Creemos que este puede ser una de las principales críticas a la coherencia de un sistema discrecional como el estadounidense.

Conviene observar que MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, I, AIMONE GIBSON, Enrique y BOFILL GENZSCH, Jorge (trad.) (Buenos Aires, 1994), *cit.*, pp. 159-162, consideran que la prohibición de la analogía penal que impone el principio de legalidad se refiere también a la pena: *nulla poena sine lege stricta*, de la cual derivaría la prohibición de penas arbitrarias, como también la proscripción de creación de tipos por vía judicial. Consultar también a JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, I, MIR PUIG, Santiago; MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), (Barcelona, 1981), pp. 171 y ss., y especialmente pp. 173-174.

³¹ *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal, en *Revista General del Derecho* (Valencia), (1992), pp. 9877-9884; AGUILERA MORALES, Marien, El 'principio de consenso'. La conformidad en el proceso penal, (Barcelona, 1998), *cit.* pp. 20 y ss. y, 131 y ss.; MARTÍN PASTOR, José, El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal, (Bologna, 2005), pp. 350-352.

tablemente distintas³²⁻³³, como consecuencia de la lógica del caso a caso y de la incertidumbre y variedad de los criterios extralegales que animan la decisión.

La cuestión de que a hechos iguales y con iguales circunstancias se les pueda someter a normas penales diversas, dependiendo de la autoincriminación –al que se incrimina, la norma penal negociada ad hoc; al que no, la norma legal estricta– y de ahí hacer derivar consecuencias penales concretas diametralmente opuestas, implica que en el sistema de negociación (no regulado) en el que a menudo se convierte el procedimiento abreviado se infrinjan aspectos de la legalidad penal que estimamos fundamentales: la certeza de la ley penal o la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas, y la igualdad ante las mismas³⁴.

Estas infracciones se producen, entre otras razones, como resultado de una deliberada interpretación incorrecta de los preceptos penales por parte de la acusación, práctica necesaria para dar lugar a las calificaciones de delitos degradados

³² Vid. FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales, en, del mismo, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y GREPPI, Andrea (trad.), 4ª edición, (Madrid, 2004), pp. 45 y ss., con relación al carácter universal de los derechos fundamentales. Dice que una característica muy señalada de ellos es su universalidad, es decir, que su titularidad corresponde a todos y que su goce ha de ser en la misma medida. No son susceptibles de cuantificación, en consecuencia, cabe concluir que si somos titulares del derecho a la presunción de inocencia, del derecho a juicio, de la garantía de la reserva de legalidad penal, todas ellas pertenecen a todos y en la misma medida. No cabe tener más derecho a la presunción de inocencia que otro individuo, como tampoco tener sólo a veces o en determinados casos derecho a juicio y en otros casos no, como tampoco cabe tener sólo a veces derecho a la reserva legal en materia penal.

³³ Al respecto TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), 2ª edición, (Madrid, 2005), pp. 37 y ss., ha señalado que el desprecio ideológico por el establecimiento de la verdad de los hechos en el proceso está íntimamente vinculado con las ideologías eficientistas del proceso, que ven en él un instrumento para la resolución de conflictos, sin ninguna referencia a la justa decisión del mismo, como podría ser la correcta aplicación de la norma legal. Reiteramos la cita de Taruffo sobre las ideologías eficientistas del proceso, cuando apunta que para ellas “una resolución puede ser buena aunque la decisión se funde sobre una determinación falsa, inaceptable o parcial de los hechos del caso, siempre que sea capaz de resolver la controversia”, p. 39. Vid. también BALSAMO, Antonio, L’inserimento nella carta costituzionale dei principi del ‘giusto processo’ e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, (2002), pp. 471-482; ORLANDI, Renzo, Procedimenti speciali, en *AA.VV.*, Compendio di procedura penale (a cura di Conso e Grevi), 2ª edición, (2003), pp. 554 y ss.; y GÖSSEL, Karl-Heinz: El proceso penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal, POLAINO NAVARRETE, Miguel (trad.), (Lima, 2004), pp. 169-190.

³⁴ Con relación a las prácticas negociadoras en el sistema estadounidense se han formulado críticas de semejante naturaleza. Vid. LAFAVE, Wayne e ISRAEL, Jerold, *Criminal procedure*, 2ª segunda edición, (St. Paul, 1992), *cit.*, pp. 900-928; PIZZI, William, Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense, FIDALGO GALLARDO, Carlos (trad.), (Madrid, 2004), pp. 102-104 y 207-216; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, La justicia penal negociada. Experiencias del Derecho comparado, (Salamanca, 1997), pp. 96-97.

que no se corresponden con el hecho punible, o para hacer aparecer atenuantes inexistentes o hacer desaparecer claras agravantes³⁵.

La práctica de los procesos con aplicación del principio del consenso ha venido a introducir una suerte de Derecho punitivo discrecional desregulado y al margen de la legalidad sancionada, acercándose mucho a un modelo de justicia penal decisionista donde impera el poder de disposición del acusador y del juez, en el cual se adoptan decisiones penales que no están sustentadas en motivaciones cognoscitivas sobre hechos previamente verificados o refutados, “sino sólo en opciones y/o juicios de valor de lo que no es posible ninguna caracterización semántica, sino sólo caracterizaciones pragmáticas ligadas a la obligación de decidir”³⁶.

En esta modalidad de justicia penal el fiscal y el juez ejercen un poder discrecional distinto de la discrecionalidad en sentido propio de la que habla Bricola³⁷, circunscrita ésta a aquellos supuestos en que efectivamente el legislador autoriza al juzgador la creación de una norma de resolución del caso concreto en ausencia de una general y abstracta del legislador, precisamente porque éste se halla en la imposibilidad de regular la infinidad de supuestos y matices de la realidad de una situación determinada. Se trata de una discrecionalidad concedida al juzgador por el legislador de manera intencionada y racional, y además regulada. Por el contrario, la discrecionalidad del acusador y del juez en los procesos con consenso se ha convertido en un poder de facto para crear una norma penal (más bien un criterio de decisión) que corre paralelamente y que compite y desplaza a la disposición penal legalmente sancionada.

La realidad dada en los procedimientos penales con aplicación del consenso de las partes desde luego pone en evidencia la abierta infracción a la legalidad

³⁵ Vid. ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general, tomo I, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y VICENTE REMESAL, Javier (trad.), (Madrid, 1999), pp. 147-156, quien pone en evidencia la relación que existe entre correcta interpretación y el principio de legalidad, y la prohibición de analogía que de éste se desprende. También JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho penal. Parte general, I, MIR PUIG, Santiago, MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), (Barcelona, 1981), *cit.*, pp. 203-215. Especialmente clara nos parece la posición de los italianos PADOVANI, Tullio y STORTONI, Luigi, Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, (Bologna, 2002), pp. 94-105. Explican con gran precisión la necesidad de que la interpretación sea homogénea y constante, lo cual nos debe llevar, afirman, a combatir las interpretaciones desviadas o *especiales*, y la razón como siempre, resulta rotunda, detrás de aquello están en juego razones de justicia material y de interpretación armónica del sistema penal, y, en último término, la garantía de la igualdad ante la ley penal (nada menos).

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.), (Madrid, 1995), *cit.*, p. 167.

³⁷ BRICOLA, Franco, La discrezionalità nel diritto penale, (Milán, 1965), *cit.*, pp. 199-207.

penal y al principio de legalidad tanto como al carácter cognoscitivo de la función jurisdiccional.

Con lo anterior no se pretende hacer una defensa de estos principios en términos absolutos, de modo que se quiera hacer una suerte de completa exclusión de formas de justicia penal que importen algún grado de flexibilización de aquellos, sino más bien poner de relieve que la introducción del consenso en nuestro proceso penal se ha traducido en la práctica en una aplicación desbordada que se ha basado en la permisividad de la deliberada incorrecta aplicación del Derecho.

Unas veces este resultado de disposición del precepto legal que se critica se logra modulando arbitrariamente los hechos, alterando sin más el mérito fáctico de la causa, mientras que otras se consigue el resultado alterando la correcta interpretación de aquél, a través, por ejemplo, de la consciente (deliberada) inaplicación de los criterios de solución de los denominados concursos aparentes de normas penales. En fin, no faltan casos en donde derechamente la aplicación de un precepto penal inadecuado se basa en el castigo de una presunta conducta típica esencialmente diversa de la realmente concurrente, como es el caso de los robos con fuerza que se castigan como receptaciones, cuestión que además es una infracción al deber de correlación de la sentencia con la acusación.

En fin, cabe preguntarse si las rebajas de penas enormes que reducen el castigo a una parte proporcionalmente menor de la que en verdad debía haberse impuesto concilia adecuadamente con el principio de culpabilidad, puesto que en último término se subvierte cualquier vínculo o relación que debe existir entre el disvalor de la conducta real, el reproche penal y la pena proporcionada. Tal cosa ya ha sido apuntada por la dogmática penal³⁸.

Todo lo dicho configura un paisaje jurídico que se recorta sobre el fondo normativo de la garantía jurisdiccional en el Derecho penal chileno. La escena principal contrasta y choca con la promesa contenida en el fondo del art. 1º inciso 1º CPP, que dispone que: “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en *virtud de una sentencia fundada*, dictada por un tribunal imparcial”. Se debería entender que esta consagración legal establece una concepción estricta de jurisdiccionalidad en materia penal, que la constituye como una función cognitiva sobre los hechos basada en el mérito del proceso y cognitiva de la ley penal. Sería la forma de comprender el carácter fundado de la sentencia declarativa³⁹.

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, SACHER, Mariana (Trad.), (Madrid, 2005), pp. 107-108; ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000), p. 101.

³⁹ Vid. las observaciones que hace sobre estas materias GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, (Madrid-Barcelona, 1999), pp. 125 y ss.

1. Propuestas de mejoras o modificaciones necesarias para superar los problemas descritos

A) Con relación a la iniciativa y decisión de someter el asunto al procedimiento abreviado

En los términos que se ha previsto el procedimiento abreviado, la aplicación del mismo depende de una decisión inmotivada del fiscal y sin control jurisdiccional. Respecto de esta característica del diseño legal chileno se pueden formular graves reparos jurídicos.

Por una parte, con ello se entrega un instrumento de presión a los fiscales del MP, quienes de manera discrecional dan o quitan al acusado la posibilidad de acceder a un “sistema penal atenuado”.

Si aquel acceso depende de una decisión discrecional del fiscal, se deriva la consecuencia de que frente a casos análogos éste puede adoptar decisiones diametralmente opuestas, circunstancia que conlleva la falta de vigencia normativa del principio de igualdad ante la ley penal sustantiva. Las decisiones de someter a un sistema más o menos benigno el asunto no depende, ni está previsto que así sea, de valoraciones acerca del tipo de ilícito o sobre el reproche penal o juicio de culpabilidad, sino de necesidades o intereses extra legales bastante indeterminados y, por lo tanto, jurídicamente inseguros. El acusado no conoce bajo qué requisitos o presupuestos el MP adoptará la decisión de instar por el procedimiento abreviado, lo cual puede concurrir en un caso determinado y en otro no, pese a ser jurídicamente equivalentes o análogos, asumiendo las consecuencias de aquello el acusado.

Por otra parte, un sistema de decisión entregado al MP atenta contra el derecho a participar con igualdad procesal en el mismo proceso (igualdad de armas) que poseen las partes y que debe asegurarse en aquellos aspectos esenciales del proceso, como es justamente la posibilidad de acceder a un régimen procesal que produce importantes efectos procesales y penales. De esta manera el acusado, la suerte procesal de éste, queda a merced (disposición) del arbitrio del MP, y sin control jurisdiccional alguno.

Compartimos por ello el criterio adoptado por la Corte Constitucional italiana que ha declarado inconstitucional la norma equivalente a la chilena que otorgaba el poder de disenso discrecional al MP para oponerse al *giudizio abbreviato*.

Son oportunas también las reflexiones de COMANDUCI, Paolo, La motivazione in fatto, en La conoscenza del fatto nel processo penale, AA.VV. (a cura di Ubertis), (Milán, 1992), pp. 215-244, en el sentido de vincular la motivación fáctica de la sentencia a la misma garantía jurisdiccional. La jurisdicción importa en sí misma la primera garantía en la aplicación del Derecho, entre otras razones, porque implica una forma de aplicación de la norma jurídica justificada y razonada, en último término, debidamente motivada.

Con justeza dijo la Corte Constitucional italiana⁴⁰ que la falta de motivación del disenso del fiscal no respondía, de una parte, a la exigencia de coherencia y razonabilidad en el sentido que la oposición del MP no sólo afectaba al rito especial del juicio abreviado, sino también a la reducción de pena en caso de condena, y, de otra parte, el disenso sin necesidad de fundamentación no se conciliaba con el sistema del CPP italiano, fundado sobre la base del principio de la participación de la acusación y de la defensa en igualdad, en cada estado y grado del procedimiento, argumentos a los que se añadía la consideración de la posibilidad de un tratamiento desigual de imputados destinatarios de idénticas imputaciones y portadores de una análoga capacidad de delinquir, en cuanto el acusador podía otorgar el asenso sólo a unos y no a los otros, sin expresar las razones de su decisión ni tener que someterlas a control jurisdiccional alguno. Discrepamos por tanto de la decisión y de los argumentos dados por el Tribunal Constitucional chileno en Sentencia de 10 de mayo de 2011, Rol N° 1481-09-ina.

En suma, no resulta suficiente justificación para abolir las garantías más características del sistema penal las manidas razones de política criminal o de eficacia instrumental de los procedimientos alternativos, ya que rebaja la aplicación del Derecho penal a la categoría de política pública de la Administración del Estado.

Una reforma en este sentido debería pasar por entregar al acusado la oportunidad de pedir unilateralmente la aplicación del procedimiento abreviado, produciendo en el fiscal el deber de pronunciarse motivadamente sobre dicha aplicación, quedando la decisión del fiscal, en caso de que esta fuere negativa (disenso), sometida al control del juez de garantía, quien debería velar por la permanente aplicación de reglas homogéneas ante casos análogos; en otras palabras, ocuparse de la igual aplicación de la ley penal.

Todavía mejor sería dejar a la decisión del acusado el sometimiento del asunto al procedimiento abreviado, ya que con ello se evitaría de manera absoluta el uso coercitivo del otorgamiento del asenso-disenso del fiscal y aseguraría de manera más eficaz la igualdad de condiciones de todos los acusados para acceder, si quieren, a un sistema penal atenuado.

*B) Regulación precisa de ámbitos de aplicación del consenso de partes
con el fin de evitar malas prácticas*

Otra propuesta de cambio necesaria es la introducción de precisas disposiciones que regulen y limiten los ámbitos de consenso de las partes, estableciéndose en todo caso la debida limitación de que todo pacto procesal en nuestro Ordenamiento ha de respetar el principio de legalidad procesal y penal sustantiva.

⁴⁰ Sentencia de 28.01.1991, N° 81.

En consecuencia, debería prohibirse expresamente el arbitrario e injustificado recorte de hechos en segundas acusaciones (arregladas de manera antijurídica), tanto como la torticera aplicación de normas penales sustantivas, erradicando de cuajo prácticas procesales inadmisibles en nuestro medio.

C) El establecimiento de un sistema regulado y tasado de incentivos

Como lo anterior es imprescindible si se quiere constituir un proceso penal ajustado a la vigencia normativa de las proclamadas garantías penales y procesales, creemos oportuno establecer un sistema regulado de incentivos para los acusados, homogéneo y estable, que concilie las mencionadas garantías y que al mismo tiempo haga útil para el imputado acceder a estas formas atenuadas de justicia penal, asegurando a todos los acusados un trato uniforme y en igualdad de condiciones y libre de presiones previas a raíz de “incontrolados” procedimientos transaccionales.

Con este fin es menester establecer disposiciones que tasan los incentivos que se ofrecen al acusado por acceder a un enjuiciamiento abreviado con el material reunido en la investigación, abandonando su derecho a juicio oral con debate probatorio completo. El ofrecimiento de rebaja de la pena debe ser fijado en una fracción de la que en concreto corresponda aplicar, consistente, por ejemplo, en la disminución en una cuarta o tercera parte. También se pueden tasar ventajas para acceder a determinadas formas de cumplimiento de pena.

Sin embargo, al momento de establecer y tasar esos incentivos el legislador también debe tener en cuenta las observaciones de la dogmática⁴¹ en el sentido que estos no pueden ser sino de entidad moderada, ya que de lo contrario, los incentivos enormes (como es el caso de la praxis chilena) aunque estén previamente consagrados en la ley y regulados en ella igualmente lesionarán de manera grave la voluntariedad y libertad de la renuncia del juicio oral.

D) La corrección de importantes incongruencias técnicas

Nos referimos a la exigencia, como presupuesto procesal del procedimiento abreviado, del reconocimiento de hechos y de los antecedentes de la investigación. En nuestro sistema la exigencia de estos dos reconocimientos (que pueden ser mirados también como uno solo) no produce ningún efecto vinculante para el juez. El juez no pierde sus poderes jurisdiccionales y puede (y debe) enjuiciar fáctica y jurídicamente con entera libertad o, mejor dicho, únicamente atendiendo al mérito y con sometimiento al Derecho.

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, SACHER, Mariana (Trad.), (Madrid, 2005), *cit.*, pp. 107-108; ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000), *cit.*, p. 101.

¿Por qué entonces obligar al acusado a que realice los respectivos reconocimientos? Con ello, adviértase, se le está privando, en la práctica, de hacer las alegaciones de inexistencia del hecho o de falta de participación, pero paradójicamente el juez puede estimar la inexistencia del mismo hecho o la falta de prueba sobre la participación. Lo anterior opera entonces como una técnica de anticipada reducción o despojo de posibilidades defensivas, privándole (o dificultándole en la práctica) las alegaciones que aparecen en oposición al previo reconocimiento, como puede ser justamente la alegación de la inexistencia del hecho o de la falta de participación, eventos que el juez puede perfectamente establecer en su sentencia. En otras palabras, con la técnica del reconocimiento se le priva (en la práctica) al imputado-acusado de aquellas defensas o alegaciones de mérito que no obstante el juzgador puede declarar en sentencia definitiva.

Nos parece inadmisibles esta forma o técnica de imponer una anticipada reducción de las posibilidades defensivas o de la gama de alegaciones aprovechables, recortándolas en la práctica a las puramente jurídicas, ya que se pone al acusado en una situación de indefensión material que ni siquiera se justifica o guarda relación con la conservación intacta de los poderes de enjuiciamiento del juez.

El consenso en un sistema de garantías y con vigencia de la aplicación jurisdiccional exclusiva del Derecho penal sólo debería comprender el acuerdo acerca del sometimiento del asunto al procedimiento abreviado, renunciando el acusado al derecho a juicio oral y aceptando expresamente que el juicio se realice sobre la base de los antecedentes de la investigación. En consecuencia, tendría que descartarse de manera absoluta cualquier pronunciamiento anticipado y consensuado sobre el mérito de los mismos, que por lo demás resulta ser absolutamente inútil por ineficaz. En otras palabras, no tiene sentido requerir el reconocimiento de hechos y de antecedentes si no producen efectos jurídicos de mérito, resultando además un sistema técnicamente incongruente.

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y CONTROL RECURSIVO

En fin, el tercer ámbito del proceso penal chileno que, a mi juicio, sugiere una realidad notoriamente insatisfactoria en relación con los requerimientos de actuación del Derecho penal es aquel del control recursivo y la tendencial unificación jurisprudencial.

Particular importancia reviste actualmente el tema en nuestro medio. Existe una realidad insatisfactoria en cuanto a la necesidad de jurisprudencia coherente, desarrollada con criterios interpretativos y de integración claros. Una debilidad del sistema procesal frente al surgimiento de un Derecho penal que cada vez más le reconoce espacios de heterointegración “normativa” a la jurisprudencia, mientras se mantiene una alarmante incapacidad de asegurar unificación y evolución coherente. En esta línea incluso se pone de relieve la función creadora de Derecho de la misma jurisprudencia, posición que desde luego hace todavía más

patente la necesidad de una jurisprudencia estable o incluso más efectivamente unificada.

Aun pudiendo no compartirse de forma general la afirmación anterior sin matices de relieve, lo cierto es que habrá que convenir que al menos evidencia que el Derecho penal no se agota en la previsión normativo legal. Por ello, a mi juicio, debe repararse al mismo tiempo en cómo y bajo qué condiciones se está haciendo la aplicación jurisdiccional del Derecho penal, puesto que esta realidad aplicativa amenaza o embaraza los caracteres o principios que suponemos están a la base del Derecho penal.

Con agudeza la dogmática penal ha enfatizado los estragos que pueden causar los contrastes jurisprudenciales al Derecho penal. Se ha discutido sobre cómo se puede mantener desde luego el principio de determinación –derivado del de legalidad– cuando, unas veces sí y otras no, se considera un mismo hecho penalmente relevante. Una parte del argumento de la determinación de la norma penal puede considerarse que aparece íntimamente vinculado a una sana labor jurisprudencial, pues se entiende que la determinación de la norma penal puede ponderarse desde una perspectiva estrictamente lingüística (si la norma parece bien y precisamente concebida desde esta perspectiva), tanto como desde una concepción más propiamente aplicativa y jurisprudencial que tiende a enjuiciar la posibilidad de arribar a un resultado interpretativo claro con aplicación de los cánones hermenéuticos reconocidos. La determinación, entonces, en este último caso, tiende a converger con la posibilidad concreta de conocer el precepto penal. Tal cosa ha sido apuntada por Palazzo⁴² que al respecto cita una sentencia de la Corte de Straburgo sobre el principio de legalidad del artículo 7° de la CEDH que ha dispuesto que “una infracción debe ser claramente definida por la ley’ y ‘que esta condición es realizada en cuanto el justiciable puede conocer, a partir de la formulación textual de la disposición pertinente y, donde sea menester, con ayuda de la interpretación de esta última por parte de los tribunales, aquellas acciones u omisiones que comprometan su responsabilidad penal’ (Affaire K.A. et A.D. c. Belgique, arrêt du 17 février 2005; affaire Veeber c. Estonia, arrêt du 21 janvier 2003)”.

En concordancia con lo anterior se ha subrayado entonces que el problema de las profusas contradicciones jurisprudenciales alcanza al principio de culpabilidad, pues el mismo gira en torno a la posibilidad concreta de acceder al conocimiento del precepto penal, posibilidad concreta que opera como presupuesto de la culpabilidad y que justamente se hace en cierta medida evanescente con una juris-

⁴² PALAZZO, Francesco, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, en *AA.VV.* (a cura di Giuliano Vassalli), *Diritto penale y giurisprudenza costituzionale*, (2006), pp. 73-74.

prudencia anárquica en la atribución o adscripción de significado a la disposición, con resultados completamente contradictorios.

Así se ha podido entender que la consciencia de antijuridicidad del hecho asimilada a la posibilidad de conocer la ley penal deviene uno de los presupuestos indispensables de la culpabilidad⁴³.

En fin, se ha discutido asimismo con perspicacia la retroactividad oculta que pueden llegar a tener los diversos virajes jurisprudenciales acaecidos en un sistema, y cómo esos virajes pueden configurarse como bandazos o tumbos jurisprudenciales muy poco solventes desde el punto de vista jurídico. Cómo un día se realiza una conducta penal irrelevante, pero al momento del pronunciamiento de la sentencia o en el mismo pronunciamiento puede operarse una modificación interpretativa incriminatoria o simplemente agravatoria de la responsabilidad penal. Entre nosotros el problema ha sido puesto de relieve con mucha claridad por el profesor Oliver⁴⁴ en su importante monografía sobre la irretroactividad en materia penal.

Todos estos problemas a los que hago referencia únicamente muestran la fuerte vinculación de la jurisprudencia consistente y tendencialmente unificada con la sana subsistencia de principios fundamentales del Derecho y de qué manera aparecen éstos amenazados gravemente en su eficacia justamente por la falta de aquélla.

⁴³ GROSSO, Carlo Federico, Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale, en AA.VV. (a cura di Giuliano Vassalli), Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, (2006), pp. 22-23, apunta que: “sobre la base de la nueva configuración del artículo 5° del CP, la ‘consciencia de la antijuridicidad del hecho’, a la cual es asimilada la ‘posibilidad de conocer la ley penal’, deviene uno de los presupuestos indispensables de la culpabilidad, en el sentido que la ignorancia inevitable excluye el reproche subjetivo y por tanto la responsabilidad penal, la ignorancia evitable no excluye tal reproche y deja por tanto subsistente la responsabilidad penal por el hecho doloso o culposo del caso”.

(...)

“La sentencia n. 364/88 si es en consecuencia preocupada de trazar el cuadro de tales criterios, que según la Corte se desprendería antes que todo de la violación de dos distintos deberes, uno del Estado y otro de los destinatarios de las normas penales: al Estado correspondería el deber de hacer reconocible los contenidos de las normas penales enunciando preceptos claros (art. 25, comma 2, cost), a los destinatarios de las normas aquel de informarse adecuadamente del contenido de las normas penales, con la consecuencia que se podría por ejemplo hablar de ignorancia inevitable de la antijuridicidad del hecho en caso de total oscuridad del texto legislativo, o bien en el caso en que, no obstante los esfuerzos de informarse, al destinatario de la ley penal no le haya sido posible percibir el significado de la norma”.

⁴⁴ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, (Santiago, 2007), pp. 227 y ss., y pp. 392 y ss. En Derecho italiano destaca sobre la materia el completo análisis realizado por CADOPPI, Alberto, Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità, (2007), *pássim*.

1. El recurso de nulidad como medio para la unificación de interpretación jurisprudencial: un instrumento insuficiente y la necesidad de leyferenda de normas que refuercen dicha finalidad

El recurso de nulidad como instrumento procesal para la obtención de la unificación de jurisprudencia resulta sumamente discutible, incluso porque no aparece como una función claramente consagrada de este mismo medio de impugnación, salvo por la norma contenida en el artículo 376 inciso 3° del CPP⁴⁵, que desde este punto de vista resulta por sí sola insuficiente.

En efecto, la falta de disposiciones complementarias a la competencia funcional de la CS que induzcan o promuevan una mayor influencia de la jurisprudencia de la CS para la orientación unificadora, resulta en una pésima combinación con la competencia funcional para el conocimiento ordinario del recurso de nulidad, entregado a las CCAA. Así la opción legislativa de entregar inicialmente el conocimiento a 17 Cortes diversas que multiplicadas por la cantidad de salas de éstas deriva en un número elevadísimo de sedes jurisdiccionales con competencia para conocer de errores in iudicando in iure. En un contexto como este, la presunta finalidad nomofiláctica es imposible; lo cierto es que en la práctica tal sistema no puede sino producir como consecuencia una cantidad diaria enorme de fallos con criterios jurídicos discrepantes sobre exactamente las mismas materias. Efecto pernicioso del diseño legal que no aparece corregido o mitigado por ningún mecanismo procesal adecuado y eficiente. El legislador chileno –como viene siendo costumbre en las últimas reformas procesales– se preocupó en verdad de dar con un diseño eficiente para el manejo de los volúmenes de ingresos de recursos penales, cuestión que obviamente con el sistema procesal en vigor aparece resuelto, pero con grave descuido de los mismos fines que se declaran como esenciales en un sistema de impugnaciones sano, y especialmente, en lo que aquí interesa, con el fin de unificación de la interpretación judicial del Derecho objetivo: el único atisbo corrector del inciso 3° del artículo 376 del CPP es manifiestamente insuficiente para compensar esta carencia. El despliegue de su potencial eficacia requeriría de otras normas orientadas a aquello y que aseguren un sistema fuerte de compensación frente a la diversidad de sedes jurisdiccionales.

En otras palabras, si la opción legislativa introducida con la reforma asumió con realismo las posibilidades de ordenación orgánica del recurso de nulidad, dejando para la CS sólo una supuesta función de unificación vía inciso tercero del artículo 376 CPP, dicho precepto, a mi juicio, debería haber ido aparejado con

⁴⁵ Idea que ya ha sido puesta de relieve por LÓPEZ MASLE, Julián (y HORVITZ LENNON, María), *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, (Santiago, 2005), pp. 430-432 y por CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición, (Santiago, 2006), pp. 101-104.

otras disposiciones que a través de determinados mecanismos hubiesen asegurado positivamente la pretendida función orientadora, aunque no vinculante.

*2. El recurso de nulidad como recurso polifuncional fallido,
y la conveniencia de establecer recursos distintos orientados a distintas
funciones: un presupuesto para cualquier reforma*

En mi opinión un error patente del diseño legal del recurso de nulidad fue pretender una simplificación extrema del fenómeno jurisdiccional y procesal, queriendo conseguir todos los propósitos recursivos imaginables por la vía de un único recurso: el recurso de nulidad igual iba a servir para asegurar el derecho al recurso y la justicia de la decisión tanto como la correcta interpretación y la unificación jurisprudencial. Se pretendía con ello haber engendrado un recurso “multipropósito” o “polifuncional”, pero lo cierto es que el recurso de nulidad en su diseño legal como en la práctica no acaba satisfaciendo el derecho al recurso, y menos todavía responde a la necesidad de proveer la correcta interpretación y la unificación jurisprudencial. Esas funciones tienden, paradójicamente, a anularse recíprocamente porque resultan en una tensión difícil de superar y que en la regulación legal ni siquiera aparece tratada o armonizada. En lo que respecta a la necesidad de unificación el recurso de nulidad ha operado en la realidad como un elemento de dispersión, cual fuerza centrífuga en lugar de centrípeta o de cohesión jurisprudencial.

Resulta sumamente conveniente, sino necesario, dado lo anteriormente expuesto, como propuesta de lege ferenda, separar la función casacional escuetamente referida de un recurso ante las Corte de Apelaciones, destinado de verdad a satisfacer el derecho al recurso, lo cual supone como mínimo dos cosas: primero, un medio de impugnación esencialmente orientado a satisfacer el *ius litigatoris*, y, segundo, un recurso que realmente permita una revisión íntegra de la cuestión resuelta en (primera) instancia, con lo cual habría que transitar, de una vez por todas, el camino que va desde un desperfilado recurso de nulidad, suerte de medio de impugnación “polifuncional” fallido, a una separación en dos recursos distintos bien concebidos: una casación con una orientación preferente a la defensa del *ius constitutionis* y la unificación de la doctrina jurisprudencial, y el establecimiento, por otra, de una apelación limitada, pero que al menos permita la revisio *prioris instantiae* sin rodeos argumentales. Vale decir, la revisión del mérito objetivo del proceso.

*3. Mecanismos que potencian la unificación ausentes
en el recurso de nulidad y que convendría introducir*

La unificación de la jurisprudencia exige la unicidad del órgano jurisdiccional con la función recursiva de unificación en el vértice de la estructura jurisdiccio-

nal, lo cual –si bien resulta técnicamente incontrovertible– choca con la realidad de la limitada capacidad de absorción de asuntos en única sede, la que además debe ser suficiente para producir una jurisprudencia de calidad. De allí es que la operatividad de un recurso de naturaleza casacional suponga de una parte un mecanismo de selección de asuntos para la jurisdicción de unificación y de otra –eventualmente– como hace el esquema del Código, la utilización de las sedes jurisdiccionales intermedias en la estructura judicial para el conocimiento de un porcentaje relevante de asuntos en donde se reclama de infracciones in procedendo o de errores in iudicando, pero que no plantean necesidad de unificación o interés casacional.

La combinación de estas variables desde esta perspectiva anotada requiere de una cuidadosa armonización de cómo han de interactuar la unificación y unicidad orgánica y la pluralidad de sedes ante los recursos que no demandan o requieran de un conocimiento y pronunciamiento de la Corte Suprema por no plantear una necesidad de unificación o interés casacional. Tal armonización demanda como mínimo dos cosas. Primero, el establecimiento de un mecanismo de selección razonable y, segundo, la introducción de normas que potencien la eficacia unificadora de la jurisprudencia del máximo tribunal. El recurso de nulidad no tiene ni lo uno ni lo otro, y estas carencias explican en buena medida el fracaso como instrumento de unificación.

Frente a una realidad indesmentible de la nulidad penal se hace urgente el establecimiento de dichos mecanismos eficaces de compensación a la ordenación de la competencia funcional del único medio de impugnación, como podrían ser entre otros los siguientes:

Primero. La configuración precisa de un recurso de naturaleza casacional en la realidad judicial chilena –como en tantas otras– necesita de normas claras que configuren un interés casacional bien concebido con varios supuestos distinguibles.

Así, de una parte habría que distinguir el caso de la falta o inexistencia de doctrina jurisprudencial por la razón de dispersión de criterios jurisprudenciales en la determinación de la norma o normas jurídicas, en su interpretación o en la concreta aplicación de éstas, único supuesto imperfectamente establecido en nuestro Derecho (en el citado inciso 3° del artículo 376 del CPP) y que sería menester afinar y completar en una precisa formulación.

Convendría además considerar como constitutivo de interés casacional el recurso que se basa en la interpretación y aplicación de preceptos legales nuevos, producto de leyes penales nuevas o de reformas legales, que en sus primeros años de vigencia debieran considerarse en esa calidad a efectos de casación, salvo que existiese un criterio o doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema perfectamente útil para la interpretación o aplicación del precepto legal en cuestión. Esto le permitiría al máximo tribunal fraguar y consolidar líneas jurisprudenciales, en

lugar de intervenir *ex post* censurando sentencias ya inmersas en el problema del contraste y dispersión.

En estos dos supuestos estamos frente a claras hipótesis de competencia funcional de la Corte Suprema.

Seguidamente, debe también reconocerse interés casacional en el caso de una sentencia dictada contra doctrina jurisprudencial asentada de la Corte Suprema sobre la determinación de la norma legal, sobre su recta interpretación o aplicación, pero en dicho caso la casación por error in iudicando queda inicialmente sometida a la competencia funcional de la Corte de Apelaciones respectiva, que si comparte la doctrina jurisprudencial habrá de casar la sentencia impugnada. Si no comparte la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, y atendida la única sumisión al Derecho positivo de los jueces (y no a la jurisprudencia), habría que consentir la separación de aquella⁴⁶, pero con un específico deber jurídico de plus motivacional expreso en el mismo texto de la sentencia, y junto con ello prever además un recurso extraordinario de unificación jurisprudencial (impugnación de cierre) ante la Corte Suprema para atacar aquella sentencia de Corte de Apelaciones disidente.

Segundo. Un sistema de casación bien articulado exige a la Corte Suprema una alta consciencia de su función orientadora, debiendo imponérsele un deber de motivación específico, destinado a expresar criterios jurisprudenciales –declaración precisa del criterio normativo que se afirma para el supuesto de que se conoce– que sirva para la determinación, para la interpretación o aplicación de un precepto legal, que realmente permita entonces la orientación (no vinculante) de la jurisprudencia y con ello se garantice la igualdad y seguridad jurídicas.

Esta medida debería traducirse en la introducción de una norma precisa que exija en la forma de la sentencia de casación, en los considerandos de Derecho, la expresa consignación del criterio jurídico-normativo utilizado en la determinación, interpretación o aplicación de la norma o normas legales en el caso en cuestión. Si ese criterio no aparece sistemáticamente expuesto y delimitado en su alcance, mal puede la sentencia de casación orientar a la jurisprudencia futura.

⁴⁶ *Vid.* SCS, 17.01.2012, Rol N° 10.443-11, en la cual está latente el problema que se apunta en el texto, y que se hace patente cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema no logra alinear a la jurisprudencia y se suceden decisiones discrepantes. En mi concepto aquello es una cuestión insuprimible en un sistema de Derecho de tradición continental, pero lo anterior no significa que los jueces tengan libertad para discrepar sin asumir que lo hacen frente a una posición clara sostenida por el Tribunal del vértice de la estructura judicial, cuya función institucional es la de orientar la interpretación y propender a su unificación sincrónica, de modo que ese poder de discrepancia viene condicionado a un deber de plus motivacional que explique en qué se apoya la disidencia, única forma de que se verifique la confrontación dialéctica de interpretaciones que posibilita la evolución y actualización de la interpretación judicial del Derecho positivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA MORALES, Marien, El “principio de consenso”. La conformidad en el proceso penal, (Barcelona, 1998)
- BALSAMO, Antonio, L’inserimento nella carta costituzionale dei principi del ‘giusto proceso’ e la valenza probatoria delle contestazioni nell’esame dibattimentale, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, (2002)
- BRICOLA, Franco, La discrezionalità nel diritto penale, (Milán, 1965)
- BRICOLA, Franco, Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, en *L’indice penale*, XXIII, 2 (1989), pp. 317-319
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, El proceso penal español ante una perspectiva penal negociada, en *Revista de Derecho Procesal*, (1991)
- CADOPPI, Alberto, Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità, (2007)
- CALAMANDREI, Iolanda, Diversità del fatto e modifica dell’imputazione nel Codice di Procedura penale del 1988, en *Rivista di Diritto e Procedura penale*, (1996), pp. 643 y ss.
- COMANDUCI, Paolo, La motivazione in fatto, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, AA.VV. (a cura di Ubertis), (Milán, 1992)
- CORDERO, Franco, Le situazioni soggettive nel processo penale, (Torino, 1956)
- CORDERO, Franco, *Procedura penale*, (Milano, 2001)
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia, 2ª edición, (Santiago, 2006)
- CUCARELLA GALIANA, Luis, La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa, (Pamplona, 2002)
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del tribunal a las pretensiones en el proceso penal, en *Revista General del Derecho* (Valencia), (1992)
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Estudio comparado del Derecho español con el chileno, (Valencia, 2007)
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, Los poderes de decisión del juez penal, (Santiago, 2009)
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*, (Santiago, 2009)
- DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *Proceso penal*, (Santiago, 2007)

- FANCHIOTTI, Vittorio, Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A., en Cassazione penale, fascicolo 1, (1998)
- FASSONE, Elvio, Manuale Pratico del nuovo processo penale, en FORTUNA, Ennio, GIUSTOZZI, Raimondo, FASSONE, Elvio, DRAGONE, Stefano, misma obra, (Padova, 1993).
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, RUIZ MIGUEL, Alfonso, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, TERRADILLOS BASOCO, Juan y CANTARERO BANDRÉS, Rocío (Trad.), (Madrid, 1995)
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales, en, del mismo, Derechos y garantías. La ley del más débil, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y GREPPI, Andrea (trad.), 4ª edición, (Madrid, 2004)
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba, (Madrid-Barcelona, 1999)
- GIANNITI, Pasquale, Rilievi sul “fatto” nel processo penale, en *Rivista italiana de Diritto e Procedura penale*, (Milano, 1999)
- GIARDA, Angelo y SPANGHER, Giorgio, Codice di procedura penale. Comentario, segunda edición, (2001)
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, en GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, el mismo, segunda edición, (Madrid, 1997)
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, (Barcelona, 1985)
- GÖSSEL, Karl-Heinz, El proceso penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal, POLAINO NAVARRETE, Miguel (trad.), (Lima, 2004)
- GROSSO, Carlo Federico, Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale, en AA. VV. (a cura di Giuliano Vassalli), *Diritto penale y giurisprudenza costituzionale*, (2006)
- JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho penal. Parte general, I, MIR PUIG, Santiago, MUÑOZ CONDE, Francisco (trad.), (Barcelona, 1981)
- LAFAVE, Wayne e ISRAEL, Jerold, Criminal procedure, 2ª segunda edición, (St. Paul, 1992)
- LÓPEZ MASLE, Julián (y HORVITZ LENNON, María), Derecho procesal penal Chileno, tomo II, (Santiago, 2005)
- MARCOLINI, Stefano, Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata, (Milán, 2005)

- MARTÍN PASTOR, José, El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal, (Bolonia, 2005)
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte general, I, AIMONE GIBSON, Enrique y BOFILL GENZSCH, Jorge (trad.) (Buenos Aires, 1994)
- MESSINA, Salvatore, La discrezionalità nel diritto penale, (Roma, 1947)
- NOBILI, Massimo, La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti, (Bologna, 1989)
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo: Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, (Santiago, 2007)
- ORLANDI, Renzo, Procedimenti speciali, en *AA.VV.*, Compendio di procedura penale (a cura di Conso e Grevi), 2ª edición, (2003)
- PADOVANI, Tullio y STORTONI, Luigi, Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale, (Bologna, 2002)
- PALAZZO, Francesco, Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris, en *AA.VV.* (a cura di Giuliano Vassalli), Diritto penale y giurisprudenza costituzionale, (2006)
- PÉREZ MORALES, Mónica Galdana, Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Doctrina y jurisprudencia, (Granada, 2002)
- PIZZI, William, Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense, FIDALGO GALLARDO, Carlos (trad.), (Madrid, 2004)
- RAFARACI, Tommaso, Le nuove contestazioni nel processo penale, (Milano, 1996)
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, La justicia penal negociada. Experiencias del Derecho comparado, (Salamanca, 1997)
- ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general, tomo I, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y VICENTE REMESAL, Javier (trad.), (Madrid, 1999)
- ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, CÓRDOVA, Gabriela, PASTOR, Daniel (traductores), (Buenos Aires, 2000)
- SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, SACHER, Mariana (Trad.), (Madrid, 2005)
- TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, FERRER BELTRÁN, Jordi (Trad.), 2ª edición, (Madrid, 2005)
- TONINI, Paolo, Lineamenti di Diritto Processuale Penale, 3ª edición, (Milán, 2005)